



HAL
open science

L'indépendance des autorités de régulations sectorielles, communications électroniques, énergie et postes

Hubert Delzangles

► **To cite this version:**

Hubert Delzangles. L'indépendance des autorités de régulations sectorielles, communications électroniques, énergie et postes. Sciences de l'Homme et Société. Université de Bordeaux (UB), FRA., 2008. Français. NNT: . tel-03103431

HAL Id: tel-03103431

<https://hal.science/tel-03103431>

Submitted on 8 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE MONTESQUIEU - BORDEAUX IV

DROIT, SCIENCES SOCIALES ET POLITIQUES,
SCIENCES ECONOMIQUES ET DE GESTION

L'INDEPENDANCE DES AUTORITES DE REGULATION SECTORIELLES

Communications électroniques, Energie et Postes

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée par

Hubert DELZANGLES

et soutenue publiquement

le 30 juin 2008

MEMBRES DU JURY

M. Jean-Yves CHEROT,

Professeur à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, **rapporteur,**

M. Giacinto DELLA CANANEA,

Professeur à l'Université de Naples « Federico II »,

Mme Martine LOMBARD,

Professeur à l'Université Paris II - Panthéon Assas,

M. Loïc GRARD,

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV, **Directeur de thèse,**

M. Fabrice MELLERAY,

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV,

M. Joël MOLINIER,

Professeur à l'Université Toulouse I - Sciences sociales, **rapporteur**

Mes remerciements s'adressent, en priorité, à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Loïc Grard, pour la façon active mais non directive, dont il a guidé mes recherches, pour son soutien constant et surtout, pour la confiance qu'il a accepté de me témoigner à travers toutes ces années.

Je tiens également à exprimer ma reconnaissance envers le Professeur Marta Franch Saguer pour m'avoir accueilli avec toujours beaucoup de gentillesse lors de mes séjours à Barcelone ainsi que pour l'aide et les précieux conseils qu'elle m'a apporté.

Plus largement, mes remerciements s'adressent aux nombreuses personnes qui, par leurs conseils, leur soutien ou, tout simplement, par leur amitié, ont activement contribué à ce que cette thèse de doctorat puisse voir le jour.

Enfin, que celle qui m'a accompagné durant ces années de travail, trouve ici toutes les marques de ma reconnaissance et de mon affection.

Sommaire

PARTIE I : LES FACTEURS DE L'INDEPENDANCE

TITRE I : L'EXTERNALISATION DANS LES MODELES ANGLO-SAXONS

TITRE II : L'IMPARTIALITE EN EUROPE CONTINENTALE

PARTIE II : LA RELATIVITE DE L'INDEPENDANCE

TITRE I : L'INDEPENDANCE ORGANIQUE A PARFAIRE

TITRE II : L'INDEPENDANCE FONCTIONNELLE A REORGANISER

PARTIE III : L'INTER-INDEPENDANCE

TITRE I : L'INTERDEPENDANCE PAR L'AMENAGEMENT DE LA COOPERATION

TITRE II : L'INTERDEPENDANCE PAR L'INSTITUTIONNALISATION DE LA COORDINATION

Liste des abréviations

Abréviations relatives aux publications

A.J.D.A. : Actualité juridique, droit administratif.
C.D.E. : Cahiers de droit européen.
C.J.E.G. : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.
C.M.L.R. : *Common market law review*.
C.P.N. : *Competition Policy Newsletter*.
D. : Recueil Dalloz.
E.C.L.R. : *European common law review*.
Enc. Giur. : *Enciclopedia Giuridica*.
E.L.R. : *European Law Review*.
GAJA : Grands arrêts de jurisprudence administrative.
G.D.C.C. : Grandes décisions du Conseil Constitutionnel.
J.C.P. : La semaine juridique (Jurisclasseur périodique).
J.C.P. A. : La semaine juridique (Jurisclasseur périodique) Administrations et collectivités territoriales.
J.C.P. E. : La semaine juridique (Jurisclasseur périodique) Entreprises et affaires.
J.C.P. G. : La semaine juridique (Jurisclasseur périodique) édition générale.
J.D.I. : Journal du Droit International.
L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
L.P.A. : Les Petites affiches.
PUF : Presses universitaires de France.
PUG : Presses universitaires de Grenoble.
RAP : *Revista de Administración Pública*.
R.D.B.B. : *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*.
R.D.P. : Revue de droit public.
R.D.S.S. : Revue de droit sanitaire et social.
R.D.T. : Revue du droit des transports.
R.D.U.E. : Revue du droit de l'Union européenne.
REDA : *Revista española de derecho administrativo*.
Rev. conc. consom. : Revue concurrence et consommation.
Rev. dr. bancaire et bourse : Revue de droit bancaire et bourse.
R.F.A.P. : Revue française d'administration publique.
R.F.D.A. : Revue Française de Droit Administratif.
R.I.D.E. : Revue Internationale de Droit Economique.
RISA : Revue Internationale de Science Administrative.
R.J.C. : Revue de jurisprudence commerciale.
R.J.D.A. : Revue de jurisprudence de droit des affaires.
R.J.E.P. : Revue juridiques de l'entreprise publique.
R.L.C. : Revue Lamy de la Concurrence.
R.R.J. : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif.
R.T.D.Civ. : Revue trimestrielle de droit civil.
S. : Sirey.

Abréviations relatives aux organismes et structures

ACRE : Agence de coopération des régulateurs de l'énergie.
A.E.E.G. : *Autorità per l'energia elettrica e il gas*.
A.E.M.C.E. : Autorité européenne du marché des communications électroniques.
A.G.Com : *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*.
A.M.F. : Autorité des marchés financiers.
ARI : Autorité de régulation indépendante.
A.R.N. : Autorité de régulation nationale.
A.R.T. : Autorité de régulation des télécommunications.
ARCEP : Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.
B.N.A. : *Bundesnetzagentur*.
C.E.E.R. : *Council of european energy regulators*.
C.M.F. : Conseil des marchés financiers.
C.M.T. : *Comisión del mercado de las telecomunicaciones*.
C.N.C.L. : Commission nationale de la communication et des libertés.
C.N.E. : *Comisión de regulación de la energía*.
COB : Commission des opérations boursières.
CONSOB : *Commissione nazionale per la società e la borsa*.
CRE : Commission de régulation de l'énergie.
E.R.G. : *European Regulatory Group*.
ERGEG : *European Regulatory Group on Electricity and Gas*. Groupe des régulateurs européens de l'électricité et du gaz.
GEMA : *Gas and electricity market authority*.
IRA : *Independent Regulatory Agencies*.
I.R.G. : *Independent Regulatory Group*.
N.D.P.B. : *Non-Departmental Public Bodies*
N.M.G.D. : *Non-Ministerial Government Department*.
OFCom : *Office of communications*.
OFGEM : *Office of gas and electricity market*.
OFRail : *Office of rail regulator*.
Postcom : *Postal Commission*.
Reg.T.P. : *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*.

Divers :

B.G.B.l. : Bulletin officiel des lois Fédérales (Allemagne).
BOE : *Boletín Oficial del Estado* (Espagne).
C.A. : Cour d'appel.
CE : Conseil d'Etat.
CE, Ass. : Conseil d'Etat statuant en assemblée.
C.E.D.H. : Cour européenne des droits de l'homme.
CE, Sect. : Conseil d'Etat statuant en section.
C.J.C.E. : Cour de justice des communautés européennes.
C.Cass. : Cour de cassation.
C.P.C.E. : Code des des Postes et des Communications électroniques.
C.Civ. : Code civil.
Chron. : chronique.
Coll. : collection.
Concl. : conclusions.

Cons. : considérant.
Coord. : coordination.
C.P.C.E. : Code des postes et des communications électroniques.
C.P.T. : Code des postes et télécommunications.
Dactyl. : dactylographiée.
Dir.: (sous la) direction.
Doct. : doctrine.
Ed. : édition.
G.U. : *Gazetta Ufficiale*.
J.O.R.F. : Journal officiel de la République française.
J.O.C.E. : Journal officiel des Communautés européennes.
J.O.U.E. : Journal officiel de l'Union européenne.
LOFAGE : *Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*.
LOLF : Loi organique relative aux lois de finances.
N° : numéro.
Not. : notamment.
p. : page.
pp. : pages.
Préc. : précité(e).
Pts. : points.
Rec. : recueil.
Respect. : respectivement.
S : suivant(e).
Spéc. : spécialement.
S.T.C. : *Sentencia del Tribunal Constitucional*.
T.P.I. : Tribunal de première instance des communautés européennes.
U.S.C. : *United States Code*

INTRODUCTION

« Pourquoi cette volonté d'indépendance ? » rendue manifeste par la création de nouvelles autorités, « je crois que c'est sur cette notion d'indépendance qu'il faut encore réfléchir ». Ainsi s'exprimait l'un des plus grands noms du droit public, Jean Rivero, lors du premier Congrès d'importance consacré aux autorités administratives indépendantes¹.

De nombreuses contributions doctrinales ont été consacrées aux autorités administratives indépendantes². Elles relèvent l'incapacité de l'administration à s'adapter aux nouvelles demandes économiques et sociales justifiant la création de telles autorités. Elles ont aussi mis en valeur, entre autres, la difficile conciliation entre les principes constitutionnels et la création d'entités indépendantes. Alors que les nouvelles méthodes de gouvernance et l'éclatement des structures de l'Etat qui en résulte font toujours l'objet de questionnements³, aucune étude n'a, pour l'instant, abordé à titre principal la particularité de l'indépendance de certaines d'entre elles : les autorités de régulation des services publics organisés en réseaux. Pourtant, cette question est d'un intérêt tout particulier dans une optique de droit communautaire puisque ces entités se sont généralisées en Europe sous son influence. Il n'est certes pas possible d'affirmer que le droit communautaire impose la création d'autorités de régulation indépendantes comme l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes (ARCEP), en France, ou la *Bundesnetzagentur*, en Allemagne. Cependant, sans

¹ Question posée par Jean Rivero lors du colloque organisé les 11 et 12 juin 1987 par le Centre d'études et de recherches sur l'administration publique de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Les actes sont publiés in C.-A. Colliard, G. Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, spéc., p. 310.

² Voir, par exemple : Chester N. : « *Fringe Bodies, Quangos and all that* », *Public Administration*, 57-1, 1979, p. 51 ; Sabourin P. : « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *A.J.D.A.*, 20 mai 1983, p. 275 ; Chevallier J. : « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P. G.*, 1986, I, 3254. Colliard C.-A., Timsit G. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, précité ; Autin J.-L. : « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *R.A.*, 1988, p. 333 ; Franchini C. : « *Le Autorità Amministrative Indipendenti* », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n° 3, 1988, p. 549 ; Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 177 ; García Llovet E. : « *Las Autoridades Administrativas Independientes y el Estado de derecho* », *REDA*, (131), 1993, p. 61 ; Gentot M., *Les autorités administratives indépendantes*, Collection Clefs Politique, Montchrestien, 1994 ; Betancor Rodriguez A., *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994 ; Shapiro M. : « *The problem of independant agencies in the U.S. and the E.U.* », *Europ. Pub. Law*, 1997, n°3, p. 276 ; Oderzo J.-C., *Les autorités administratives indépendantes et la Constitution*, thèse, Aix-Marseille, 2000, dactyl. ; Rallo Lombarte A., *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Temas clave de la Constitución Española tecnos, 2002.

³ Voir, par exemple, Chevallier J., *L'Etat post-moderne*, coll. Droit et société, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2004, p. 79 et s.

les directives de libéralisation, ces autorités sectorielles n'auraient probablement pas vu le jour⁴.

Les services publics organisés en réseaux sont des secteurs économiques primordiaux pour assurer la fluidité de l'ensemble des échanges entre Etats membres, selon le Livre blanc de la Commission de 1985⁵. En effet, au-delà de leur importance incontestée pour la cohésion économique, territoriale et sociale, ces services fournissent un support nécessaire au développement d'autres activités marchandes. La performance et le coût des transports, des communications ou de l'énergie, par exemple, rejaillissent inévitablement sur l'ensemble des échanges. Indifférentes à l'origine, les institutions européennes ont manifesté un intérêt croissant pour ces services dans la logique de l'approfondissement du marché intérieur initiée par l'Acte Unique. A cette époque, dans les Etats membres, les secteurs en réseaux étaient le plus souvent gérés sous la forme de droits spéciaux accordés à des entités publiques. Une organisation laissant place à la concurrence dans la fourniture de biens et de services est apparue plus pertinente pour optimiser les échanges.

Pour ce faire, plusieurs vagues de directives communautaires ont progressivement libéralisé ces secteurs à partir de années quatre-vingt-dix. Elles ont introduit une modification des formes d'interventions publiques dans l'optique de garantir une ouverture effective des marchés. Des mesures asymétriques⁶ ont été imposées aux « opérateurs historiques »⁷. Ces obligations étaient destinées à favoriser l'entrée de nouveaux acteurs économiques sur les marchés pour que la concurrence puisse y prendre corps⁸. En ce sens, la libéralisation telle

⁴ En ce sens, Idot L., rapport de synthèse, in Idot L., Poillot-Peruzzetto S., (dir.), : « Internormativité et réseaux d'Autorités », actes du colloque du 24 octobre 2003 à l'Université de Toulouse I, *L.P.A.*, 5 octobre 2004, n° 199, p. 65. Dans le même sens : Autin J.-L. : « Les autorités de régulation, autorités administratives indépendantes ? », in *Environnements*, Mélanges en l'honneur du Professeur J.-P. Colson, P.U.G., 2004, p. 440 et s. ; Peu après la création de la première autorité de régulation sous l'influence communautaire en France, voir, Simon D. : « Les mutations des services publics du fait des contraintes communautaires », in Kovar R., Simon D. (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996, Travaux de la CEDECE, Paris, La Documentation Française, 1998, tome I, p. 81.

⁵ La Commission ne cite pas explicitement cette formule mais évoque le transport, les télécommunications et implicitement les services postaux comme des moyens de favoriser le développement d'autres services. En ce sens, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, « L'achèvement du marché intérieur », du 14 juin 1985, COM (85) 310 final, pt. 108 et s..

⁶ Une mesure de régulation asymétrique « impose à l'opérateur historique certaines contraintes spécifiques pour tenir compte de la position dominante dont il demeure titulaire, même après la suppression de son monopole de droit », Le Mestre R., *Droit du service public*, Gualino, 2005, n° 129.

⁷ Nom donné aux opérateurs, quelle que soit leur forme selon le droit interne (entreprise publique, établissement public ou autres), détenant avant le processus de libéralisation des services publics une position monopolistique et pendant celui-ci une position dominante sur le marché national.

⁸ Voir : Rodrigues S., *La nouvelle régulation des Services Publics en Europe, énergie, postes, télécommunications et transports*, thèse, Technique et Documentation, 2000 ; Laget-Annamayer A., *La régulation des services publics en réseaux*, thèse, Bruylant, Bruxelles, 2002. Arekian V., *Recherches sur la*

que conçue en droit communautaire ne se fonde pas sur le principe d'égalité de traitement, mais sur celui d'égalité des chances. Ce dernier suppose la possibilité d'imposer aux opérateurs disposant d'une position dominante des obligations plus contraignantes qu'aux nouveaux entrants, dans l'optique de créer les conditions d'un marché concurrentiel. Dans cette optique, le droit *antitrust* et les autorités qui le mettent en oeuvre sur une logique d'intervention *ex post* se sont avérés nécessaires, mais insuffisants⁹. Les directives communautaires ont donc confié à des entités qualifiées dans les textes d'« autorités de régulation » des tâches sectorielles allant au-delà de la sanction des comportements *antitrust* : la promotion de la concurrence ainsi que la suppression des obstacles entravant la fourniture des biens ou services. Les Etats membres restaient néanmoins libres de déterminer si ces tâches devaient être prises en charge par l'autorité nationale de concurrence ou par une autorité sectorielle. Ils ont généralement opté pour la création d'une autorité de régulation indépendante distincte de l'autorité de la concurrence. L'Allemagne, dans le domaine de l'énergie, n'a pas suivi cette voie et a choisi une méthode d'ouverture des marchés associant droit commun de la concurrence, sous l'autorité du *Bundeskartellamt*¹⁰, et autorégulation¹¹ par les opérateurs. L'échec de cette expérience révèle l'incapacité matérielle des autorités de concurrence et de l'autorégulation du secteur à accompagner la libéralisation d'un marché¹².

notion de régulation en droit public français le cas des services publics en réseaux, thèse, Lille II, 2003, dactyl. ; Sabart G. : *Les services publics de réseau (Public utilities) ; essai de comparaison entre les Etats-Unis, la France et la Grande-Bretagne*, thèse, Université d'Aix-Marseille III, septembre 2003, dactyl.

⁹ Bruno Lasserre a expliqué les différents stades du processus de régulation des marchés en voie de libéralisation. Le premier stade de la régulation est essentiellement juridique et technique, il vise à définir les conditions d'entrée sur le marché, donc implique le recours à des outils administratifs classiques comme le pouvoir réglementaire ou de décisions individuelles. Le deuxième stade de la régulation est économique, dans le but de garantir l'égalité des chances entre un opérateur historique jouissant toujours d'une forte position dominante et de nouveaux entrants. Il implique le recours majoritaire à l'arbitrage, au règlement des différends et aux sanctions pour régler les conflits qui peuvent naître. Le dernier stade est comportemental, il voit les parts de marché se rééquilibrer et l'objectif est avant tout de prévenir les risques de pratiques anticoncurrentielles. Lasserre B. : « L'autorité de régulation des télécommunications, ART » A.J.D.A. 97, n° spécial « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation » p. 225. Par conséquent, la logique d'intervention *ex post* est insuffisante pour accompagner cette évolution.

¹⁰ Autorité de la concurrence en Allemagne.

¹¹ L'autorégulation a fait l'objet de la définition suivante : « On entend par autorégulation la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de conduite ou accords sectoriels) », in Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et Commission, « Mieux légiférer » (J.O.C.E., n° C 321, du 31 décembre 2003, p. 1). Voir aussi : Cafaggi F. : « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », in « La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? », colloque organisé par l'ENA, le 29 janvier 2004, *R.F.A.P.*, n° 109, p. 23.

¹² Cette incapacité pourrait être temporaire. Bruno Lasserre l'explique en développant les différents stades de la régulation. En effet, le premier stade de la régulation est essentiellement juridique et technique, il vise à définir les conditions d'entrée sur le marché, donc implique le recours à des outils administratifs classiques comme le pouvoir réglementaire ou de décisions individuelles. Le deuxième stade de la régulation est économique, dans le but de garantir l'égalité des chances entre un opérateur historique jouissant toujours d'une forte position dominante et de nouveaux entrants. Il implique le recours majoritaire à l'arbitrage, au règlement des différends et aux sanctions pour régler les conflits qui peuvent naître. Le dernier stade est comportemental, il voit les parts de marché se rééquilibrer et l'objectif est avant tout de prévenir les risques de pratiques anticoncurrentielles, in

Ce constat a conduit l'Allemagne, au bout de quelques années, à créer une autorité sectorielle chargée de prendre en charge la régulation. La généralisation des autorités de régulation indépendantes des services publics organisés en réseaux a donc partie liée avec le processus d'introduction, par le biais du droit communautaire, d'un certain degré de concurrence dans ces secteurs.

1 L'objet : les autorités de régulation sectorielles

L'objet de l'étude porte donc sur les autorités de régulation. Cette figure juridique, qui ne correspond d'ailleurs pas à une catégorie spécifique¹³, notamment dans les Etats envisagés, suppose certains éclaircissements.

En premier lieu, il s'agit de véritables autorités et non pas de simples agences. Les autorités sont définies comme des organes investis du pouvoir de commander appartenant aux gouvernants ou à certains agents publics¹⁴. Les agences, en revanche, supposent à titre principal une activité consultative. Même si la dénomination formelle des entités chargées de surveiller ces marchés varie très fortement, allant de l'appellation de commission, à celle d'autorité en passant par l'agence, elles répondent toutes à certains caractères qui justifient leur regroupement sous la dénomination d'autorité. En effet, pour mener à bien la mission qui leur est confiée, le législateur leur a octroyé, en plus de compétences consultatives, des pouvoirs normatifs, quoique strictement délimités, mais aussi généralement des pouvoirs de sanction et de règlement des différends. Leurs décisions sont donc contraignantes et produisent des effets de droit.

Lasserre B. : « L'autorité de régulation des télécommunications, ART » A.J.D.A. 97, n° spécial « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation » p. 225. Au regard des compétences octroyées aux autorités de concurrence et aux autorités de régulation, ces dernières sont les plus aptes à surveiller le marché pendant les deux premiers stades de la régulation. En revanche, lorsque le niveau d'ouverture d'un marché suppose principalement la surveillance des pratiques *antitrust*, l'autorité de concurrence est suffisante.

¹³ En ce sens, Marcou G. : « Régulation et service public, les enseignements du droit comparé », in Marcou G., Moderne F., (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, tome I, Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 40.

¹⁴ Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8^{ème} éd., 2007. Selon Jacques Chevallier une autorité doit disposer pour remplir la fonction qui lui a été assignée « de pouvoirs de décision qui [lui] donnent la possibilité de modifier l'ordonnement juridique », Chevallier J. : « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, n° 1, 1995, p. 83. Voir aussi l'éclairage de René Chapus : « La catégorie des autorités administratives indépendantes ne peut avoir de spécificité (et le terme d'"autorité" ne peut être justifié) que si elle ne comprend que des organismes détenant, pour l'accomplissement même de leur mission, un pouvoir de décision », Chapus R., *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 296.

En second lieu, le qualificatif de « régulation » renvoie à une notion encore débattue par la doctrine¹⁵. Ce terme « polysémique »¹⁶ peut être appréhendé sous plusieurs angles. L'important ici n'est pas tant de trancher le point de savoir si la régulation constitue une branche du droit¹⁷ ou si elle n'a aucune consistance juridique¹⁸, mais de déterminer à quelle réalité cette notion se réfère lorsqu'elle est employée en tant que fonction exercée par une autorité.

Une première définition générale de la régulation peut être avancée, sans que celle-ci ne soit destinée à une utilisation juridique ou économique. Comme le relève le Professeur Claude Champaud, la régulation désigne « un système destiné à rétablir un équilibre indispensable à l'existence d'une situation ou au bon fonctionnement d'un système complexe »¹⁹. Cette définition téléologique appliquée au domaine juridique revient à dire que la régulation « est un ensemble de techniques juridiques au service de finalités sociétales »²⁰, ce qui peut prêter à confusion dans la mesure où la généralité des termes tend à fondre la régulation dans la définition même du droit²¹.

Dès lors, il convient nécessairement de circonscrire la définition en limitant son champ aux secteurs économiques particuliers dans lesquels la régulation a vocation à être mise en oeuvre²². Si ces secteurs sont assez vastes et témoignent parfois d'une utilisation trompeuse

¹⁵ Sur les origines du terme, voir : Jobart J.-C. : « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *R.R.J.*, 2004-1, p. 33 ; Fravalo A., *La régulation juridique dans le domaine économique*, thèse, Université Paris XII, 2003, dactyl., p. 5.

¹⁶ Le caractère polysémique du terme, ou polymorphe de la notion, est reconnu par la doctrine économique : Aglietta M., *Régulation et crises du capitalisme*, Odile Jacob, 1997, p. 13. Il en est de même dans la doctrine juridique. La notion de régulation répond à plusieurs définitions et traduit ainsi la difficulté pour lui donner une consistance juridique. Par exemple : Frison-Roche M.-A. : « Les différentes définitions de la régulation », in Frison-Roche M.-A., Cohen-Tanugi L. (dir.), « La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels », colloque D.G.C.C.R.F., *L.P.A.* n° 82, 10 juillet 1998, p. 5.

¹⁷ Sur ce point, voir principalement Frison-Roche M.-A. : « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron. p. 610, ainsi que sa mise en perspective : Boy L. : « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.* 2001, chron., p. 3031 ; Frison-Roche M.-A. : « La régulation, objet d'une branche du droit », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : « Droit de la régulation : questions d'actualité », *Rencontres petites affiches*, 6 février 2002, *L.P.A.* n° 110, 3 juin 2002, p. 3.

¹⁸ Pour certains, la régulation est une notion descriptive renvoyant à l'utilisation de procédés de police en matière économique (Linotte D., Romi R., *Droit public économique*, Litec, 6^{ème} éd., 2006, n° 906 et s.). Pour d'autres il s'agit d'une police spéciale de la concurrence (Delvolvé P., *Droit public de l'économie*, Précis, Dalloz, 1998, n° 32, 359, 453 et s.) ou une « police économique justifiée par un objectif explicite, l'ouverture à la concurrence et le maintien de celle-ci » mais en utilisant des formes et des techniques nouvelles (Gaudemet Y. : « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », *R.F.A.P.*, 2004, n° 109, pp. 14 et 15).

¹⁹ Champaud C. : « Régulation et Droit Economique », *Revue de Droit Economique*, p. 40.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Toutes les définitions générales et abstraites qui ont été données au terme de régulation tendent à la confondre avec le droit lui-même. En ce sens, Frison-Roche M.-A. : « La régulation, objet d'une branche du droit », précité, p. 4 ; Frison-Roche M.-A. : « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, p. 126.

²² « Pour éviter la dilution de la régulation dans la définition même du droit, par sa recherche d'équilibre dans les rapports de force, il faut cerner les domaines régis par le droit de la régulation, au-delà donc des seuls secteurs

du terme de régulation²³, le champ de la présente étude se révèle être un terrain de prédilection pour préciser son sens²⁴. Les services publics organisés en réseaux ont en commun de devoir être construits et maintenus en permanence dans un équilibre entre un principe de concurrence et un principe autre²⁵. Ainsi, la régulation dans ce domaine peut être définie comme « la fonction tendant à réaliser certains équilibres entre concurrence et d'autres impératifs d'intérêt général »²⁶.

Selon cette acception, la régulation s'inscrit dans un mouvement économique global de conciliation entre l'intérêt général et le marché²⁷. Deux théories se sont opposées et la régulation traduit un juste milieu entre elles. La première, à laquelle la tradition Colbertiste en France²⁸ a offert un terrain propice, trouve son fondement dans la pensée de Keynes et a été généralisée en Europe continentale dès la fin de la seconde Guerre Mondiale. Elle postule l'intervention de l'Etat dans certains segments de l'économie, notamment les services publics

régulés, mais en-deçà de l'ensemble des relations sociales », Frison-Roche M.-A. : « La régulation, objet d'une branche du droit », précité, p. 6.

²³ Voir la loi n° 2001-420, du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques (J.O.R.F. n° 113, du 16 mai 2001, p. 7776) et la dénonciation des confusions sur le terme de régulation : Couret A. : « La loi sur les nouvelles régulations économiques : la régulation du pouvoir dans les entreprises », *J.C.P. G.*, 2001, n° 30, p. 1485.

²⁴ Du Marais B., *Droit Public de la régulation économique*, coll. Amphi, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 483 ; Laget-Annemayer A., *La régulation des services publics en réseaux*, précité ; Arekian V., *Recherches sur la notion de régulation en droit public français le cas des services publics en réseaux*, précité.

²⁵ Frison-Roche M.-A. : « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron. p. 611.

²⁶ Lombard M. : « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 14 mars 2005, p. 531. Comme l'a démontré Guylain Clamour, la notion juridique d'intérêt général intègre les préoccupations concurrentielles. Selon lui, « démontrer que la concurrence constitue une exigence d'intérêt général invite donc à soutenir une thèse défendant la pérennité du droit public en économie de marché ». Ainsi, « à la lumière d'une intégration des préoccupations concurrentielles à l'intérêt général, les stigmates du droit public économique font place à une nouvelle cohérence, fidèle à la théorie de la "concurrence-moyen" et à l'idée d'"économie sociale de marché" que nous livre le droit comparé, que l'on peut exprimer en fondant un "droit public de l'économie de marché" ». Ce dernier « en appelle toujours à l'intérêt général mais s'emploie à développer des méthodes compatibles avec le marché en fragmentant et en concrétisant les intérêts publics, en consacrant l'analyse économique, en s'ouvrant aux intérêts particuliers, en rationalisant l'autorité, en recherchant les combinaisons optimales, etc. Bref, en promouvant un art de gouverner qui, cherchant à combiner les forces au sein de structures institutionnelles, nous rapproche de la théorie économique de la régulation et tire aussi sa légitimité de sa pertinence au regard des choix et notions économiques. Le rôle du droit est donc toujours "d'introduire des contraintes à respecter ou de compléter les arguments de la fonction d'objectif des agents économiques, en un mot, de limiter la portée du modèle économique en fonction de l'organisation institutionnelle globale de la société", mais ce sont les méthodes qui s'adaptent (...) », Clamour G., *Intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, thèse, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2006, respectivement pp. 45, 803 et 804.

²⁷ Voir : Kovar R., Simon D. (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996, Travaux de la CEDECE, Paris, La Documentation Française, 1998, tomes I et II.

²⁸ Le Colbertisme, variante française de la théorie économique du mercantilisme, est caractérisé par la prise en charge directe par l'Etat d'un nombre non négligeable d'activités économiques et industrielles. Cette conception protectionniste a marqué la société française jusqu'à la fin du dix-neuvième siècle. Après une période un peu plus libérale (le « Libéral Colbertisme »), la volonté interventionniste s'est à nouveau manifestée après la Première Guerre Mondiale. Un retour en faveur de l'économie libérale dans les années trente a fait place à l'économie administrée pendant et après la seconde guerre mondiale. Sur ces éléments, Hubrecht H.-G., *Droit public économique*, Dalloz, 1997, n° 18 et s..

industriels et commerciaux. La seconde enseigne que la concurrence, qui naît de la confrontation entre l'offre et la demande, suffit à rétablir les équilibres souhaitables sur le marché. Il s'agit de la célèbre théorie de la « main invisible » d'Adam Smith²⁹. Reprise et diffusée par l'« Ecole de Chicago »³⁰, elle a contribué à remettre en cause les relations entre l'Etat et le marché. Pour concilier ces deux positions antagonistes, la réforme envisagée par la « nouvelle » science économique³¹ propose « un moyen terme entre la gestion étatique et le marché »³².

²⁹ « Dans cette économie “idéale” qu'est l'économie de concurrence pure et parfaite, les marchés sont en équilibre et l'économie dans son ensemble est efficace, à l'optimum : ce modèle qui sert de représentation théorique de référence s'appelle le modèle classique ou “walraso-parétien”. Cette construction est le point d'aboutissement formalisé de la pensée d'Adam Smith, le “père fondateur” de l'économie moderne, et de ses descendants du XIXème siècle (...) L'intérêt bien compris de chacun débouche sur le bien-être collectif. Cette vision classique repose sur les conditions très strictes de la concurrence pure et parfaite, entre autres la (...) transparence totale de l'information, l'indépendance des décisions des agents économiques, l'absence d'externalités, l'absence d'économies d'échelle dans la production : ces conditions ne sont pas remplies dans la réalité de la vie économique. (...) », Prager J.-C., Villeroy de Galhau F., *18 leçons sur la politique économique, à la recherche de la régulation*, Seuil, 2^{ème} éd., 2004, p. 24. De la position fondatrice d'Adam Smith sont issues, notamment, la pensée de Léon Walras (1834-1910), celle de Vilfredo Pareto (1848-1923) puis celle de l'école de Vienne menée par Joseph Schumpeter (1883-1950).

³⁰ Mouvement théorique « néo-classique » qui prône l'intervention de la science économique pour influencer la conception et la mise en oeuvre de la règle de droit. Selon cette école, l'unique objectif que doit poursuivre la concurrence est de permettre la réalisation de l'« *economic efficiency* ». Il faudrait ainsi accorder une plus grande confiance au marché, pour corriger ses propres imperfections. Voir, entre autres, les écrits sur la régulation : Stigler G. J. : « *The theory of economic regulation* » *The Bell Journal of Economic and Management Science*, n° 2 (1), 1971, p. 3; Posner R.-A. : « *Theories of economic regulation* », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, n° 2, Autumn 1974, p. 335. Voir aussi : Lepage H. : « L'Ecole de Chicago et la concurrence », *Rev. conc. consom.*, 1981, n° 14, p. 3.

³¹ La « nouvelle » science économique a été relayée en France par Michel Aglietta (Aglietta M., *Régulation et crises du capitalisme : l'expérience des Etats-Unis*, thèse, Calmann-Levy, 1976 ; *Régulation et crises du capitalisme*, précité). Voir aussi les écrits de Jean-Jacques Laffont (1947-2004) (not. Laffont J.-J. : « Nouvelles formes de réglementation », *Communications et stratégies*, 1991, n° 4, p. 15 ; « La nouvelle économie de la réglementation, dix ans après », *Revue d'économie industrielle*, numéro spécial, 1995, p. 331) et de Jean Tirole (Tirole J., Laffont J.-J., Rey P. : « *Network competition I, overview and non discriminatory pricing* », « *Network competition II, price discrimination* », *Rand Journal of Economics*, 29 (1), pp. 1 à 56). Aux Etats-Unis, voir les travaux d'Eugène Fama, Michael Jensen et William Meckling (not. Fama E., Jensen M., « *Agency problems and residual claims* », *Journal of Law and Economics*, juin 1983, 26 (2), p. 327 ; Jensen M., Meckling W., « *Theory of the firm, managerial behavior, agency cost and ownership structure* », *Journal of financial economic*, 1976, p. 305). Pour une explication détaillée de la réforme réglementaire en général et en particulier dans les services publics de réseaux : Gönenç R., Maher M., Nicoletti G. : « Mise en oeuvre et effets de la réforme de la réglementation, leçons à tirer et problématique actuelle », Boylaud O., Nicoletti G. : « Le secteur des télécommunications : réglementation, structure du marché et performances », Steiner F. : « L'industrie de l'électricité : réglementation, structure du marché et performances », in *Revue économique de l'O.C.D.E.*, n° 32, 2001, respect. p. 11, 111, 160.

³² Cohen-Tanugi L. : « Une doctrine pour la régulation », *Le débat*, nov-déc 1988, p. 57. La conciliation est décrite par Jean-Claude Prager et François Villeroy de Galhau : « Ainsi, entre la vision walraso-parétienne et la vision keynésienne est posée une des questions les plus fondamentales de l'économie, celle de savoir quel doit être le degré de pilotage de l'ensemble du système par des institutions collectives, et quels doivent être les objets, les instruments et la forme de ce pilotage collectif. Il s'agit de trouver en permanence le “juste milieu” : d'un côté, la “vision libérale” veut que l'économie soit un système très fragile et trop complexe pour pouvoir être maîtrisé par des institutions. Les interactions spontanées des agents économiques, par le libre jeu de la “main invisible”, y feraient toujours mieux, à la longue que toute espèce d'intervention, malgré les imperfections reconnues du fonctionnement spontané du marché. A l'opposé, on a cru très longtemps que l'organisation collective de la production pouvait à la fois assurer un meilleur bien-être collectif et une plus grande justice sociale (...). Aujourd'hui, la vision dominante partagée par les économistes est celle de la nécessité d'une intervention limitée et ciblée de l'Etat, indirecte pour respecter la capacité d'initiative des agents économiques, ciblée là où elle est nécessaire et efficace. L'approche moderne est donc celle d'un compromis pragmatique,

Appliquée aux services publics organisés en réseaux, il ne s'agit donc pas d'une libéralisation totale mais de la mise en place d'une « autre » réglementation³³, d'un cadre juridique plutôt incitatif qui permette de tirer parti des avantages de la concurrence et de l'économie de marché dans ces secteurs³⁴. Dès lors, comme le souligne le Professeur Stéphane Braconnier, la régulation est apparue comme un paradigme faisant l'objet d'un consensus politique³⁵. « Les libéraux y voient un moyen de réduire le rôle de l'Etat dans l'économie, les sociaux-démocrates un moyen moderne d'intervention publique sur les flux économiques dans un contexte de forte libéralisation »³⁶.

La fonction de la régulation est donc de concilier la libre concurrence avec les missions d'intérêt général attachées aux services publics en réseaux, lors du passage d'une situation de monopole étatique vers un marché libéralisé. L'idée était d'ouvrir l'entrée du marché à de nouveaux opérateurs sur les segments concurrentiels et, pour les segments ne présentant pas cette caractéristique, de tenter de les octroyer dans un contexte concurrentiel, c'est-à-dire pour une durée limitée et après une procédure ouverte du type appel d'offres³⁷. La transition d'une situation monopolistique à une situation de concurrence maîtrisée suppose que l'Etat n'agisse plus comme la clef de voûte du développement social, autrement dit un Etat producteur, mais comme l'arbitre du jeu économique³⁸.

Cette évolution de la place de l'Etat, passant nécessairement par une réforme de la structure réglementaire encadrant l'activité économique, a fait émerger la notion de régulation dans les services publics organisés en réseaux. Cependant, quelle que soit l'optique selon laquelle la régulation est abordée, elle reste une modalité d'intervention publique dans

intermédiaire pour la régulation conjoncturelle entre ces deux visions », in Prager J.-C., Villeroy de Galhau F., *18 leçons sur la politique économique, à la recherche de la régulation*, précité, p. 28 et s.

³³ Chérot J.-Y. : « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : « Droit de la régulation : questions d'actualité », *Rencontres petites affiches*, 6 février 2002, *L.P.A.* n°110, 3 juin 2002, p. 18.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Braconnier S. : « La régulation des Services Publics », *R.F.D.A.*, 17 (1), janv.-fév. 2001, p. 44.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Chérot J.-Y. : « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », précité, p. 17.

³⁸ Sur les transformations de l'Etat, Chevallier J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.*, n°3, 1998 p. 659 ; du même auteur, *L'Etat post-moderne*, coll. Droit et société, L.G.D.J., 2003, not., pp. 48 et ss.. « L'Etat se réduit moins quantitativement qu'il ne se transforme qualitativement par le déploiement de nouveaux modes d'intervention », Crozier M., *Etat modeste, Etat moderne, stratégie pour un autre changement*, Fayard, 1987, p. 121. Selon Jean-Claude Prager et François Villeroy de Galhau « la régulation se rapporte au pilotage complexe d'un système plus ou moins bien connu, plutôt qu'à un pouvoir mécanique qui nous semble dépassé par les circonstances de ce début du XXIème siècle », Prager J.-C., Villeroy de Galhau F., *18 leçons sur la politique économique, à la recherche de la régulation*, précité, p. 16.

l'économie³⁹. En effet, « lorsque les juristes parlent de régulation, ils admettent que les méthodes de réglementation traditionnelle sont en crise et qu'une re-réglementation doit se définir, notamment pour assurer les équilibres du marché et la défense de l'intérêt général »⁴⁰. Par conséquent, « la régulation ne signifie pas la levée de toute règle et l'abandon d'un marché à la concurrence, mais le remplacement d'un ancien cadre réglementaire par un nouveau »⁴¹.

Cependant, les méthodes traditionnelles de l'intervention publique dans le jeu économique, par le biais de la réglementation, n'apparaissent plus suffisantes pour satisfaire le fonctionnement complexe du système. La méthode se transforme en fonction du but recherché. Celui-ci est décrit par le Professeur Marie-Anne Frison-Roche comme « l'organisation artificielle des rapports de force pour les construire de telle façon qu'ils puissent ensuite produire à leur tour de l'équilibre »⁴². La régulation, dans ce contexte, est un « moyen dynamique de maintenir les grands équilibres d'un secteur qui ne pourra jamais se rapprocher techniquement de la figure d'un marché spontané et durablement concurrentiel »⁴³. Sans présumer du caractère temporaire ou permanent de la régulation, celle-ci est donc « la forme la plus moderne et la plus performante de l'intervention de l'Etat dans la gestion de certains secteurs de l'activité publique ou économique »⁴⁴. Le Professeur Jacqueline de Guillenchmidt rajoute à cette affirmation, non sans raisons, que la régulation « se définit moins cependant par des règles de droit qui lui seraient propres que par l'originalité de sa méthode »⁴⁵.

En effet, alors que certains estiment qu'il « convient de répudier et de combattre la confusion entretenue entre la “régulation” et la “réglementation” »⁴⁶, l'observation pratique

³⁹ En ce sens, récemment encore, voir l'intervention de Jean-Marc Sauvé (texte écrit en collaboration avec Thomas Andrieu), au colloque « Matinales experts », du 9 avril 2008, « Justice administrative et autorités de régulation », organisé par l'Ecole de formation des barreaux et les éditions Dalloz, non encore publié.

⁴⁰ Maisl H. : « La régulation des télécommunications, changements et perspectives » in « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.* 11 (2) mai-juin 1995, p. 451.

⁴¹ Gallot J. : « Introduction », in Frison-Roche M.-A., Cohen-Tanugi L. (dir.) : « La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels », colloque D.G.C.C.R.F., *L.P.A.* n° 82, 10 juillet 1998, p. 3.

⁴² Frison-Roche M.-A. : « La régulation, objet d'une branche du droit », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : « Droit de la régulation : questions d'actualité », Rencontres petites affiches, 6 février 2002, *L.P.A.* n°110, 3 juin 2002, p. 5.

⁴³ Frison-Roche M.-A. : « Les différentes définitions de la régulation », in Frison-Roche M.-A., Cohen-Tanugi L. (dir.) : « La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels », précité, p. 5.

⁴⁴ Guillenchmidt J. : « Le sectoriel et le général dans le droit de la régulation », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : « Droit de la régulation : questions d'actualité », p. 58.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Champaud C. : « Régulation et Droit Economique », *Revue de Droit Economique*, p. 31.

des systèmes mis en place révèle à la fois une continuité dans l'utilisation de certains instruments juridiques mais aussi un renouveau dans l'approche de l'encadrement du secteur.

Il incombe au juriste de mettre en valeur le fait que les secteurs de services publics en réseaux soumis à une régulation n'en comportent pas moins une certaine part de réglementation⁴⁷. Certes, les deux méthodes sont différentes et il est possible d'adhérer au constat que la réglementation, en tant qu'« encadrement juridique des comportements sociaux »⁴⁸ est un « mode de régulation parmi l'ensemble des ajustements, des arrangements, qui permettent à la société de garder ses équilibres »⁴⁹. Néanmoins, s'il est vrai que la régulation s'accompagne d'une diminution quantitative et d'une transformation qualitative de la réglementation⁵⁰, celle-ci perdure sous deux formes. D'une part, la réglementation, au sens général du terme, c'est-à-dire issue du législateur et/ou des pouvoirs exécutifs nationaux et communautaires, encadre et fixe les objectifs des autorités de régulation. Elle s'adresse aussi aux opérateurs économiques en établissant les règles du jeu concurrentiel du marché ainsi que les impératifs d'intérêt général⁵¹. Il appartient donc encore aux pouvoirs publics de déterminer les choix généraux de la politique qu'ils entendent faire prévaloir dans ces secteurs d'activité. D'autre part, une fois ces choix opérés, les autorités de régulation jouent un rôle primordial dans leur mise en oeuvre. Pour ce faire, la réglementation technique est l'un des outils juridiques utilisé par celles-ci afin d'encadrer et de permettre une certaine surveillance sur les comportements des opérateurs économiques.

Si la régulation implique l'utilisation d'outils juridiques classiques, elle suppose aussi une méthode originale et novatrice dans son application aux marchés en voie de libéralisation. Celle-ci est fondée sur des procédés dynamiques⁵², peu caractéristiques des formes

⁴⁷ Réglementation au sens français du terme, ce qui correspond à la *regulation* au sens anglais mais plus précisément à la fonction de « *command and control* ». Sur la régulation et les outils du droit administratif, Auby J.-B. : « Régulations et droit administratif », *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 209.

⁴⁸ Maisl H. : « La régulation des télécommunications, changements et perspectives » précité, p. 451.

⁴⁹ *Ibid.* ; voir aussi : Auby J.-B. : « Régulations et droit administratif », précité, p. 222 ; du même auteur, « Régulations », *D.A.*, avril 2000, repères n° 4.

⁵⁰ « La problématique de la régulation débouche ainsi sur une vision instrumentale du droit, faisant passer au second plan l'idée de commandement qui était au coeur de la conception moderne », Chevallier J. : « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.*, n°3, 1998, p. 679.

⁵¹ Sur les obligations de service public et le service universel, Lombard M. : « Service public et service universel, ou la double inconsistance », in *Les Mutations contemporaines du droit public*, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, 2002, p. 507 ; du même auteur, « L'impact du droit communautaire sur le service public », in Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J. (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, L.G.D.J., 2008, p. 969 ; Ortega L. : « Services publics et usagers des services dans l'Union européenne », *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 463.

⁵² Frison-Roche M.-A. : « Les différentes définitions de la régulation », in Frison-Roche M.-A., Cohen-Tanugi L. (dir.) : « La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels », colloque D.G.C.C.R.F., *L.P.A.* n° 82, 10 juillet 1998, p. 5.

traditionnelles d'intervention publique, tout du moins en Europe continentale. La régulation fait intervenir, par exemple, la négociation, la concertation et le dialogue avec les opérateurs économiques. Il s'agit donc de « moyens informels d'influence et de persuasion »⁵³. Une certaine partie de la doctrine estime que le terme de régulation serait réservé à cette forme d'intervention des autorités publiques, entre les actes qui font grief et ceux qui ne le font pas⁵⁴. Elle envisage qu'« entre l'interprétation et la réglementation, il y ait un espace où pourrait venir se loger la régulation »⁵⁵. La vision du Professeur Gérard Timsit supposerait un saut conceptuel majeur, une « révolution théorique »⁵⁶ qui obligerait à réviser la conception traditionnelle de la norme⁵⁷. Tout d'abord, la régulation serait une loi, au sens générique du terme, que le groupe s'imposerait à lui-même, impliquant l'absence de distinction entre celui qui agit et celui qui subit. Ensuite, l'élaboration de l'acte serait une action du groupe sur lui-même et, enfin, l'obligation ne résiderait plus dans la sanction mais serait assurée par des mécanismes de coopération⁵⁸.

Il est vrai que la régulation se rapproche de certains éléments relevés par cet auteur. Les autorités qui en ont la charge s'efforcent de travailler en étroite collaboration avec le milieu régulé. Elles consultent fréquemment les opérateurs du secteur avant l'édiction d'actes et adressent des recommandations, qualifiées de « *soft law* », qui sont généralement respectées par les acteurs économiques. Selon le Professeur Laurent Cohen-Tanugi, « fille du mouvement perpétuel du marché, des technologies et des acteurs politiques, la régulation repose sur une logique interactive, souplement juridique, évolutive, pluraliste, professionnelle, ouverte sur l'extérieur, reposant sur la dialectique permanente du particulier et du général et l'arbitrage des conflits d'intérêts »⁵⁹. L'ensemble de ces éléments distingue cette nouvelle modalité de l'intervention publique dans l'économie. D'autres caractères, complémentaires mais aussi englobant les précédents, ont été relevés par le Professeur Marie-Anne Frison-Roche. Les méthodes de la régulation reposent sur la distribution de l'information, les

⁵³ Chevallier J. : « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », précité, p. 679.

⁵⁴ Notamment sous l'influence des écrits de Gérard Timsit, Timsit G. : « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *R.F.A.P.*, 1996, n° 78, p. 375, spéc., p. 380 ; voir aussi « Institution Notre Dame du Kreisker, mère de la régulation » in *Etat, loi, administration*, Mélanges Spiliotopoulos, Bruylant, 1998 p. 440 ; « La régulation, la notion et le phénomène », in « La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? », Colloque organisé par l'ENA, le 29 janvier 2004, *R.F.A.P.*, n° 109, p. 5.

⁵⁵ Timsit G. : « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », précité, p. 380.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Voir Coppens P. : « Théorie de la norme et régulation », in *Annales de la régulation*, vol. I, Bibliothèque de l'institut André Tunc, tome 9, L.G.D.J., 2006, p. 79.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Cohen-Tanugi L. : « Une doctrine pour la régulation », *Le débat*, nov-déc 1988, p. 58.

principes de transparence, de proportionnalité et de responsabilité tout comme son corollaire, la contestabilité des décisions prises⁶⁰.

Par conséquent, les autorités de régulation, telles qu'envisagées dans cette étude, seront à la fois définies par leurs fonctions et par leurs modalités d'action. Ce sont les entités publiques qui ont pour objectif de faciliter l'introduction de la concurrence sur des marchés de services publics en réseaux tout en garantissant le respect d'autres impératifs d'intérêt général⁶¹. Leur action est mise en oeuvre grâce à l'ensemble des moyens suivants : elles disposent de pouvoirs administratifs traditionnels, comme le pouvoir normatif, de nature technique, et celui de sanctionner certains comportements. Elles sont habilitées à régler des différends entre opérateurs. Elles emploient des méthodes de gestion quotidienne des marchés qui supposent une concertation avec le secteur régulé et l'édiction de recommandations susceptibles d'orienter les comportements. Une connaissance spécifique des secteurs leur permet de conseiller utilement les pouvoirs publics pour adapter le cadre juridique à l'évolution technique et concurrentielle.

Le cumul de l'ensemble de ces prérogatives, qui ne relèvent pas toutes des modalités habituelles de l'action publique, et de la complexité des secteurs régulés, implique la création ou la désignation d'un groupe de personnes spécialisé dans la gestion quotidienne de l'équilibre nécessaire entre concurrence et intérêt général dans les services publics organisés en réseaux.

⁶⁰ Frison-Roche M.-A. : « La régulation, objet d'une branche du droit », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : « Droit de la régulation : questions d'actualité », Rencontres petites affiches, 6 février 2002, *L.P.A.* n°110, 3 juin 2002, p. 6.

⁶¹ Cette définition, inspirée des écrits de Stéphane Braconnier, met au premier plan l'introduction de la concurrence et au second plan les autres impératifs d'intérêt général. Il eut été possible d'envisager la définition suivante : les autorités de régulation sont les entités publiques qui ont pour objectif de concilier l'introduction de la concurrence avec le respect d'autres impératifs d'intérêt général sur les marchés de services publics organisés en réseaux. Cependant, elle ne traduit pas la réalité des textes. En effet dans les directives de libéralisation des communications électroniques et des postes, les compétences de l'autorité de régulation dans le domaine du service universel sont toujours placées au second plan (textuel et conceptuel). Dans les directives de libéralisation de l'électricité et du gaz, les autorités de régulation n'ont que très peu de compétences directes sur les objectifs du service universel. Néanmoins, d'autres impératifs d'intérêt public sont pris en compte comme par exemple la sécurité d'approvisionnement qui implique indirectement la continuité du service fourni. Sur les différentes conceptions de la fonction des autorités de régulation, Braconnier S. : « La régulation des Services Publics », *R.F.D.A.*, (17), janv.-fév. 2001, spéc., p. 47 et 48. Outre l'explication idéologique, il y existe une explication juridique : les obligations de service universel sont posées dans les textes et il incombe aux pouvoirs publics de remarquer et de sanctionner leur inobservation. Néanmoins, chaque Etat membre peut, selon le droit communautaire, définir les obligations d'intérêt public qu'il souhaite. Celles-ci peuvent être plus et non pas moins contraignantes que les obligations de service universel imposées par le droit communautaire. Selon Jean-Yves Chérot, « La régulation n'a pas pour fonction d'établir les missions de service public, d'en fixer le contenu ou même d'en contrôler le respect par les opérateurs. Cela relève des tâches du législateur et du pouvoir réglementaire général ou éventuellement de l'autorité organisatrice du service public dans le cas des missions de service public pilotées par convention de service public. La régulation économique n'a pour mission que de veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée compte tenu de ces missions de service public », Chérot J.-Y. : « Rapport introductif », in « La régulation : quelles structures ? Quels objectifs ? », journée d'études du 21 avril 2004, Faculté des sciences juridiques de Tunis, p. 13.

2 Le domaine : les services publics en réseaux

Les autorités qui répondent aux caractéristiques précitées dépassent très largement le cadre des activités de services publics organisés en réseaux. Le champ de l'étude restera néanmoins cantonné à ces services dans la mesure où ce sont les seuls qui cumulent à la fois la particularité d'une ouverture imposée par le droit communautaire et celle de l'octroi d'une partie des fonctions de mise en oeuvre des directives à des entités qualifiées d'« autorités de régulation » par celui-ci.

La notion de « services publics en réseaux » ou de « réseaux » est utilisée couramment par la doctrine européenne pour décrire une catégorie de services publics qui se distinguent par leur mode de prestation. Celle-ci suppose l'existence d'une infrastructure permettant « d'acheminer à partir d'un faible nombre de sources de production l'électricité, le gaz ou l'eau vers le consommateur final (réseau dit de diffusion) ou de fournir un service de transport ou de téléphonie (réseau point à point) »⁶². Sont donc compris dans les services publics organisés en réseaux une partie des services publics industriels et commerciaux tels que conçus en France. Il s'agit du service public de l'électricité, du gaz, de l'eau, des communications électroniques, des postes et des transports.

L'utilisation du terme de service public organisé en réseau permet aussi, en alliant un qualificatif technique à une notion qui ne trouve pas de véritable équivalence dans les autres Etats membres, d'encadrer le champ d'une étude de droit communautaire.

En effet, en France, la notion de service public, définie comme une activité d'intérêt général assumée ou assurée par les pouvoirs publics⁶³, a été décrite comme « la pierre angulaire du droit administratif français »⁶⁴. L'idée et la place du service public dépassent cependant très largement sa consistance juridique. Comme le souligne le Professeur Franck Moderne, « le service public est entré dans l'arène juridique avec les théories de l'Etat de droit et de l'Etat providence, à la fin du siècle dernier, c'est-à-dire à une époque de questionnement intense de l'Etat, de ses fins, de ses relations ambiguës avec le droit ou avec

⁶² *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, coll. ISUPE, éd. ASPE Europe, Paris, 1998, p. 223.

⁶³ « Une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public », Chapus R. : *Droit administratif général*, précité, n° 748.

⁶⁴ Jèze G., *Principes généraux du droit administratif*, préface de la deuxième édition, Giard et Brière, 1914, p. X.

ses citoyens »⁶⁵. Il convient de se rappeler des écrits de Léon Duguit pour qui l'activité de service public « est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante »⁶⁶. Au sein de ce qui est communément appelé l'Ecole de Bordeaux⁶⁷, deux conceptions du service public s'opposent. La première, théorisée par Léon Duguit⁶⁸, se base sur une conception objective qui fait apparaître le service public comme un instrument de légitimation mais aussi de limitation de l'Etat. Ainsi, « les pouvoirs des gouvernants sont limités à [l'] activité de service public, et tout acte des gouvernants est sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de service public »⁶⁹. Selon cet auteur, le service public ne se crée pas, mais se constate objectivement. Cependant, il n'associe pas à la notion de service public un régime juridique particulier⁷⁰ et l'utilise « dans une perspective de théorie politique et non pas pour caractériser le droit administratif »⁷¹. En revanche, la conception subjective du service public, initiée par Gaston Jèze, tend à assimiler les services publics aux activités qualifiées comme tels par les pouvoirs publics⁷² et en déduit leur fonctionnement selon une gestion publique et un régime juridique nécessairement soumis au droit administratif⁷³. L'opposition entre ces deux conceptions et celle de l'Ecole de Toulouse menée par Maurice Hauriou⁷⁴, qui considère que le régime administratif est fondé sur l'idée de puissance publique⁷⁵, traduit l'interprétation doctrinale d'une évolution jurisprudentielle tirillée entre deux critères de détermination de la compétence du juge administratif⁷⁶.

⁶⁵ Moderne F. : « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », in Moderne F., Marcou G. : *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, 2001, p. 9.

⁶⁶ Duguit L., *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913, p. 51 ; réédité, La mémoire du droit, 1999.

⁶⁷ Sur la distinction entre l'« Ecole de Bordeaux », l'« Ecole du service public » et l'« Ecole duguiste », voir : Melleray F. : « Ecole de Bordeaux, école du service public et école duguiste », *R.D.P.*, 2001, n° 2, p. 1887.

⁶⁸ Voir en particulier : Pisier Kouchner E., *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, thèse, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. 15, L.G.D.J., 1972, spéc., p. 141 et s..

⁶⁹ Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, de Broccard, 3^{ème} édition, 1928, p. 36.

⁷⁰ En ce sens, Eisenmann, *Cours de droit administratif*, L.G.D.J., tome 1, 1982, p. 579.

⁷¹ Melleray F. : « Ecole de Bordeaux, école du service public et école duguiste », *R.D.P.*, 2001, n° 2, p. 1895.

⁷² « Sont uniquement, exclusivement, services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public », Jèze G., *Les principes généraux du droit administratif*, Giard, tome 2, 3^{ème} édition, 1927, p. 16.

⁷³ Jèze G., *Les principes généraux du droit administratif*, Giard, tome 2, précité, p. 2.

⁷⁴ Maurice Hauriou (1856-1929), doyen de la faculté de droit de Toulouse, voir not., Hauriou M. : « La théorie de l'institution », *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925 (sur cette théorie : Tanguy Y. : « L'institution dans l'oeuvre d'Hauriou », *R.D.P.*, 1961, p. 61) ; Hauriou M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} édition, (par André Hauriou) 1933. Voir aussi : Sfez L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, thèse, L.G.D.J., 1966.

⁷⁵ En ce sens, Frier P.-L., Petit J., *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., 2006, Montchrestien, n° 28.

⁷⁶ Voir la lettre même et les interprétations successives des jurisprudences du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits, notamment : TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec., 1^{er} supplément, p. 61 ; *D.* 1873, 3, p. 20, concl. David ; CE, 6 février 1903, *Terrier*, Rec., p. 94 ; *D.*, 1904, 3, p. 65, concl. Romieu ; *S.*, 1903, 3, p. 25, note Hauriou M. ; CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec., p. 193 ; *S.*, 1911, 3, p. 17, concl. Pichat, note Hauriou M. ; *R.D.P.*, 1910, p. 249, note Jèze G. ; CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec., p. 909 ; *D.*, 1916, 3, p. 35, concl. Blum ; *R.D.P.*, 1914, p. 145, note Jèze G..

Cette évolution idéologique sur la place du service public dans la conception de l'Etat et une nécessité de redynamiser l'économie française par l'investissement public ont amené le législateur à apporter sa pierre à l'édifice⁷⁷. Progressivement, les industries en réseaux des secteurs de l'énergie, des postes, des télécommunications et des transports terrestres et aériens ont été nationalisées. Dès lors, le lien, source de confusion, entre service public, gestion publique et octroi d'un monopole, s'est ancré dans les mentalités pour devenir une sorte de modèle : « le service public à la française »⁷⁸. A partir des années quatre-vingt-dix, le service public a connu un renouveau conceptuel sous l'influence du droit communautaire⁷⁹ en opposant ceux qui estiment que sa fonction sociale et redistributive ne peut être assumée par le jeu du marché et ceux qui voient une conciliation possible entre intérêt général et concurrence⁸⁰. Les évolutions induites par le droit communautaire dans l'organisation des services publics et, partant, dans la conception même de l'Etat, prennent une ampleur toute particulière en France. Certains auteurs n'ont pas hésité à se poser la question de savoir « si la conception actuelle du “service universel” n'était pas finalement plus proche de la conception originelle de Duguit que de celle du “service public à la française” »⁸¹.

Dans les autres Etats membres, ce qui pourrait correspondre à la notion de service public est difficile à aborder pour des raisons qui tiennent à une terminologie variée, parfois à l'histoire de la construction de la justice administrative mais surtout à des idéologies

⁷⁷ Sur la conjonction des facteurs idéologique et économique dans la conception française du service public, voir : Pontier J.-M. : « La conception française du service public », in Bockel A. (dir.), *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, actes du colloque d'Istanbul, 7 et 8 mai 1998, Galatasaray Üniversitesi, 1998, p. 110.

⁷⁸ Sur ce point, voir : Stirn B. : « La conception française du service public », *C.J.E.G.*, 1993, p. 299 ; Vedel G. : « Service public à la française ? Oui. Mais lequel ? », *Le Monde*, 22 décembre 1993, p. 13 ; Pontier J.-M. : « La conception française du service public », *D.*, 1996, chron., p. 9 ; Pontier J.-M. : « La conception française du service public », précité ; Picq J. : « Les avatars du service public à la française », *Revue Projets*, 1999, n° 260, p. 47.

⁷⁹ Sur ce point, voir : Bazex M. : « L'impact du droit communautaire sur l'évolution du service public “à la française” » ; Grard L. : « Les effets du droit communautaire sur la réforme des services publics en réseaux » ; Thery J.-F. : « Les implications de la logique européenne sur le service public “à la française” », in Bockel A. (dir.), *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, précité, resp., p. 141, 165, 227. Lombard M. : « L'impact du droit communautaire sur le service public », précité, p. 969.

⁸⁰ Voir par exemple, les deux rapports du Conseil d'Etat, *Service public, services publics : déclin ou renouveau ?*, E.D.C.E., 1994, p. 13 et s. ; *L'intérêt général*, E.D.C.E., 1999, p. 239 et s. (notamment : Schaub A. : « Libéralisation et respect de l'intérêt général ») ; Voir aussi : « Faut-il défendre le service public ? », rapport d'information de la délégation pour l'Union européenne de l'Assemblée nationale, Franck Borotra, n° 2260, octobre 1995, direction de l'information de l'Assemblée nationale, Paris ; Denoix de Saint Marc R., rapport au Premier Ministre, *Le service public*, coll. Rapports officiels, La Documentation française, 1996 ; Cohen E., Henry C., *Service public, secteur public*, coll. Rapports officiels, La Documentation française, 1997 ; Stoffaës C., *Services publics, questions d'avenir ?*, Commissariat Général du Plan, Odile Jacob, La Documentation française, 1995.

⁸¹ Projet du colloque d'Istanbul, 7 et 8 mai 1998, dont les actes sont publiés in Bockel A. (dir.), *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, précité, spéc., p. 7.

divergentes sur la place de l'Etat. Suivant les traces du Professeur Franck Moderne⁸², et avec toutes les précautions dues à une évocation superficielle de l'appréhension de cette notion, il est possible de distinguer trois types de transcriptions de l'idée de service public. Le premier traduit l'utilisation de la notion, mais sans la même valeur explicative qu'en France. Il a principalement pris corps dans certains pays d'Europe du sud. Le second révèle une reformulation de la notion, notamment en Allemagne. Enfin, le dernier démontre l'ignorance de cette construction doctrinale au profit d'une appréhension descriptive et générale des services publics, comme les pays de *common law* ou les Etats scandinaves⁸³.

En premier lieu, la notion de service public a partiellement imprégné le droit Espagnol. Comme, le soulignait le Professeur Fernando Garrido Falla « le concept de service public, en tant qu'axe central du droit administratif, est une construction typiquement française qui fut importée en Espagne par notre doctrine scientifique, notre législation et notre jurisprudence »⁸⁴. Cependant, « il n'a jamais été considéré comme la clef unique de la compréhension du système administratif »⁸⁵ et l'idée que cette fonction serait une justification à l'exercice de la contrainte étatique n'a pas pris racine dans l'idéologie espagnole⁸⁶. La Constitution espagnole comporte néanmoins plusieurs références aux *servicios públicos*⁸⁷ et aux *servicios esenciales*⁸⁸ dans son texte. Si l'on tente donc, comme le fait le Professeur Franck Moderne, de situer la place de l'idée de service public dans le droit espagnol, il faut retenir qu'« elle est analysée comme une prestation, qui revêt une acception matérielle, quasi technique, liée dans une certaine mesure au *welfare state* »⁸⁹. En Italie, la notion de *servizio pubblico* est entrée dans le droit positif au début du vingtième siècle⁹⁰. Comme en Espagne, l'idée de service public n'a pas eu un caractère central dans l'évolution du droit administratif

⁸² Moderne F. : « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », précité, p. 43 et s..

⁸³ *Ibid.*, p. 43 et s.

⁸⁴ Garrido Falla F. : « *El concepto de servicio público en derecho español* », *RAP*, 1994, n° 135, p. 7.

⁸⁵ Moderne F. : « La notion de service public (*servicio público*) en Espagne », in Moderne F., Marcou G. : *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, précité, p. 313.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 318.

⁸⁷ L'article 106 paragraphe 2 qui conditionne l'engagement de la responsabilité administrative aux dommages causés par le fonctionnement des services publics : « Les particuliers, selon les termes établis par la loi, auront le droit d'être indemnisés pour tout dommage causé à leurs biens et à leurs droits, sauf dans les cas de force majeure, chaque fois que ce dommage sera la conséquence du fonctionnement des services publics » ; l'article 158 paragraphe 1 : « Dans les budgets généraux de l'Etat, on pourra fixer une assignation aux Communautés autonomes en fonction de l'importance des services et des activités étatiques qu'elles auront assumées et des prestations minimales qu'elles s'engagent à apporter en ce qui concerne les services publics fondamentaux sur tout le territoire espagnol ». Constitution espagnole adoptée par référendum le 6 décembre 1978, entrée en vigueur le 27 décembre 1978 (BOE, n° 311 du 29 décembre 1978).

⁸⁸ Les articles 28, 37 et 128 font aussi référence à une notion qui pourrait être contenue dans celle, plus générale, des services publics : les *servicios esenciales*. Constitution espagnole, précitée.

⁸⁹ Moderne F. : « La notion de service public (*servicio público*) en Espagne », précité, p. 360.

⁹⁰ Legge, 29 marzo 1903, n° 103, *sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni* (G.U. du 3 avril 1903).

ni dans la fonction de légitimation de l'Etat⁹¹. Une définition matérielle a été dégagée par le Professeur Sabino Cassese. Il estime que la notion italienne de service public se réfère principalement à ce qui a été décrit précédemment comme les services publics organisés en réseaux⁹². Le terme de *servizio pubblico* figure dans la Constitution italienne et semble corroborer cette description. En effet, l'article 43⁹³ prévoit que « dans des buts d'utilité générale, la loi peut réserver originairement ou transférer (...) à l'Etat, à des établissements publics ou à des communautés de travailleurs ou d'usagers, des entreprises ou des catégories d'entreprises déterminées qui concernent des services publics essentiels ou des sources d'énergie ou des situations de monopole et qui ont un caractère d'intérêt général prééminent ». L'« intérêt général prééminent » fait figure d'élément unificateur de ces services. Au regard de cet article, la question s'est aussi posée de savoir quelle conséquence tirer de l'intervention de l'Etat dans leur gestion. Selon la doctrine, la réponse a suivi des considérations pragmatiques plus qu'idéologiques⁹⁴. A partir du milieu des années cinquante, ces services publics ont été nationalisés en masse, notamment sous l'influence d'une certaine interprétation des articles 41 à 43 de la Constitution italienne⁹⁵ n'allant pas dans le sens de la libre concurrence. Les pouvoirs publics ont donc exercé un rôle de propriétaire, direct ou indirect, au lieu d'un rôle de réglementation, jusqu'aux réformes des années quatre-vingt-dix⁹⁶.

⁹¹ En ce sens, Sabbioni P. : « Le service public et l'Etat de droit en Italie », in Moderne F., Marcou G. : *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, précité, p. 273.

⁹² Selon lui, cette notion se réfère à : la production du transport et de la distribution d'énergie électrique ; l'exploitation des gisements, le transport et la distribution de gaz ; le transport aérien, maritime (gestion des ports et aéroports), ferroviaire et les divers transports locaux ; la recherche, le captage et le transport (aqueducs et canalisations) de l'eau, tout comme sa distribution ; les télécommunications, les émissions radiotélévisées et enfin le service postal. Cassese S. : « *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia* », *Economia pubblica*, n° 5, octobre 1996, p. 5.

⁹³ Voir aussi, sous une autre acception, la formulation de l'article 97 alinéa 1 : « Les services publics sont organisés suivant les dispositions de la loi, de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration », Constitution italienne adoptée le 22 décembre 1947, promulguée le 27 décembre 1947 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948 (G.U. n° 298 du 27 décembre 1947).

⁹⁴ Menet-Genty J. : « Les services publics en Italie », in Quin C., Jeannot G. (dir.) : *Un service public pour les européens. Diversités des traditions et espaces de convergences*, Ministère de l'Equipement, des Transports et du Logement, La Documentation française, 1997, p. 126.

⁹⁵ Il en est ainsi du secteur de l'énergie, des postes et des télécommunications. Sur ce point, Della Cananea G. : « La réglementation des services publics en Italie », *RISA*, vol. 68, 1/2002, p. 84, voir aussi *infra*, p. XXXXXX. Article 41 : « L'initiative économique privée est libre. Elle ne peut s'exercer en s'opposant à l'utilité sociale ou de manière à porter atteinte à la sécurité, à la liberté, à la dignité humaine. La loi détermine les programmes et les contrôles opportuns pour que l'activité économique publique et privée puisse être orientée et coordonnée vers des fins sociales » ; article 42 : « La propriété est publique ou privée. Les biens économiques appartiennent à l'Etat, à des entreprises ou à des particuliers. La propriété privée est reconnue et garantie par la loi qui en détermine les modes d'acquisition, de jouissance ainsi que les limites afin d'en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible à tous. La propriété privée peut être expropriée, dans les cas prévus par la loi et sous réserve d'indemnisation, pour des motifs d'intérêt général », Constitution italienne, précitée.

⁹⁶ Della Cananea G. : « La réglementation des services publics en Italie », précité, p. 84.

En second lieu, la notion de service public en Allemagne n'a pas de réelle équivalence. Littéralement, elle se traduit par le terme *Öffentliche Dienst*⁹⁷, ce qui apparaît dans la version allemande de l'article 73 du T.C.E.. Cependant, l'*Öffentliche Dienst* ne désigne qu'une relation de droit public, c'est-à-dire « l'accomplissement par des fonctionnaires publics de leur fonction d'administration »⁹⁸. Le terme *Daseinsvorsorge*⁹⁹ permet, par contre, de « regrouper toutes les activités de l'Etat qui consistent à mettre à la disposition du citoyen des services d'utilité générale »¹⁰⁰. L'intervention de l'Etat dans ces services, notamment s'ils présentent un caractère marchand, doit, selon le droit positif, être justifiée par un intérêt public ainsi que la non-satisfaction de celui-ci par une personne privée. Cependant, avant que le droit communautaire ne fasse son apparition dans le débat, ces deux critères ont fait l'objet d'une vision extensive de la part du juge allemand¹⁰¹.

En dernier lieu, les Etats scandinaves, tout comme l'Irlande et le Royaume-Uni, retiennent une conception descriptive et générale des services publics. Au Royaume-Uni, il n'existe aucune définition juridique du terme de « service public » dans la mesure où le législateur, le juge et la doctrine n'ont jamais considéré utile d'envisager une telle notion pour unifier et structurer la mise en oeuvre du droit¹⁰². Cependant, de manière fonctionnelle, la notion de *public utilities* correspond aux services publics en réseaux (traduit plus exactement par le terme *network utilities*). Il s'agit de services relevant autrefois de compétences locales mais qui sont devenus nationaux, même si leur gestion reste parfois entre les mains des collectivités infra-étatiques¹⁰³. L'intervention de l'Etat dans la propriété de ces services a suivi un double mouvement. Nationalisés après la seconde Guerre Mondiale, l'Etat s'est désengagé du capital des *public utilities* sous le gouvernement Thatcher dans les années quatre-vingt¹⁰⁴.

⁹⁷ Ce terme se retrouve plusieurs fois dans la constitution allemande mais ne peut être interprété en relation avec un service public que dans l'article 137 paragraphe 1 : « L'éligibilité des fonctionnaires, des employés du service public, des militaires de carrière, des militaires engagés à temps et des juges peut être limitée par la loi, dans la Fédération, les Länder et les communes », Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne (« *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (G.G.) ») promulguée le 23 mai 1949, entrée en vigueur le 24 mai 1949 (B.G.B.I., III, 100-1).

⁹⁸ Maclouf P., Pernet M. : « Les services publics en République Fédérale d'Allemagne », in Quin C., Jeannot G. (dir.), *Un service public pour les européens. Diversités des traditions et espaces de convergences*, précité, p. 161. Pour une étude sur le développement des services publics en Allemagne, voir : Marcou G. : « Les services publics en droit allemand », in Moderne F., Marcou G., *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, précité, p. 83 et s..

⁹⁹ Littéralement « pourvoir aux besoins de l'existence », Marcou G. : « Les services publics en droit allemand », précité, p. 85.

¹⁰⁰ Schwarze J. : « Le service public : l'expérience allemande », in « Le service public : unité et diversité », *A.J.D.A.*, numéro spécial, 20 juin 1997, p. 152.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 153.

¹⁰² En ce sens, Bell J. : « L'expérience britannique », in « Le service public : unité et diversité », précité, p. 152.

¹⁰³ En ce sens, Bell J., Kennedy T. P. : « La notion de service public au Royaume-Uni », in Moderne F., Marcou G. : *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, précité, p. 244.

¹⁰⁴ Voir *infra*, p. 97 et s.

Si la notion de service public n'a pas la même acception parmi les Etats européens, il n'en reste pas moins que tous les services en réseaux présentant un intérêt public ont fait l'objet d'une attention particulière des pouvoirs publics, au regard de leur importance en terme de cohésion sociale et territoriale¹⁰⁵ mais aussi du progrès économique et technologique qu'ils pouvaient porter en eux. En témoigne une observation globale de ces systèmes juridiques qui tend à démontrer qu'avec une intensité et une protection variable, ce qui est connu en France comme les « lois du service public », c'est-à-dire les principes de continuité, d'égalité et de mutabilité¹⁰⁶, se retrouve sous diverses formes dans les autres Etats membres. Comme le souligne le Professeur Franck Moderne, en Allemagne « les prestations qui sont censées répondre aux besoins collectifs de la communauté sont, sans doute, matériellement, celles-là même que les services publics ont pour fonction de fournir aux administrés en France »¹⁰⁷. Il en est de même en Espagne où l'activité de service public est régie par les principes de continuité et de régularité, dans une moindre mesure ceux d'égalité et d'adaptation¹⁰⁸. En Italie et au Royaume-Uni, l'attachement à ces éléments a fait l'objet de chartes¹⁰⁹ qui ont le mérite de servir de cadre général, sachant que la traduction matérielle se

¹⁰⁵ Voir par exemple, le rapport « Aménagement du territoire, services publics et services au public », présenté par Jean-Alain Mariotti, avis et rapports du Conseil économique et social, 2006.

¹⁰⁶ Ces trois principes, mis en lumière par Louis Rolland (*Précis de droit administratif*, 7^{ème} éd., Dalloz, 1938, n° 23), sont à l'origine des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat (pour la continuité : CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec., p. 426, *R.D.P.*, 1950, p. 691, concl. Gazier, note Waline M. ; pour l'égalité : CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec., p. 151, *Dr. Soc.*, 1951, p. 168, concl. Letourneur, note Rivero J. ; pour la mutabilité : CE, sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, Rec., p. 60, concl. Kahn). Deux d'entre eux ont été élevés au rang de principe à valeur constitutionnelle, comme le principe d'égalité devant les services publics (décision n° 86-217 DC, du 18 septembre 1986, *loi relative à la liberté de communication*, spéc., cons., n° 15) et celui de la continuité (décision n° 79-105 DC, du 25 juillet 1979, *loi relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée de travail*, spéc., cons. n° 1 ; *G.D.C.C.*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2007, n° 65). Désormais, ils sont fréquemment rappelés dans les lois sectorielles relatives au service public. Il en est ainsi, par exemple, de l'article premier de la loi de 2000 : « Matérialisant le droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité, le service public de l'électricité est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité » (Loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143), dans les mêmes termes, l'article 8 de la loi n° 96-659, du 26 juillet 1996, de réglementation des télécommunications (J.O.R.F. n° 174 du 27 juillet 1996, p. 11384)). Voir aussi, sur la gratuité : Herzog R., *Recherches sur la gratuité ou la non-gratuité des services publics*, thèse, Strasbourg, 1972, dactyl.

¹⁰⁷ Moderne F. : « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », in Moderne F., Marcou G., *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 63.

¹⁰⁸ Moderne F. : « La notion de service public (*servicio público*) en Espagne », in Moderne F., Marcou G., *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, précité, p. 361.

¹⁰⁹ En Italie, la directive du Président du Conseil des Ministres, du 27 janvier 1994, « *Principi sull'erogazione dei servizi pubblici* » (G.U., n° 43 du 22 février 1994) applicable notamment aux services relatifs à la liberté de communication, aux services de distribution d'énergie électrique, d'eau et de gaz (art. 1) évoque l'égalité et la non-discrimination, l'impartialité, la continuité, la participation et l'efficacité comme les principes fondamentaux devant présider l'organisation des services. Au Royaume-Uni, la première initiative visant à fixer les principes des services publics est une charte des citoyens, édictée sous le gouvernement de John Major en 1991 (« *The Citizen's Charter : raising the standard* », London, Cabinet Office, Cm 1559 (1991)), qui reconnaît aux usagers

retrouve dans les cahiers des charges des entreprises, publiques ou privées, offrant ces services.

La Commission, dans sa communication sur les services d'intérêt général¹¹⁰, répondant aux inquiétudes françaises relatives à la disparition de leur modèle de service public¹¹¹, a d'ailleurs souligné les convergences des conceptions européennes sur les missions et principes de fonctionnement relatifs à ces services. Selon elle, les missions qui leur sont assignées reflètent des « considérations d'intérêt général telles que, notamment, la sécurité d'approvisionnement, la protection de l'environnement, la solidarité économique et sociale, l'aménagement du territoire, la promotion des intérêts des consommateurs »¹¹². En découlent des principes essentiels tels que la continuité, l'égalité d'accès, l'universalité et la transparence¹¹³ qui tendent à régir le fonctionnement des services d'intérêt général. Il en est de même des services publics organisés en réseaux qui font partie de la catégorie des services d'intérêt général tout en étant différenciable par leur caractéristique marchande.

Dès lors, certaines caractéristiques communes peuvent être relevées dans l'ensemble des Etats membres. Les entités chargées de fournir les services publics en réseaux devaient respecter certains principes visant à assurer une cohésion sociale et territoriale. Pour ce faire, elles bénéficiaient d'un monopole sur le marché et étaient généralement sous contrôle public¹¹⁴. Au regard de cette situation qui a duré jusqu'aux années quatre-vingt, les institutions communautaires ont entamé un processus d'introduction de la concurrence participant aux objectifs de la construction du marché intérieur¹¹⁵. Les services publics en réseaux ont été libéralisés ou sont encore en cours de libéralisation, en partie sous l'influence

le droit d'attendre des services publics efficaces, transparents, accessibles, respectant des normes de qualité définies à l'avance et à un bon rapport qualité-prix.

¹¹⁰ Communication de la Commission, Les services d'intérêt général en Europe (J.O.C.E., n° C 281, du 26 septembre 1996, p. 3).

¹¹¹ Lombard M., *L'Etat schizo*, Paris, J C Latès, 2008, p. 64 et s..

¹¹² Communication de la Commission, Les services d'intérêt général en Europe, précitée, p. 4. Voir aussi le lien que la Commission établit entre les services d'intérêt général, reposant sur des valeurs et devant satisfaire des missions semblables dans les Etats européens, et le service universel. Ce dernier, selon la Commission, repose sur le souci d'assurer partout un service de qualité à un prix abordable pour tous. Les critères du service universel portent sur des principes : égalité, universalité, continuité, adaptation, ainsi que sur des lignes de conduites saines : transparence de gestion, de tarification et de financement, contrôle par des instances distinctes des opérateurs. La totalité de ces critères n'étant pas toujours présente au niveau national, leur introduction par le biais du service universel européen a conduit à développer les services d'intérêt général.

¹¹³ *Ibid.*, p. 4.

¹¹⁴ Pour une appréhension détaillée au milieu des années quatre-vingt, voir Timsit (dir.), *Les entreprises du secteur public dans les pays de la Communauté européenne*, actes du colloque tenu à l'Université de Paris I les 9 et 10 mai 1985, Institut européen d'administration publique, Bruylant, 1987.

¹¹⁵ Acte Unique européen signé le 17 février 1986 à Luxembourg et le 28 février 1986 à La Haye, (J.O.C.E., n° L 169, du 29 juin 1987, p. 1). En suivant les premières initiatives de libéralisation ont émergé : voir par exemple le Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications du 30 juin 1987, COM (87) 290 final, qui évoque l'éventualité d'une libéralisation, spéc. pp. 13 et 98.

du droit communautaire. Ils illustrent donc la recherche d'un équilibre entre l'intérêt général et le marché et forment un terrain propice à cette étude. Cependant, au sein même des services publics organisés en réseaux, tous ne peuvent pas être évoqués utilement à titre principal.

En effet, les caractères particuliers de leur libéralisation empêchent de les aborder dans un cadre comparatif puisqu'ils n'ont pas, dans l'ensemble, impliqué la volonté communautaire de confier certaines fonctions à une autorité de régulation nationale. Dès lors, un souci de cohérence et d'approfondissement comparatif implique de restreindre l'étude aux services publics organisés en réseaux dans lesquels la libéralisation d'origine communautaire a fait émerger la figure juridique de l'autorité de régulation nationale. Pour autant, cela n'empêchera pas d'évoquer, à titre subsidiaire, les autres secteurs.

Le service public des transports ne peut être traité comme un ensemble homogène. Pour partie, il doit sa mutation autant aux influences internationales qu'aux contraintes communautaires, notamment dans le domaine aérien et maritime¹¹⁶. En effet, comme le souligne le Professeur Dominique Berlin, les « contraintes communautaires ne sont parfois que la traduction sur le plan normatif d'évolutions rendues inévitables par les bouleversements du marché dont l'origine est extérieure à la Communauté »¹¹⁷. De plus, l'originalité de ces secteurs tient au fait que la concurrence s'effectue au sein d'une même catégorie de transport mais aussi entre plusieurs modes de transport. Il peut sembler paradoxal d'argumenter la particularité et l'hétérogénéité dans l'appréhension des modalités de transport alors que ceux-ci font l'objet, depuis le Traité de Rome, d'une politique commune ayant pris acte de la conciliation nécessaire entre la « notion de service public »¹¹⁸ et certaines règles de concurrence¹¹⁹. Cependant, qui dit politique commune dit aussi régime spécial par rapport aux

¹¹⁶ Pour le secteur aérien, voir Gard L., *Du marché unique des transports aériens à l'espace aérien communautaire, contribution à l'étude du droit positif et prospective juridique*, thèse, Bordeaux I, 1992, dactyl., p. 23 et s.

¹¹⁷ Berlin D. : « Présentation générale », in Kovar R., Simon D. (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996, Travaux de la CEDECE, La Documentation Française, 1998, tome I, p. 179.

¹¹⁸ Article 77 du Traité de Rome, article 73 T.C.E. inchangé : « Sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public ».

¹¹⁹ De manière générale, sur la difficulté de trouver un équilibre entre service public et concurrence dans le secteur des transports terrestres, voir le règlement n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, relatif au service public de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et n° 1107/70 du Conseil (J.O.U.E., n° L 315 du 3 décembre 2007, p. 1), Gard L. : « Service public du rail et de la route : six ans pour un règlement », *R.D.T.*, n° 3, mars 2008, comm. 26. Martin S. : « Le nouveau règlement communautaire sur les services publics de transport par chemin de fer et par route », *D.A.*, n° 4, avril 2008, comm. 60. Dans le domaine aérien, voir les articles 3 et 4 du règlement (CEE) n° 2408/1992 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires (J.O.C.E. n° L 240, du 24 août 1992, p. 8) qui autorisent toute compagnie aérienne reconnue européenne à assurer n'importe quelle liaison dans le marché unique, y compris

règles du marché intérieur, comme le reconnaît la lettre même de l'article 71 T.C.E.¹²⁰. L'ouverture à la concurrence du domaine des transports ne répond pas au droit commun et traduit « une certaine autonomie au regard des forces libérales du traité »¹²¹. Dès lors, chacune des modalités de transport, avec sa logique et ses difficultés techniques propres¹²², va suivre une évolution spécifique vers un degré de libéralisation plus ou moins achevé¹²³. Si les règles spécifiques présidant la libéralisation de ces services publics en réseaux peuvent être rapprochées des logiques inhérentes à l'ouverture d'autres secteurs¹²⁴, le droit communautaire n'a pas imposé la généralisation de la figure de l'« autorité de régulation nationale »¹²⁵ chargée notamment de promouvoir la concurrence et de contribuer au développement du marché intérieur¹²⁶. Cela ne veut pourtant pas dire qu'il n'existe pas, où qu'il faille exclure

sur les liaisons domestiques de chaque Etat membre mais permet aussi l'imposition d'obligations de service public. Dans le même sens pour le domaine maritime, articles 1^{er} et 4 du règlement (CEE) n° 3577/1992 du Conseil, du 7 décembre 1992, concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des Etats membres (cabotage maritime) (J.O.C.E. n° L 364, du 12 décembre 1992, p. 7).

¹²⁰ Article 71 T.C.E. : « En vue de réaliser la mise en oeuvre de l'article 70 [article 70 : Les objectifs du traité sont poursuivis par les Etats membres, en ce qui concerne la matière régie par le présent titre, dans le cadre d'une politique commune des transports] et compte tenu des aspects spéciaux des transports, (...) ». Pour la navigation aérienne et maritime, l'article 71 s'applique mais l'article 80 alinéa 2 dispose que « le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, pourra décider si, dans quelle mesure et par quelle procédure des dispositions appropriées pourront être prises (...) » dans ces domaines sur le fondement du titre V « Les transports ».

¹²¹ Grard L. : « Le droit européen des transports, une référence pour le service public en environnement de concurrence », in Louis J.-V., Rodrigues S. : *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 388.

¹²² Notamment les difficultés liées, dans le secteur ferroviaire, à l'interopérabilité des réseaux. Voir, sur ce point, la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 18 octobre 2007, sur le suivi de l'évolution du marché ferroviaire, COM (2007) 609 final, spéc. p. 13 ; voir aussi les récentes décisions de la Commission sur l'interopérabilité (2008/284/CE, 2008/231/CE, 2008/232/CE, 2008/163/CE, 2008/164/CE, 2008/217/CE).

¹²³ Les secteurs maritime et aérien connaissent un stade de libéralisation assez poussé par rapport au secteur ferroviaire, notamment le transport de passagers. Pour le secteur du fret ferroviaire, dont le marché est entièrement ouvert à la concurrence depuis janvier 2007, voir l'article 1^{er} de la directive 2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires (J.O.U.E. n° L 164, du 30 avril 2004, p. 164). Pour le transport terrestre en général, voir le troisième paquet ferroviaire adopté récemment, plus particulièrement la directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire (J.O.U.E., n° L 315, du 3 décembre 2007, p. 44), ainsi que le règlement n° 1370/2007, précité.

¹²⁴ Par exemple les principes de non-discrimination, d'accès aux réseaux et de séparation entre le gestionnaire de l'infrastructure et l'opérateur.

¹²⁵ L'établissement d'une « autorité de sécurité nationale » est pourtant envisagée, par exemple, dans l'article 16 de la directive 2004/49/CE : « Cette autorité peut être le ministère chargé des questions de transports ; dans son organisation, sa structure juridique et ses décisions, elle doit être indépendante des entreprises ferroviaires, des gestionnaires de l'infrastructure, des demandeurs de certification et des entités adjudicatrices ». Cependant, ses attributions concernent exclusivement les aspects de la sécurité et non de la régulation du secteur ; voir l'article 16 de la directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (J.O.U.E., n° L 164, du 30 avril 2004, p. 44).

¹²⁶ Il n'en reste pas moins que certains Etats membres, comme l'Allemagne ou le Royaume-Uni, ont créé une entité de régulation dans le secteur du transport ferroviaire. Dans le premier cas elle se fonde dans l'autorité de régulation multi-sectorielle (la *Bundesnetzagentur*), dans le second, il s'agit d'un organisme autonome (l'*Office*

dans un avenir proche, un tel type d'entité¹²⁷, mais l'absence de généralisation actuelle empêche d'intégrer les transports à titre principal dans une étude cohérente des caractères de ces autorités¹²⁸.

Ce même souci impose d'exclure, comme références principales, le secteur de l'audiovisuel et celui de l'eau. Le premier pourrait sous certains de ses aspects être considéré comme un service public organisé en réseau car il est intimement lié, pour cause d'évolutions technologiques, au secteur des communications électroniques¹²⁹. Cependant, le secteur de l'audiovisuel fait aussi intervenir des considérations culturelles qui tendent à différencier de manière théorique le contenu (audiovisuel) du contenant (communications électroniques)¹³⁰. Pour le secteur de l'eau, si quelques Etats membres ont créé une autorité de régulation¹³¹, le droit communautaire n'a pas imposé cette figure juridique pour la simple raison qu'il s'agit à

of the rail regulator (OFRail) devenue l'*Office of rail regulation* (O.R.R.) dont la création n'a pas été imposée par le droit communautaire. En France, il existe une entité, rattachée au ministre chargé des transports, qu'il n'est pas possible de qualifier d'autorité de régulation (elle ne dispose que de compétences consultatives) mais dont l'existence pose peut-être la première pierre d'une future régulation du secteur ferroviaire : la mission de contrôle des activités ferroviaires (créée par le décret n° 2003/194, du 7 mars 2003, relatif à l'utilisation du réseau ferré national, (J.O.R.F., n° 57, du 8 mars 2003, p. 4063), spéc., article 29).

¹²⁷ Voir l'annonce faite de la création d'une « autorité indépendante de régulation du secteur ferroviaire », par le Président de la République fin juin 2007 ; voir *R.D.T.*, alertes, n° 89, nov. 2007, p. 7. Cette autorité devrait être prévue dans le projet de loi « Grenelle II » présenté fin mai 2008 en Conseil des ministres.

¹²⁸ A titre subsidiaire, le domaine des transports pourra être évoqué au regard de sa connexité avec le secteur de l'électricité et des communications électroniques (voir *infra* p. 601 et s.) ainsi que de la création d'agences communautaires aux compétences diverses : l'Agence européenne de la sécurité aérienne, (règlement n° 1592/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 15 juillet 2002, concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne (J.O.C.E. n° L 240, du 7 septembre 2002, p. 1)), l'Agence européenne pour la sécurité maritime (règlement n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2002, instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime (J.O.C.E. n° L 208, du 5 août 2002, p. 1)), l'Agence ferroviaire européenne (règlement n° 881/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, instituant une Agence ferroviaire européenne (J.O.U.E., n° L 164, du 30 avril 2004, p. 1)), voir *infra*, p. 755 et s.

¹²⁹ Sur ce point, voir Nikolinakos N. Th. : *EU competition law and regulation in the converging telecommunications, media and IT sectors*, International competition law series, La Hague, Kluwer Law International, 2006 ; Rapp L. : « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *A.J.D.A.*, 2004, p. 2047.

¹³⁰ Certains Etats membres ont cependant confié à l'autorité de régulation des communications électroniques la gestion du secteur audiovisuel. Il en est ainsi au Royaume-Uni (la garantie de la pluralité dans la fourniture de programmes, la qualité et la diversité des services de radio et de télévision sont sous la surveillance d'OFCom), en Italie avec A.G.Com et en Espagne (la C.M.T. assure une partie des compétences relatives à l'introduction de la concurrence dans le secteur et, avec le Ministre, certaines compétences de régulation relatives au domaine de l'audiovisuel). Voir pour la France « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, fait au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, 27 juin 2007, spéc. p. 115.

¹³¹ Par exemple, l'OFWat au Royaume-Uni. En France, l'idée d'une régulation de ce service public local est aussi posée. Le Haut conseil du secteur public a proposé la création d'une « Autorité de régulation de l'eau et des services urbains » sous la forme d'une autorité administrative indépendante, Haut conseil du secteur public, rapport 1999 : *Quelle régulation pour l'eau et les services urbains ?*, La Documentation française, décembre 1999, spéc., p. 31. Voir aussi : Lorrain D. : « L'eau : pour ou contre une régulation renforcée ? », Dossier sur la régulation, *Sociétal*, 4^{ème} trimestre 2000, n° 30, p. 67.

la fois d'un réseau libéralisé de longue date et dont la gestion est généralement décentralisée puisque son maillage est local¹³².

Dès lors, les secteurs de l'énergie, des communications électroniques et des postes formeront, en tant que services publics organisés en réseaux, le noyau dur d'une étude à la fois communautaire et comparative sur les autorités de régulation.

3 La délimitation : un choix représentatif d'Etats

Envisager une étude sur les autorités de régulation, généralisées dans ces secteurs sous l'influence du droit communautaire, ne peut avoir d'intérêt que si elle embrasse un échantillon assez large d'Etats membres qui présentent à la fois des caractéristiques communes, mais aussi des différences substantielles. Ceci permettra une analyse comparative débouchant, le cas échéant, sur des conclusions prospectives tirées des solutions les plus efficaces envisagées dans ces Etats.

Cependant, pour mener à bien une comparaison globale, deux obstacles se présentent. D'une part, les difficultés linguistiques peuvent empêcher tout approfondissement des systèmes juridiques étrangers et ne permettent pas de mener à bien une comparaison scientifiquement justifiée. D'autre part, de trop grandes différences entre les systèmes juridiques, la structure économique et la configuration politique des Etats membres retenus porteraient préjudice à une analyse s'inspirant des solutions envisagées pour en dégager les meilleurs caractères et proposer, lorsqu'il y a lieu, leur adaptation. Dès lors, l'étude se concentrera sur les systèmes juridiques anglo-saxons et romano-germaniques. Il est vrai qu'aborder les systèmes nordiques ou d'Europe de l'Est aurait pu apporter certains éléments

¹³² Pour la France, voir Duroy S., *La distribution d'eau potable en France : contribution à l'étude d'un service public local*, thèse, L.G.D.J., 1996 ; Melleray F. : « Un exemple de service public non libéralisé : la distribution et l'assainissement de l'eau », in Grard L. (dir.), *L'Europe et les services publics, le retour de la loi*, actes de la journée d'études Jean Monnet, Université Montesquieu-Bordeaux IV, du 14 avril 2006, Presses Universitaires de Bordeaux, 2007, p. 127. Sur les services de distribution d'eau potable en Europe, voir : Barraqué P. (dir.), *Les politiques de l'eau en Europe*, La Découverte, 1995. Sur l'appréhension de ce secteur par le droit communautaire, voir : Gadbin D. : « Le service de distribution d'eau face au droit communautaire », in Kovar R., Simon D. (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, précité, tome I, p. 305 ; Teissonnier-Mucchielli B., *L'impact du droit communautaire sur la distribution et l'assainissement de l'eau en France*, thèse, Paris, La Documentation Française, 2003. Spécifiquement en Espagne et en Italie, Franch M. : « Service d'approvisionnement en eau : l'expérience espagnole » et Ferrari E. : « La gestion de l'eau en Italie et la recherche de la concurrence dans les services publics locaux », in Auby J.-B., Braconnier S. (dir.), *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 177 et 203.

intéressants dans une optique comparatiste¹³³. Cependant, l'éloignement conceptuel de ces ordres juridiques et les nécessités d'une étude précise ne permettent pas une telle ampleur.

Au-delà du choix porté sur certains Etats membres, l'étude du phénomène des autorités de régulation ne peut faire l'économie de certains pays, les Etats-Unis et le Royaume-Uni, qui ont été le berceau de leur apparition¹³⁴.

La généralisation des autorités de régulation est le résultat d'influences croisées entre ordres juridiques¹³⁵. Elles caractérisent ce que le Professeur Jean-Bernard Auby décrit comme la « perméabilité croissante des systèmes juridiques »¹³⁶. Ces influences se sont exercées entre les législateurs nationaux mais aussi entre ceux-ci et le législateur communautaire¹³⁷. Les autorités de régulation sont nées aux Etats-Unis et ont été importées en Europe par l'intermédiaire du Royaume-Uni. Il ne s'agit cependant pas d'une « domination d'un modèle juridique »¹³⁸, c'est-à-dire « l'idée que le mimétisme pousse les Etats à se rallier au modèle juridique des pays dominants »¹³⁹. En effet, le Royaume-Uni s'est, certes, largement inspiré de la pratique mise en place aux Etats-Unis, de confier des fonctions de régulation aux *Independent Regulatory Agencies*, mais a surtout su adapter ce modèle à ses propres traditions juridiques. L'intégration dans l'étude de ces deux Etats s'impose donc d'elle-même puisque leur influence s'est propagée en Europe continentale par le biais du droit communautaire. En effet, celui-ci, au regard de l'expérience menée au Royaume-Uni, a imposé à l'ensemble des Etats membres une ouverture des monopoles nationaux et la désignation d'une autorité réglementaire nationale, dénommée par la suite autorité de régulation nationale dans le droit dérivé. En ce sens, le droit communautaire a servi de vecteur pour la propagation des autorités

¹³³ Pour une étude détaillée sur les caractéristiques comparées des autorités administratives indépendantes en Europe incluant donc les autorités de régulation indépendantes, voir Pontier J.-M. : « Etude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome III.

¹³⁴ En ce sens, Lombard M. « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 14 mars 2005, p. 532.

¹³⁵ Sur les influences croisées entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques des Etats membres, voir Dubouis L. : *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, en hommage à Louis Dubouis, La Documentation française, Paris 2000, p. 7. Comme le souligne Giacinto Della Cananea, « les systèmes administratifs nationaux ont été en communication réciproque constante par le biais du mécanisme de la transplantation légale, accentué par l'espace juridique européen créé par le Traité de Maastricht », Della Cananea G. : « *Independent regulatory agencies in the european legal space* », in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, éd. Rive droite, coll. ISUPE, 2005, p. 153.

¹³⁶ Auby J.-B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, 2003, p. 78.

¹³⁷ Trois types d'influences ou d'imitations entre acteurs institutionnels peuvent être recensées : elles résultent des interactions entre les législateurs, les juges ou les administrations de deux ou plusieurs Etats. Sur ce point, voir Melleray F. : « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *A.J.D.A.*, 21 juin 2004, p. 1225.

¹³⁸ Sur ce point, voir Ponthoreau M.-C. : « Trois interprétations de la globalisation juridique, approche critique des mutations du droit public », *A.J.D.A.*, 2006, p. 23.

¹³⁹ *Ibid.* p. 23.

de régulation en Europe continentale¹⁴⁰. Dès lors, sous l'effet des directives de libéralisation, les Etats membres se sont adaptés et, aujourd'hui, l'ensemble des pays européens dispose d'une autorité de régulation, au moins dans le secteur de l'énergie et celui des communications électroniques¹⁴¹.

Il y a donc une multiplicité d'influences. La première vient des Etats-Unis. Elle s'est matérialisée au Royaume-Uni mais n'a pas manqué d'imprégner la conception des Etats membres de la fonction de régulation¹⁴². Il s'agit d'une influence horizontale, entre ordres juridique nationaux¹⁴³, sans pour autant aboutir à une stricte ressemblance des solutions¹⁴⁴. La deuxième influence serait plutôt verticale ascendante, entre des ordres juridiques nationaux, anglo-saxons en l'occurrence, et l'ordre juridique communautaire. La troisième influence serait verticale descendante. Le droit communautaire imposant la désignation d'autorités de régulation. A l'heure des propositions de la Commission visant à créer une autorité de régulation européenne dans les secteurs de l'énergie et des communications électroniques¹⁴⁵, la question se pose aussi de savoir s'il n'y aurait pas une autre influence verticale ascendante. Elle trouverait son origine dans les expériences nationales de la régulation indépendante et s'exercerait sur l'ordre juridique communautaire. Le seul fait d'envisager la mise en place d'autorités de régulation européennes indépendantes n'illustre-t-il pas l'influence que peut avoir l'évolution de la structure administrative des Etats membres sur l'organisation communautaire ?

En tout état de cause, si la généralisation en Europe de la figure juridique de l'autorité de régulation ne peut faire l'économie de l'évocation des systèmes anglo-saxons, il a fallu faire un choix parmi d'autres Etats membres représentatifs pour mener une comparaison

¹⁴⁰ Sur le droit communautaire et européen comme vecteurs de globalisation, voir Auby J.-B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, précité, p. 27.

¹⁴¹ Pour l'instant, tous les Etats membres évoqués ne disposent pas d'une autorité de régulation indépendante dans le secteur postal.

¹⁴² En revanche, il s'agirait peut-être ici de la domination d'un modèle juridique. Comme le souligne Fabrice Melleray « Les droits américain et britannique semblent les mieux adaptés à un reflux et à une redéfinition de l'interventionnisme public en matière économique », Melleray F. : « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », précité, p. 1229. Voir aussi le rapport *Doing Business (Doing Business in 2004, understanding regulation)*, World Bank, the International Finance Corporation, Oxford University Press, spéc., p. XIV) de la Banque Mondiale qui conforte la position selon laquelle les modèles juridiques anglo-saxons seraient plus puissants dans la mesure où la *common law* serait plus efficace et adaptée, en particulier dans le domaine économique.

¹⁴³ Sur le modèle américain « imité, amplifié, déformé », voir Lombard M. « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 14 mars 2005, p. 535.

¹⁴⁴ Comme le souligne Jean-Bernard Auby, « nos autorités de régulation, quant à elles, ont bien plutôt été conçues sur le modèle anglais que sur le modèle américain », Auby J.-B. : « Quand la *common law* perd du terrain devant le droit continental », *D.A.*, avril 2004, repères n° 4. Voir aussi Du Marais B., *Droit Public de la régulation économique*, coll. Amphi, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 35.

¹⁴⁵ Voir *infra*, p. 757 et s.

enrichissante. Le paramètre principal ayant présidé au choix de ces Etats membres, outre la proximité des systèmes juridiques [outre leur influence déterminante au sein du processus décisionnel communautaire], réside dans le fait que chacun présente certaines particularités spécifiques qui impliquent la comparaison.

En effet, le système français s'est adapté très difficilement au principe de la régulation indépendante. La constatation est paradoxale puisqu'il est le premier à avoir créé, en Europe continentale, des autorités administratives indépendantes, catégorie générique ayant servi de modèle pour mettre en place les autorités de régulation. En outre, la figure juridique des autorités administratives indépendantes françaises a influencé à la fois l'Espagne et l'Italie lorsqu'elles ont dû envisager des solutions visant à créer des institutions à l'abri de possibles influences politiques. Dans ces deux derniers Etats membres, l'adoption du principe de la régulation indépendante a été plus consensuelle qu'en France. En Italie, les textes instituant des autorités de régulation indépendantes dans le secteur de l'énergie ont d'ailleurs précédé l'impulsion donnée par le droit communautaire. De plus, il convient de retenir cet Etat membre comme un élément de comparaison essentiel puisque certains traits caractéristiques de ses entités de régulation sont d'un intérêt majeur à l'heure d'envisager un prototype d'autorité de régulation réellement indépendante, tout du moins sur le plan organique. Ce dernier argument conduit aussi à envisager le cas de l'Espagne. Néanmoins, les autorités de régulation ibériques présentent en même temps certaines particularités qui font douter très sérieusement d'une réelle indépendance, notamment dans le secteur énergétique. Enfin, l'Allemagne est un exemple intéressant à deux titres. La régulation du secteur de l'énergie a, d'abord, été confiée à l'autorité de concurrence. Cependant, devant le manque d'efficacité de ce choix, les allemands ont, en 2005, créé une autorité de régulation multi-sectorielle. Il apparaît opportun de comparer les caractères de cette forme de régulation indépendante avec ceux des autorités sectorielles créées dans les autres Etats membres.

La méthode de comparaison employée suivra trois logiques différentes correspondant aux objectifs de la démonstration¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Selon Elisabeth Zoller, l'intérêt du droit comparé est triple. En premier lieu, la démarche comparatiste peut être informative, introductive à l'étude d'un système considéré : « connaître les systèmes étrangers, c'est avoir des points de repères pour mieux comprendre le sien ». Elle peut, ensuite, être « plus utilitaire et pratique » et « consiste à examiner, d'abord, comment les différents systèmes juridiques répondent aux problèmes qui leurs sont communs et à envisager, ensuite, dans quelle mesure il est ou il serait souhaitable d'améliorer tel ou tel système juridique par des emprunts aux droits ou systèmes juridiques étrangers ». Enfin, l'entreprise comparatiste peut avoir pour objet de « pénétrer à l'intérieur du système étranger et essayer de le comprendre au sens étymologique, c'est à dire le "prendre avec soi" ». Zoller E. : « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, 2000, n° 32, resp. pp. 121, 126 et 132. Dans le cadre de la présente étude, les trois techniques comparatistes seront utilisées sans pour autant qu'un seul Etat envisagé ne soit le modèle répondant à

En premier lieu, il s'agira d'observer les interactions entre ordres juridiques, qu'ils soient nationaux ou communautaire pour dégager les principes ayant présidé à la création et à la généralisation des autorités de régulation. Cependant, il faudra aussi se départir de certains arguments de droit comparé¹⁴⁷ pour analyser, par la comparaison, quels sont les facteurs justifiant leur indépendance. La comparaison n'aboutit donc absolument pas au constat de la convergence des droits mais bien à la divergence. Les solutions sont certes les mêmes, mais les causes ayant conduit les Etats membres à porter leur choix sur la solution sont radicalement différentes. L'observation permettra de distinguer les influences superficielles des causes profondes¹⁴⁸.

En second lieu, grâce à un échantillon d'Etats membres constitué de l'Allemagne, de l'Espagne, de la France, de l'Italie et du Royaume-Uni, il faudra apprécier les solutions mises en oeuvre pour répondre à une même contrainte juridique imposée, dans certaines conditions, par le droit communautaire : l'indépendance des autorités de régulation. L'observation se double donc d'une comparaison dans l'optique de dégager les solutions les plus efficaces.

En dernier lieu, la méthode comparée servira à anticiper les problèmes qui sont susceptibles de se poser si l'on appréhende les autorités de régulation dans un cadre globalisé¹⁴⁹. Celles-ci ne peuvent agir en autarcie. Elles se doivent, pour des raisons qui seront évoquées plus en avant, d'interagir avec leurs homologues, nationaux comme communautaires. De plus, l'approfondissement nécessaire du marché intérieur a fait émerger l'idée de la création d'entités de ce type au niveau européen. Dès lors, les problématiques ainsi que les solutions dégagées lors des deux phases précédentes de l'étude comparative

l'ensemble des difficultés que connaît la régulation indépendante. Il n'y a donc aucune domination d'un modèle juridique sur un autre, tout du moins dans les solutions qui semblent les plus appropriées.

¹⁴⁷ L'argument de droit comparé est entendu « comme l'invocation d'un ou plusieurs exemples étrangers pour justifier une évolution du droit positif, un projet de réforme ou même l'adoption d'une construction doctrinale », Melleray F. : « Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français », in Melleray F. (dir.) : *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007, p. 14.

¹⁴⁸ Comme le souligne Fabrice Melleray, « il convient de ne pas tomber dans un excès qui consisterait, par effet de mode ou par calcul, à tenir pour vérité d'évangile tout argument comparatiste. Une chose est en effet de s'apercevoir que les pouvoirs publics, les groupes de pression ou encore la doctrine citent de manière de plus en plus fréquente des exemples étrangers pour justifier une réforme (qu'il s'agisse d'une simple proposition ou d'un projet mené à terme), une autre est de s'interroger sur la pertinence de ces références. Autrement dit, s'agit-il suivant les cas d'un argumentaire reposant sur une réelle analyse comparative et sur la démonstration qu'une "greffe juridique" est possible ou s'agit-il au contraire d'une analyse naïve, superficielle voir abusive ? », Melleray F. : « Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français », précité, p. 15 et 16.

¹⁴⁹ Su la globalisation juridique, voir Cassese S. : « L'ordre juridique global », *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 7 ; Auby J.-B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, 2003.

serviront comme éléments de réflexion pour anticiper sur la figure juridique idoine susceptible de répondre le plus efficacement possible aux nécessités des marchés dans un cadre communautaire.

Ainsi, les Etats évoqués ont en commun la création d'une autorité de régulation dans les secteurs de l'énergie, des postes et des communications électroniques. Tous ont aussi mis en place une autorité qualifiée d'indépendante.

4 La problématique : l'indépendance, caractéristique controversée

L'indépendance d'une autorité de régulation, plus généralement de certaines autorités administratives, est un point qui a suscité et qui suscite encore de nombreuses controverses. L'indépendance peut se définir comme la « condition d'un Etat, d'un pouvoir, qui ne relève pas d'un autre »¹⁵⁰. Cette définition rejoint les deux principales utilisations juridiques du terme indépendance¹⁵¹. En effet, l'indépendance est généralement employée pour qualifier la caractéristique d'un Etat dont la souveraineté est reconnue par les autres Etats¹⁵². Elle est donc intimement liée au fait que celui-ci dispose de la compétence de sa compétence¹⁵³. A ce stade, une précision doit donc être faite. Les autorités de régulation ne peuvent être indépendantes de l'Etat, mais seulement indépendantes au sein de l'Etat. En effet, elles ne disposent pas de la compétence de leur compétence, pour la simple raison qu'elles sont créées par le législateur et peuvent donc disparaître de son propre fait. Cette dernière constat implique aussi une autre évidence : les autorités de régulation ne peuvent être strictement indépendantes vis-à-vis du pouvoir législatif.

L'indépendance des autorités de régulation, si elles sont nationales, ne peut donc être évoquée qu'au sein d'un Etat¹⁵⁴. Selon cette dernière acception, le terme d'indépendance se

¹⁵⁰ *Le nouveau Littré*, Garnier, 2004.

¹⁵¹ D'autres utilisations juridiques du terme indépendance peuvent être évoquées, à l'instar de Stéphane Manson, pour les Professeurs et Maîtres de conférences de l'enseignement supérieur, les membres du Comité Monétaire du Conseil général de la Banque de France, les membres des jurys d'examens et de concours ou les médecins militaires, Manson S., *La notion d'indépendance en droit administratif français*, thèse, Paris II, 1995, dactyl., p. 41.

¹⁵² Sur ce point, voir : Rivero J. : « Indépendance politique et autonomie culturelle », in *Itinéraires*, Etudes en l'honneur de Léo Hamon, Economica, 1982, p. 595.

¹⁵³ Jellinek définissait la souveraineté de l'Etat comme « la compétence de sa compétence » entendant par là qu'elle constituait le pouvoir originaire, illimité et inconditionné de l'Etat, in Daillier P., Pellet A., *Droit international public*, 7^{ème} éd., L.G.D.J. 2002, n° 275 ; sur la plénitude de compétence de l'Etat, voir aussi Combacau J., Sur S., *Droit international public*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2006, p. 234.

¹⁵⁴ Comme le relevait déjà Jacques Chevallier en 1986, « l'insertion des autorités administratives indépendantes dans l'Etat ne fait aucun doute. D'une part, elles n'ont aucun caractère privé (...). D'autre part, elles sont dépourvues de personnalité morale : elles représentent juridiquement l'Etat (...). Plus encore, elles ne disposent d'aucun patrimoine propre (...). Les autorités administratives indépendantes sont donc incontestablement des

retrouve généralement pour décrire une des caractéristiques de la justice. Son indépendance se définit comme « l'absence de toute soumission des juges dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle à des pouvoirs extérieurs »¹⁵⁵. Pour évaluer l'indépendance des autorités de régulation, il eut été possible de comparer ses critères à ceux de l'autorité judiciaire¹⁵⁶. Cependant, cette analyse comporte en elle-même plusieurs inconvénients. D'une part, l'indépendance de l'autorité judiciaire est un caractère généralement constitutionnel¹⁵⁷, élément qui n'est pas partagé par la majeure partie des autorités de régulation¹⁵⁸. D'autre part, la distinction entre les fonctions d'une autorité de régulation et celles de l'autorité judiciaire ne peut amener à une comparaison généralisée. Cela n'empêche pas certaines ressemblances sur le principe. Comme le soulignait le Professeur Claude-Albert Colliard, « distincte d'une juridiction par son caractère administratif, l'"autorité administrative" est, à l'instar de la juridiction, indépendante en ce sens qu'elle n'est point soumise au principe de subordination

autorités étatiques ». Si ces trois critères peuvent être mis en perspective, notamment pour certaines autorités de régulation qui disposent de la personnalité juridique, leur accumulation témoigne du fait que l'indépendance ne peut être évaluée qu'au sein de l'Etat. Chevallier J. : « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P. G.*, 1986, I, 3254. L'expression « indépendance par rapport à l'Etat » sera parfois employée dans l'étude, puisque la doctrine l'utilise généralement et les textes communautaires sont formulés sur cette ambiguïté. Cependant, l'Etat s'entend dans cette formule comme « l'appareil des administrations, notamment ministérielles » (pour la même précision lexicale, Autin J.-L. : « Les autorités de régulation, autorités administratives indépendantes ? », in *Environnements*, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Philippe Colson, PUG., 2004, p. 446). De même, l'emploi de l'expression « pouvoir exécutif » correspond dans l'étude au pouvoir émanant du Gouvernement ou du Premier ministre, selon les traditions constitutionnelles. Enfin, il est possible de considérer que le gouvernement est un régulateur. Par souci de clarté, le terme « régulateur » est exclusivement réservé aux autorités de régulation indépendantes lorsque aucune précision n'est faite.

¹⁵⁵ Debbasch C. : « L'indépendance de la justice », in *Au carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, 2002, p. 27.

¹⁵⁶ Voir Danet D., *La nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence*, thèse, Rennes, 1990, dactyl ; Douvreur J., Douvreur O. : « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », in *Libertés*, Mélanges Jacques Robert, Montchrestien, 1998, p. 323. En Espagne, José Manuel Sala Arquer explique que « l'indépendance judiciaire est absolue et se réfère à un secteur entier de l'Etat, qui est constitutif d'un "pouvoir". En revanche les autorités administratives indépendantes font partie de l'exécutif ; elles ne constituent pas – malgré certaines tentatives doctrinales isolées de les décrire comme un "quatrième pouvoir" – un "pouvoir", ni même des organes constitutionnels », Sala Arquer J.-M. : « *El Estado Neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes* », *REDA*, n° 42, 1984, p. 409.

¹⁵⁷ Dans les Constitutions des Etats membres évoqués : en Allemagne, article 97 ; en Espagne, article 117 paragraphe 1 ; en Italie, article 104. En France, l'article 64 de la Constitution érige le Président de la République en garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. La justice administrative a vu son indépendance consacrée comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, considérant n° 6, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *loi portant validation d'actes administratifs*, G.D.C.C., Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2007, n° 29 ; Carcassonne G., *A.J.D.A.*, 1980, p. 602 ; Favoreu L., *R.D.P.*, 1980, p. 1658 ; de Villiers M., *R.A.*, 1981, p. 33 ; Stirn B. : « Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel », *Justices - Revue générale de droit processuel*, 1996 (3), p. 41.

¹⁵⁸ Il convient de préciser que la Constitution de la République Portugaise, par la révision de 1997, dispose d'un nouvel alinéa 3 à l'article 267 qui précise, à propos de la structure de l'administration : « La Loi peut créer des entités administratives indépendantes » (Constitution de la République Portugaise du 2 avril 1976, telle que modifiée par la loi constitutionnelle 1/97 du 20 septembre 1997). En Grèce, cinq autorités administratives indépendantes ont fait leur apparition dans le texte constitutionnel (Constitution Grecque du 7 juin 1975, telle que modifiée par la Résolution du 6 avril 2001 de la VIIème Chambre Révisionnelle). Par exemple, l'article 9 alinéa (a) reconnaît que « la protection des données personnelles est garantie par une autorité indépendante, qui est constituée et fonctionne comme la loi le prévoit ».

et de hiérarchie qui caractérise l'administration et les organismes qui la composent »¹⁵⁹. L'indépendance, au sens juridique du terme, peut donc être définie comme la « situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions »¹⁶⁰.

Cette définition peut parfois être confondue avec celle de l'autonomie¹⁶¹. Dans sa thèse sur la notion d'indépendance en droit administratif français, Stéphane Manson rejette l'idée que l'indépendance ne se distingue de l'autonomie que par une simple différence d'intensité. Selon lui, « l'autonomie ne concerne que la vie interne d'une institution, par la mesure de l'emprise dont dispose cette dernière sur sa propre organisation et son propre fonctionnement »¹⁶². Elle ne s'attache pas, comme l'indépendance, à la situation externe d'une institution ou d'un agent dont les garanties statutaires permettent d'assurer une émancipation fonctionnelle à l'égard du principe de subordination¹⁶³. Même si cette distinction a été posée de manière claire, elle résiste difficilement à une analyse pratique et comparée. Certains auteurs s'opposent encore sur la qualification concrète du degré de liberté

¹⁵⁹ Colliard C.-A., « Préface », in C.-A. Colliard, G. Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 11. Pour une définition plus étayée : « La notion d'indépendance consiste en une émancipation de certains agents à l'égard des règles de subordination, garantie par un dispositif statutaire. Ainsi, la notion d'indépendance résulte-t-elle de la conjonction de deux éléments : un aspect fonctionnel et un aspect statutaire. L'émancipation à l'égard des règles de subordination : organisée et mise en oeuvre par l'Etat afin de protéger les droits et libertés des individus en certains domaines, l'indépendance est obtenue fonctionnellement par l'émancipation des agents considérés à l'égard de toute subordination hiérarchique ou de tutelle. Caractérisée alors par une liberté de fonction, l'indépendance demeure limitée par le législateur, l'opinion publique et par le contrôle juridictionnel. La garantie statutaire de l'émancipation : destinés à protéger la liberté de fonction des agents en cause, les mécanismes statutaires d'indépendance sont composés de deux ensembles de garanties juridiques. Les uns s'appliquant à l'occasion de l'investiture de l'agent, les autres produisant leurs effets lors de l'exercice des fonctions. La réalité et l'efficacité de ces statuts sont cependant nuancées par deux considérations : l'appartenance de l'agent à une institution ainsi que la valeur juridique des garanties applicables », Manson S., *La notion d'indépendance en droit administratif français*, thèse, Paris II, 1995, p. 508 et s.

¹⁶⁰ Cornu G. : « Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 8^{ème} éd. 2007. Dans le même sens, Pierre Delvolvé estime que l'indépendance de ces autorités administratives « vient de ce qu'aucun organe n'exerce sur eux de pouvoir hiérarchique ou de tutelle », Delvolvé P., *Droit public de l'économie*, Précis, Dalloz, 1998, n° 214.

¹⁶¹ Selon Catherine Teitgen-Colly, « c'est bien "d'autonomie" qu'il s'agit (...)."Autonomie" et non "indépendance" puisque l'autonomie se définit comme "le droit de s'administrer librement dans le cadre d'une organisation plus vaste que régit un pouvoir central", alors que l'indépendance implique l'absence non seulement de subordination mais aussi de tout lien avec d'autres. », Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.* 1990, p. 243. Dans le « Vocabulaire juridique » de Gérard Cornu, alors qu'il est précisé que l'indépendance ne doit pas être confondue avec la simple autonomie, la distinction n'emporte pas réellement conviction, « situation de collectivités ou d'établissements n'ayant pas acquis une pleine indépendance vis-à-vis de l'Etat dont ils font partie ou auquel ils sont rattachés, mais dotés d'une certaine liberté interne de se gouverner ou de s'administrer eux-mêmes », Cornu G. : « Vocabulaire juridique », précité. La distinction entre autorités de régulation indépendantes, banques centrales, établissements publics et collectivités territoriales ne peut se faire au regard du degré d'indépendance ou d'autonomie face à l'Etat mais bien en fonction de leurs finalités propres. Sur la difficile catégorisation de ces figures juridiques en droit public : Melleray F. : « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public », *A.J.D.A.*, 14 avril 2003, p. 711.

¹⁶² Manson S., *La notion d'indépendance en droit administratif français*, précité, p. 30.

¹⁶³ *Ibid.*

et des garanties statutaires accordés aux autorités de régulation¹⁶⁴. Il convient donc de se rallier à la position du législateur communautaire comme national, parfois suivi par la jurisprudence constitutionnelle, qui s'entendent sur le fait que ce type d'entités sont indépendantes et non pas autonomes¹⁶⁵.

Dès lors, en reprenant l'idée du Professeur René Chapus, l'indépendance évoquée dans la présente étude pour une autorité de régulation renvoie au degré de « décrochage » par rapport aux structures hiérarchiques de l'administration¹⁶⁶. Il en résulte que l'indépendance des autorités de régulation ne peut se définir de manière précise et incontestable mais uniquement se décrire par rapport aux éléments extérieurs susceptibles d'y porter atteinte. Sa nature même est insaisissable¹⁶⁷ et elle ne peut s'évaluer que par degrés, en rapport à d'autres éléments constitutifs de l'Etat. Il est donc possible d'être plus ou moins indépendant, mais pas d'être indépendant dans l'absolu.

L'étude analytique de l'indépendance des autorités de régulation pose une problématique qui révèle à la fois l'ambition et les limites inhérentes au système juridique communautaire pour approfondir les méthodes institutionnelles accompagnant la construction du marché intérieur. L'ambition du droit communautaire est de créer un marché intérieur permettant la libre circulation des biens et des services, y compris des services publics organisés en réseaux, dans lequel la concurrence serait optimale, libre et non faussée. Les

¹⁶⁴ Pour la négation de l'indépendance au profit de l'autonomie, voir Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », précité, p. 243 ; Maisl H. : « La régulation des télécommunications, changements et perspectives » in « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.* 11 (2) mai-juin 1995, p. 451 ; Hubrecht H.-G., *Droit public économique*, Dalloz, 1997, n° 82 ; Favoreu L., *Droit constitutionnel*, Précis, Dalloz, 5^{ème} éd., 2002, n° 846. Pour une indépendance relative, voir Sabourin P. : « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *A.J.D.A.*, 20 mai 1983, p. 290 ; Chérot J.-Y., *Droit public économique*, Economica, 2^{ème} éd., 2007, n° 200 ; en Espagne, Sala Arquer J.-M. : « *El Estado Neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes* » *REDA*, n° 42, 1984, p. 409 ; pour une perspective comparée, Marcou G. : « La notion juridique de régulation », *A.J.D.A.*, 20 février 2006, p. 352. Pour une affirmation de l'indépendance comme critère de distinction de ces autorités par rapport aux autres structures administratives, Chevallier J. : « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P. G.*, 1986, I, 3254 ; voir aussi : Autin J.-L. : « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ? », *R.D.P.* 1991, p. 1533.

¹⁶⁵ Pour une interprétation contraire de la position du juge constitutionnel, selon Catherine Teitgen-Colly, « le Conseil constitutionnel n'emploie pas l'expression [d'autonomie] et s'en tient à celle d'indépendance, expression en l'occurrence tout à fait impropre puisque lui-même en encadrant ces instances exclut en fait leur indépendance pour n'accepter que leur autonomie », Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », précité, p. 243.

¹⁶⁶ Chapus R. : *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 296.

¹⁶⁷ Comme le souligne Charles Debbasch pour la justice, « l'indépendance recherchée du corps judiciaire est une sorte d'auberge espagnole où chacun essaie de trouver ce qu'il cherche. Elle apparaît aussi comme une fuite en avant pour dissimuler l'essentiel (...). Qu'il soit permis ici de remarquer que l'indépendance est une vertu et que comme toutes les vertus, elle ne se prescrit pas par un texte », Debbasch C. : « L'indépendance de la justice », précité, p. 30. Sur le caractère énigmatique et contingent de l'indépendance des autorités de régulation, voir Autin J.-L. : « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? » in *Environnements*, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Philippe Colson, P.U.G., 2004, p. 445.

limites du droit communautaire résident, en la matière, dans ses difficultés à imposer un modèle homogène et efficace de régulation eu égard à l'autonomie revendiquée par les Etats membres. Cette autonomie prend d'autant plus d'ampleur qu'elle concerne des domaines économiques particulièrement sensibles, eu égard à leur caractère d'intérêt général.

Sur le fondement du droit de la concurrence, les institutions communautaires se limitent donc à imposer le principe de l'impartialité des autorités de régulation qui doit se traduire par leur indépendance lorsque l'Etat intervient dans la direction ou la propriété d'opérateurs agissant sur le secteur¹⁶⁸. L'indépendance « en soi » n'est donc peut-être pas aussi consubstantielle à la régulation que le pensent certains auteurs¹⁶⁹. Il ressort en effet de la lecture juridique comme économique un certain consensus sur l'idée que l'existence d'une autorité indépendante est un indice de la régulation¹⁷⁰. La généralisation, voire la banalisation des ces entités tend à associer indubitablement toute entreprise de régulation au caractère d'indépendance de l'autorité qui la prend en charge. Dès lors, il peut « exister un risque d'argumentation circulaire qui, partant de l'analyse de l'activité des autorités indépendantes, conclurait par exemple que la régulation doit être, par nature, indépendante du politique, au risque d'un glissement du sens du mot »¹⁷¹. La Commission européenne ne paraît pas avoir évité cet « écueil »¹⁷². Ses propositions pourraient donc jeter un voile sur vingt ans de

¹⁶⁸ Comme le souligne Louis Dubouis dans la présentation du dossier portant sur le service public et le droit communautaire, « l'Etat ne peut être à la fois joueur et arbitre », Dubouis L. : « Présentation », in « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.*, 11 (2), mars-avril 1995, p. 294.

¹⁶⁹ Une partie de la doctrine estime que la fonction de régulation d'un marché comporte en elle-même l'indépendance de l'autorité qui la prend en charge. Selon le Professeur Claude Champaud « le concept même de régulation d'une économie de marché postule irréfragablement l'affranchissement de l'action propre de l'organe régulateur par rapport aux pouvoirs étatiques » (Champaud C. : « Régulation et Droit Economique », *Revue de Droit Economique*, p. 54). D'autres auteurs conditionnent l'indépendance des autorités de régulation à une multitude de facteurs qui, pris isolément, n'emportent pas tous réellement conviction, sauf à considérer l'impossibilité de toute mutation de l'action publique. Il en est ainsi, par exemple, de la volonté d'ouvrir le processus normatif à l'intervention formalisée des opérateurs et de la société civile ou de l'inadaptation de l'administration traditionnelle à la régulation des mécanismes de marché Cohen-Tanugi L. : « L'émergence de la notion de régulation », in Frison-Roche M.-A., Cohen-Tanugi L. (dir.) : « La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels », colloque D.G.C.C.R.F., *L.P.A.* n°82, 10 juillet 1998, p. 4.

¹⁷⁰ Frison-Roche M.-A. : « La régulation, objet d'une branche du droit », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : « Droit de la régulation : questions d'actualité », Rencontres petites affiches, 6 février 2002, *L.P.A.* n°110, 3 juin 2002, p. 4. En sens contraire, il convient de noter que les fondateurs de la nouvelle économie en France soulignent que la régulation est trop souvent confondue avec l'architecture des institutions publiques indépendantes. Il faut, selon ces auteurs, surmonter l'incompréhension d'une certaine acception du terme de régulation qui « serait une branche de l'analyse économique qui cherche et propose des modalités adéquates de contrôle par les pouvoirs publics de l'offre et de la gestion des services collectifs, sur le modèle que constituent par exemple le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission des opérations de bourse... », en d'autres termes des autorités indépendantes. Boyer R., Saillard Y., *Théorie de la régulation : l'état des savoirs*, La découverte, 2002, p. 5.

¹⁷¹ Lombard M. : « A la recherche de la régulation », *A.J.D.A.*, 16 février 2004, p. 289.

¹⁷² Selon Jean-Bernard Auby, l'utilisation de la notion de régulation doit éviter deux écueils dont l'un est d'« estimer que la régulation ne se rencontre qu'au sein des autorités indépendantes qui ont été créées en matière de concurrence, de télécommunications, d'électricité... », Auby J.-B. : « Régulations », *D.A.*, avril 2000, repères, n° 4.

construction jurisprudentielle et normative en exigeant l'indépendance sans justification juridiquement fondée¹⁷³. Il semble donc impératif d'identifier les principaux facteurs qui justifient l'indépendance des autorités de régulation dans les services publics organisés en réseaux que sont l'énergie, les postes et les communications électroniques. Il s'agit de rechercher, dans ces secteurs, la ou les réponses à la question posée par Jean Rivero : « pourquoi cette volonté d'indépendance ? » (Partie I).

Pour autant, le droit communautaire ne va pas jusqu'à réglementer les modalités précises de cette indépendance. Il ne contraint les Etats membres intervenant dans l'opérateur historique qu'à respecter l'objectif d'indépendance structurelle et d'indépendance de fonctionnement des autorités de régulation. Il en résulte une hétérogénéité des situations nationales. Une étude comparée de ces situations permettra de faire émerger les faiblesses des règles garantissant l'indépendance tout en évaluant les meilleures réponses à la question : « l'indépendance, comment ? ». Elle mettra aussi en lumière la dialectique permanente entre souci d'efficacité et recherche d'indépendance. En outre, l'existence d'autorités de régulation indépendantes apparaît de façon unanime comme une remise en cause de l'Etat et de sa conception unitaire. Pour éviter qu'indépendance ne signifie irresponsabilité, il est nécessaire de l'envisager comme un caractère relatif au sein de l'Etat. Si toute emprise du pouvoir exécutif sur les autorités de régulation doit être exclue, conformément au droit communautaire, un lien doit être maintenu ou reconstruit entre celles-ci et les autres pouvoirs. Il en va de la légitimité des autorités de régulation indépendantes (Partie II).

L'hétérogénéité des modes nationaux de régulation, confrontée à la globalisation des marchés, amène aussi à repenser la question de l'indépendance dans de nouveaux termes. Le domaine de la régulation, intimement lié au droit *antitrust*, est sujet à une forte perméabilité entre les secteurs régulés. Il en résulte une forte interpénétration des règles de droit et, partant, une interdépendance des autorités chargées de les mettre en oeuvre. De plus, l'échelle des réseaux de services publics tend à devenir européenne au regard de l'expansion des opérateurs

¹⁷³ La philosophie générale présidant les dernières propositions de la Commission ne conditionnent apparemment plus l'indépendance à la position partielle de l'Etat membre sur le marché mais exigent l'indépendance sans aucune justification juridiquement fondée. Voir : proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 697 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, du 19 septembre 2007, COM (2007) 528 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, du 19 septembre 2007, COM (2007) 529 final,

et conformément à la volonté communautaire. Les autorités de régulation indépendantes se sont partiellement adaptées à cette évolution et doivent continuer en ce sens. Les obligations de coopération, voire de coordination en réseau¹⁷⁴, imposées par le droit communautaire entre les autorités de régulation, amplifient cette dynamique d'interdépendance qui n'est pas sans générer de nouvelles atteintes à l'exigence initiale d'indépendance. Les problèmes que crée l'interdépendance ainsi que les défis qui doivent être relevés par cette nouvelle dimension de la régulation doivent être analysés. Il en est de même des possibles préjudices que les modalités d'organisation de l'interdépendance pourront porter à l'indépendance. Vue par le prisme de la nécessaire interdépendance des régulateurs, l'indépendance est donc qualifiée d'inter-indépendance (Partie III).

Partie I : les facteurs de l'indépendance

Partie II : la relativité de l'indépendance

Partie III : l'inter-indépendance

¹⁷⁴ Selon Jean-Bernard Auby, la notion de réseau se caractérise par « la multiplicité des acteurs juridiques, l'imbrication des espaces et des fonctions juridiques, la démultiplication et la déhiérarchisation des niveaux de pouvoir », Auby J.-B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, 2003, p. 144 ; voir aussi : Ost F., Van de Kerchove M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

PARTIE I : LES FACTEURS DE L'INDEPENDANCE

L'ensemble des pays européens a adopté, dans le domaine des services publics organisés en réseaux, un système visant à confier la fonction de régulation à un organe indépendant. L'étude de la généralisation de ce mode opératoire démontre qu'elle est la résultante d'influences croisées entre systèmes juridiques. Ce niveau d'analyse permet d'avoir, en toile de fond, une vision globale de l'adoption progressive, par les Etats membres, du concept de régulation des services publics organisés en réseaux par le biais d'autorités indépendantes. Cependant, il ne permet pas de déterminer quel est le principal facteur qui a engendré la création, dans les systèmes étudiés, d'autorités de régulation qui se distinguent par leur indépendance. Par « principal facteur » il faut entendre le facteur sans lequel l'indépendance n'aurait pas été envisagée dans les ordres juridiques évoqués. Il est principal par opposition aux autres facteurs subsidiaires qui peuvent être évoqués pour justifier l'apparition d'autorités de régulation indépendantes (ARI) comme le souci de rapidité, d'efficacité ou de visibilité dans la gestion des missions qui leur sont confiées. L'objectif de la détermination, de l'individualisation, puis de l'analyse du principal facteur de l'indépendance des autorités de régulation, est évidemment d'envisager la question du devenir de celles-ci dans le cas où il disparaîtrait.

Ainsi, le choix de l'indépendance de l'organe chargé de réguler les services publics organisés en réseaux, est l'exemple type du phénomène d'influences croisées entre ordres juridiques¹⁷⁵. Trois types d'interactions se sont produites pour amener à la généralisation de la figure de l'autorité de régulation indépendante¹⁷⁶ : une influence du modèle nord-américain sur ce qui est devenu le modèle britannique, une influence des modèles précédents sur la conception communautaire de la régulation, puis une influence communautaire sur les ordres juridiques d'Europe continentale.

¹⁷⁵ Il s'agit d'interactions ou d'influences croisées puisque ces termes supposent une influence du modèle de base, puis une adaptation de ce modèle. Il serait aussi permis de parler d'hybridation du modèle de base (sur l'opposition entre la « transplantation unilatérale » et l'« hybridation » des droits, voir : Delmas-Marty M. : « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, chron., p. 951). Dans cette même logique, le Professeur Jean-Bernard Auby évoque la « perméabilisation des systèmes juridiques », in J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Clefs politique, Montchrestien, 2003, p. 78.

¹⁷⁶ Les dénominations autorité indépendante de régulation et autorité de régulation indépendante seront indistinctement employées, mais le sigle ARI sera toujours utilisé par souci d'uniformité avec le sigle A.R.N. (autorité de réglementation ou de régulation nationale).

La première influence peut être qualifiée d'horizontale et conceptuelle. Il s'agit de la prise en considération du modèle nord-américain par le Royaume-Uni. Ce modèle de référence s'est constitué au siècle dernier. Sa caractéristique principale a été de confier à des régulateurs indépendants du pouvoir exécutif la tâche de surveiller les marchés des *public utilities*¹⁷⁷, services gérés par des entreprises privées, dans le but d'y maintenir une concurrence efficace et d'éviter la constitution d'oligopoles. Les britanniques, à l'heure de privatiser leurs *public utilities*, se sont très largement inspirés du modèle nord-américain de régulation indépendante, tout en analysant ses forces et faiblesses. Ils l'ont adapté à la lumière de leur propre tradition d'externalisation de certaines fonctions à des commissions indépendantes. Un deuxième modèle était né, il connût aussi son propre rayonnement : la régulation indépendante personnifiée.

Ces deux modèles de régulation indépendante diffèrent cependant quant à leurs origines. En effet, aux Etats-Unis, la régulation trouve sa raison d'être dans le maintien d'une concurrence efficace sur des marchés défaillants. L'externalisation¹⁷⁸ de la fonction de régulation a été décidée par le Congrès pour éviter de donner plus de pouvoirs au Président. Son indépendance est par conséquent le produit d'une certaine défiance vis-à-vis de l'exécutif. Au Royaume-Uni, par contre, la régulation a été pensée dans l'optique d'introduire une certaine concurrence sur des marchés jadis monopolisés. La volonté du gouvernement de se décharger de certaines responsabilités, combinée à une tradition d'externalisation de certaines fonctions et à l'adaptation du « modèle nord-américain », a fait que le choix s'est naturellement porté sur des entités publiques indépendantes.

L'objectif commun aux deux modèles précités est bien de confier la régulation des différents secteurs de services publics à un régulateur indépendant du pouvoir exécutif. Le

¹⁷⁷ *Public utilities* : « Le concept de “*public utilities*” est apparu aux Etats-Unis à la fin du XIXème siècle à travers la jurisprudence de la Cour Suprême [*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877)]. Il représente les activités affectées d'un intérêt public et pour lesquelles l'Etat peut exercer ses pouvoirs pour réglementer les prix et les performances des entreprises en charge de ces activités », in Nicolas M., Rodrigues S., (dir.) : *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, Paris, Coll. I.S.U.P.E., ASPE, 1998. Voir aussi : Rapp L. : « L'expérience américaine », in « Le service public », *A.J.D.A.*, numéro spécial, juin 1997, p. 159.

¹⁷⁸ Il faut entendre par « externalisation » le fait de confier une fonction à une entité ne faisant pas partie de la hiérarchie administrative traditionnelle. L'externalisation se distingue de la décentralisation puisqu'elle n'implique pas l'appartenance à la hiérarchie administrative traditionnelle (organes concentrés, déconcentrés et décentralisés). Cependant, la définition classique du terme externalisation doit être éludée ici : « nom donné dans le jargon des affaires à une stratégie économique en forte croissance consistant, pour un opérateur économique, à confier à un ou plusieurs autres opérateurs indépendants telle ou telle des activités ordinairement intégrées dans une même entreprise afin de profiter du maximum des ressources extérieures du marché ». in Cornu G. : *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 8^{ème} éd. 2007. Elle sera remplacée par la définition précitée, adaptée à la science administrative. Il faut aussi remarquer que le modèle nord-américain a externalisé une fonction nouvelle, alors que le modèle britannique a externalisé une fonction qu'il exerçait anciennement.

principal facteur, qui a amené à cette indépendance, est le souci d'organiser l'externalisation de la régulation. Il s'agit, par conséquent, de la simple adaptation d'un modèle de régulation, dans lequel l'indépendance est considérée comme le moyen de garantir l'externalisation de la fonction par rapport au pouvoir exécutif.

Le deuxième type d'influence peut être qualifié d'influence verticale. Si l'expérience anglo-saxonne a influencé la conception communautaire de l'accompagnement institutionnel de la libéralisation des services publics¹⁷⁹, ceci de manière verticale ascendante¹⁸⁰, sa matérialisation n'est décelable que dans le processus normatif vertical descendant. Celui-ci s'exerce à partir de l'ordre juridique communautaire vers les ordres juridiques des pays d'Europe continentale. Ainsi, le droit communautaire a été déterminant dans la généralisation des ARI en Europe.

En effet, à partir des années 80, est né en Europe continentale le souci de confier certains domaines, relatifs à la protection des droits fondamentaux ou à la régulation économique, à des autorités indépendantes. Ces domaines devaient être surveillés en toute impartialité par une entité qui n'était pas soumise à l'influence du gouvernement. Les autorités administratives indépendantes ainsi créées ont pris une telle importance numérique et conceptuelle dans l'organisation institutionnelle des pays d'Europe continentale qu'elles ont fait émerger un grand nombre de questions relatives à leur constitutionnalité. Celles-ci sont encore d'actualité.

C'est sous l'influence indirecte du droit communautaire que la figure de l'autorité administrative indépendante va être « recyclée »¹⁸¹, pour prendre en charge la fonction de

¹⁷⁹ Marie-Anne Frison-Roche souligne d'ailleurs, en évoquant l'Autorité de Régulation des Télécommunications et la Commission de Régulation de l'Énergie : « l'idée que [certaines] autorités administratives indépendantes ne correspondent pas à la culture politique française, qu'elles ont été dictées par un système européen pénétré d'idées politiques anglo-américaines renvoyant à une culture politique dans laquelle l'idée d'agence est familière ». Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, Tome II.

¹⁸⁰ L'influence verticale ascendante est l'influence exercée par un concept juridique national sur une conception supra-nationale. L'influence d'une conception supra-nationale sur un concept juridique national sera qualifiée d'influence verticale descendante. Comme le souligne le Professeur Azoulay en parlant de l'influence verticale ascendante : « Il apparaît bien que les normes communautaires se constituent dans le contexte d'une organisation complexe mettant en scène une lutte de modèles et de conflits de droits », Azoulay L. : « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », in Idot L., Poillot-Peruzzetto S., (dir.), : « Internormativité et réseaux d'Autorités », actes du colloque du 24 octobre 2003 à l'Université de Toulouse I, *L.P.A.*, 5 octobre 2004, n° 199, p. 10.

¹⁸¹ Expression utilisée par le Professeur Jean-François Brisson, « La réception en droit national des autorités de régulation », in Journée d'études du 20 février 2004, Université Montesquieu - Bordeaux IV, « Autorités de régulation et droit européen », *J.C.P. E.*, n° 2, supplément au n° 19, du 6 mai 2004, p. 15.

régulation indépendante des services publics organisés en réseaux. En effet, le droit communautaire a fait émerger l'idée de l'impartialité de l'entité en charge de la régulation de certains secteurs en voie de libéralisation. Cette impartialité, requise implicitement, est matérialisée par le principe de séparation du régulateur et des opérateurs agissant sur le marché. Les institutions communautaires ont exprimé le souci d'éviter les conflits d'intérêts, et de garantir l'égalité des chances, en exigeant que l'autorité en charge de la régulation du secteur soit indépendante des opérateurs agissant sur le marché. Cette obligation, combinée avec la volonté de certains Etats d'Europe continentale de conserver une participation dans le capital de l'opérateur historique, a automatiquement impliqué l'indépendance de la régulation vis-à-vis du pouvoir exécutif. Par conséquent, cette fonction a été confiée aux seules entités garantissant une certaine impartialité, par le biais de leur indépendance. Des autorités administratives indépendantes ont été créées dans chacun des secteurs : les « autorités de régulation indépendantes ».

Ainsi, le motif premier du « recyclage » de la figure juridique de l'autorité administrative indépendante, sous l'effet des prescriptions communautaires, trouve son fondement, à la différence des modèles anglo-saxons, dans la nécessité de confier la fonction de régulation à un organe impartial. Cette figure juridique, créée quelques années plus tôt, en Europe continentale, pour agir en toute impartialité dans certains domaines de l'action publique, s'est révélée être l'organe idéal pour mener à bien la fonction de régulation. Le principal facteur ayant amené à l'indépendance de la régulation en Europe continentale, tient donc dans la recherche d'impartialité de la fonction de régulation.

Par conséquent, une analyse de chaque système met en évidence que deux facteurs principaux, ayant conduit à la généralisation des ARI, peuvent être identifiés, l'un dans les pays anglo-saxons, l'autre en Europe continentale. Le premier est le souci d'organiser l'externalisation de la fonction de régulation, le second tient à la nécessité de garantir l'impartialité de l'organe en charge de la régulation. Ainsi, dans les pays anglo-saxons, pionniers dans le domaine de la régulation indépendante, l'indépendance de l'organe en charge de la régulation est le moyen d'externaliser cette fonction par rapport au pouvoir exécutif (Titre I), alors qu'en Europe continentale, l'indépendance de l'organe est le moyen de garantir l'impartialité (Titre II) de la fonction menée à bien.

TITRE I : L'EXTERNALISATION DANS LES MODELES ANGLO-SAXONS

La première interaction, à l'origine de l'introduction de la régulation indépendante en Europe, a eu lieu entre l'ordre juridique nord-américain et l'ordre juridique britannique. Les Etats-Unis, forts de leur expérience de plus d'un siècle de régulation indépendante des *public utilities*, ont très largement inspiré ce qui est devenu par la suite le « modèle britannique » de régulation indépendante. Cependant, le système nord-américain de régulation exercée par des agences indépendantes n'a pas été importé puis dupliqué, mais plutôt étudié comme « modèle de référence » et adapté au Royaume-Uni.

Ces deux modèles ont en commun d'avoir réussi à externaliser la fonction de régulation par rapport au pouvoir exécutif en la confiant à un organe indépendant. Ainsi, l'objectif d'externalisation de la fonction de régulation est le facteur qui a conduit à l'indépendance du régulateur. Il faut entendre « externalisation » comme le fait de confier une fonction déterminée à une entité publique, dans l'Etat, mais extérieure à la hiérarchie administrative traditionnelle. L'externalité s'apprécie uniquement dans l'Etat et par rapport au gouvernement et/ou au Président, c'est-à-dire au titulaire traditionnel du pouvoir exécutif. L'externalisation se distingue de la décentralisation puisqu'elle n'implique pas l'appartenance à la hiérarchie administrative traditionnelle, comme par exemple les organes concentrés, déconcentrés et décentralisés.

Les systèmes anglo-saxons partagent l'objectif principal de l'externalisation de la fonction de régulation, garantie par l'indépendance de l'organe qui la prend en charge. Cependant, alors que les raisons qui ont conduit à l'externalisation de la fonction relèvent, dans les deux cas, d'un phénomène de politique institutionnelle¹⁸², la situation conjoncturelle qui l'a motivée ainsi que les modalités de son organisation diffèrent fortement.

En effet, aux Etats-Unis, l'externalité de l'organe en charge de la fonction de régulation des *public utilities* a été décidée par le Congrès, par défiance vis-à-vis du Président.

¹⁸² Le terme de politique institutionnelle traduit un phénomène de relation de pouvoirs entre les institutions. En droit communautaire et dans le droit interne des Etats membres d'Europe continentale, le facteur de l'indépendance, principe d'impartialité, relève d'un phénomène de politique administrative. Il s'agira donc d'une relation entre l'administration et ses administrés.

Les nord-américains ont voulu éviter que le Président ne s'approprie une fonction que le Congrès estimait ne pas lui appartenir. L'indépendance a donc été le moyen de garantir la pérennité de cette externalisation. Elle a été révélée, organisée et garantie par la jurisprudence. Ce mouvement d'émancipation¹⁸³ est le produit d'une relation conflictuelle entre les institutions.

Au Royaume-Uni, par contre, le processus s'est déroulé de manière plus consensuelle. Confier certaines fonctions à des entités externalisées par rapport aux ministres relevait déjà de la tradition institutionnelle. A l'heure de l'adaptation du « modèle de référence » nord-américain, il est apparu évident d'octroyer ces nouvelles fonctions à des commissions indépendantes. Cette délégation, organisée par le législateur, est néanmoins un choix de l'exécutif. Le gouvernement britannique voulait se désengager d'une fonction qu'il estimait ne pas être la sienne. Mais l'étude du cas britannique révèle que l'externalisation des fonctions de régulation était beaucoup moins bien assurée au Royaume-Uni qu'aux Etats-Unis. En effet, sa garantie, l'indépendance, n'étant pas organisée de manière formelle, le régulateur personnifié s'est avéré beaucoup plus proche des ministres. Il n'en reste pas moins qu'aux Etats-Unis, comme au Royaume-Uni, le facteur principal de l'indépendance de l'organe en charge de la régulation des *public utilities* est bien le souci d'externaliser cette fonction.

Ainsi, le « modèle états-unien » a rayonné tout particulièrement dans le domaine de la régulation par des autorités indépendantes et son influence s'est surtout exercée sur le modèle britannique de régulation. En effet, les britanniques, désirant libéraliser leurs services publics, tout comme privatiser les opérateurs publics détenant un monopole, se sont retrouvés dans une situation assez proche de celle des Etats-Unis. Ils se sont tout naturellement tournés vers le modèle de référence pour s'en inspirer. Les britanniques ont analysé les forces comme les faiblesses du système nord-américain. Ils ont combiné ces éléments avec leur propre tradition d'externalisation des compétences par le biais de commissions indépendantes et déduit leur modèle de régulation indépendante. Ce modèle réactif fut caractérisé pendant un temps par la personnification du régulateur. Le modèle nord-américain n'a donc pas été transplanté au Royaume-Uni. Il s'agit plutôt d'une hybridation des droits¹⁸⁴, qui suppose une part

¹⁸³ Le mouvement d'émancipation décrit l'« apparition de structures qui ne rentrent pas dans les catégories existantes, ni dans les lignes de la subordination hiérarchique », in Chevallier J. : *Science administrative*, 3^{ème} édition refondue, PUF, 2002, p. 422.

¹⁸⁴ Le Professeur Delmas-Marty explique la différence entre la « transplantation unilatérale » et l'« hybridation » des droits qui suppose une réciprocité des échanges entre le modèle de base et le modèle reçu, voir : Delmas-Marty M. : « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, chron., p. 951.

d'influence de chaque ordre juridique. En somme, une adaptation d'un modèle dans un ordre juridique différent.

Il faut, par conséquent, pour appréhender la généralisation de la régulation indépendante en Europe, analyser le modèle nord-américain de régulation externalisée, déterminer les problèmes juridiques qu'il a rencontré, voire solutionné (Chapitre I), pour comprendre ensuite comment il s'est introduit en Europe, par l'intermédiaire du Royaume-Uni (Chapitre II).

Voir aussi : Ponthoreau M.-C. : « “L'argument de droit comparé” et les processus d'hybridation des droits. Les réformes en droit administratif français », in Melleray F. (dir.) : *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007, p. 23.

Chapitre I : La naissance d'un modèle de régulation externalisée, les *Independent Regulatory Agencies* aux Etats-Unis

Les *Independent Regulatory Agencies* (IRA) constituent indubitablement un modèle de référence, non seulement pour la conception que se font les Etats membres et la Commission européenne de l'agence de régulation indépendante, mais aussi pour la conception communautaire de l'agence européenne de régulation¹⁸⁵. Par « modèle », il faut entendre une institution qui a d'abord fait preuve d'une continuité suffisante pour éviter d'être qualifiée de simple exemple et qui a ensuite su résister aux critiques et remises en causes pour bénéficier d'un « consensus » général¹⁸⁶. Dès lors, il est possible de démontrer dans quelle mesure les IRA ont suivi ce parcours pour pouvoir être qualifiées ainsi.

Le « modèle états-unien » est aussi décrit comme un modèle « de référence ». Ce terme indique bien que l'institution n'a pas été importée puis dupliquée dans les pays européens. Elle a plutôt été analysée comme référence existante de la régulation indépendante des réseaux, puis adaptée dans certains pays en fonction des traditions juridiques nationales¹⁸⁷.

Il ne s'agit donc pas ici d'une analyse comparatiste générale mais plutôt ponctuelle. Ainsi, peuvent être dégagés, au même titre, les points communs permettant une adaptation et les différences empêchant une comparaison réaliste. Du modèle de référence précité, certaines problématiques émergent qui, même si elles ne se retrouvent pas dans les mêmes termes, vont se poser dans les pays européens. Dès lors, il convient d'observer les solutions proposées aux Etats-Unis dans une optique comparatiste.

Le concept d'*Independent Regulatory Agencies*, développé à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, s'est donc forgé comme une réponse institutionnelle aux défaillances du

¹⁸⁵ Voir *infra* p. 747 et s.

¹⁸⁶ En ce sens : Moderne F. : « Etude comparée, les modèles étrangers », in Timsit G., Colliard C.-A. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, les voies du droit, PUF, 1988, p. 186.

¹⁸⁷ En ce sens : Sur l'Italie : Gnes M. : « *The Italian independant administrative authorities : the transplantation of an American experience ?* » *European Public Law*, Vol. 3, n°1, mars 1997, p. 33. Longobardi, N., « Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif », *L.P.A.* 27 août 1999, n° 171 p. 4, spéc. p. 5. Sur le Royaume-Uni, notamment : Dumez H. et Jeunemaître A. « Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques modèles de référence » *R.I.D.E.*, 1999, 1, p. 11. Sur la France : Lasserre B. : « Quelques expériences étrangères : des leçons pour l'avenir ? », *R.F.A.P.*, n° 52, octobre 1989, p. 95. Sur l'Espagne, Terrón Santos D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Editorial Comares, 2004, spéc. p. 39.

marché. Cette réponse s'est traduite par un certain interventionnisme étatique, que le Congrès n'a accepté qu'à la condition d'être mené par un organe indépendant de l'exécutif. Cette évolution correspond donc à un modèle autonome, dans le sens où l'institution est née dans l'optique de réguler un marché dans lequel l'Etat n'avait pas d'intérêts financiers. Sa raison d'être n'est pas un conflit d'intérêts entre l'Etat opérateur et l'Etat régulateur¹⁸⁸, comme dans une grande partie des pays d'Europe continentale, ni une tradition d'externalisation de certaines tâches dans les mains d'organes quasi-autonomes¹⁸⁹, comme au Royaume-Uni. Il s'agit d'une solution empirique, imposée par le Congrès, pour éviter une augmentation des pouvoirs présidentiels¹⁹⁰ en externalisant la fonction (Section I).

L'institution externalisée a dû affronter de nombreuses critiques, notamment son absence de fondements constitutionnels et une contradiction apparente avec le principe de séparation des pouvoirs. Mais l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour Suprême a permis aux *Independent Regulatory Agencies* de s'ancrer dans la tradition institutionnelle américaine. Au-delà des critiques constitutionnelles, les IRA ont aussi prêté le flanc à des reproches conceptuels comme fonctionnels. Ainsi, d'une part, leur nombre croissant témoignait, chez certains, de l'apparition d'un « quatrième pouvoir » dénué de toute responsabilité politique. D'autre part, elles étaient soupçonnées de capture de la part du secteur régulé. La permanence des IRA aux Etats-Unis ne peut s'expliquer que par une soumission à un ensemble de contrôles. Il s'agit de contrôles internes, par des commissions spécialisées du Congrès comme de l'exécutif, et de contrôles externes, réalisés par le juge de la légalité, conformément à l'instrument normatif primordial qu'est le *Federal Administrative Procedure Act* de 1946¹⁹¹. L'externalisation de certaines fonctions, entre les mains des IRA, a finalement trouvé une certaine légitimité par le biais de ces contrôles, partie intégrante de ce qui a été qualifié d'« équilibre interpolable »¹⁹² (Section II).

¹⁸⁸ A ce propos voir *infra* p. 127 et s.

¹⁸⁹ A ce propos voir *infra* p. 105 et s.

¹⁹⁰ Il serait d'ailleurs possible d'en déduire une disparition des IRA si le Congrès acceptait de confier ces pouvoirs à l'exécutif, ou si leur utilité venait à disparaître, telle la disparition de la *Civil Aeronautic Board* (CAB).

¹⁹¹ 5 U.S.C. 551-596, 701-706. Le *Federal Administrative Procedure Act* de 1946 est l'ensemble de textes codifiés encadrant la procédure administrative américaine. Sur ce point: En ce sens: Zoller E.: « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *R.F.D.A.*, juillet, août 2004, p. 757.

¹⁹² L'« équilibre interpolable » est défini comme un « type de contrôle, prenant comme point de départ la nécessité d'identifier les mécanismes d'auto-contrôle qui existent déjà dans le système, qui est capable d'envisager un réseau de mécanismes de vérifications complémentaires et qui se chevauchent, au lieu de postuler que le contrôle doit s'exercer nécessairement à partir d'un point fixe du système ». Il s'agit donc de remplacer la conception unilatérale traditionnelle du contrôle par un réseau de mécanismes de vérification devant plusieurs institutions.

Section I : *Independent Regulatory Agencies* et externalisation des fonctions de régulation

Les *Independent Regulatory Agencies* sont le fruit d'une évolution progressive de l'implication de l'Etat nord-américain dans l'économie nationale. Partant d'une conception minimale de l'interventionnisme économique, c'est grâce à la notion de *public utilities* que les Etats fédérés puis l'Etat fédéral ont créé des institutions capables de réguler certains marchés. L'intervention de la Cour Suprême, par les arrêts *Munn v. Illinois*¹⁹³ puis *Wabash, St Louis and Pacific Railway*¹⁹⁴, a accompagné ce passage à une législation fédérale. Les IRA ont été, par conséquent, une réponse institutionnelle fédérale aux abus commis sur les marchés élaborée de manière pragmatique et sans cohérence d'ensemble (§1). L'acceptation, par le Congrès, de cet interventionnisme économique, ne pouvait cependant aller avec une augmentation des pouvoirs présidentiels. Le compromis se trouvait dans la création législative d'une institution externalisée. Les caractéristiques des IRA témoignent donc d'une organisation et de garanties assurant l'externalisation effective de la fonction de régulation des *public utilities* par rapport aux différents pouvoirs (§2).

§1 Une réponse institutionnelle aux défaillances du libre marché

Aux origines de la Constitution américaine se trouvent les principes de liberté individuelle et en particulier la libre entreprise. Par conséquent, l'intervention économique des autorités publiques, qu'elles soient locales ou fédérales se trouvait réduite à sa portion congrue. Néanmoins, la Cour Suprême a admis en 1877 le droit de l'autorité publique à contrôler certaines activités de service public, les *public utilities*¹⁹⁵. La régulation des *public utilities* s'est ainsi construite progressivement, à partir de l'activité des entreprises privées et du fonctionnement libre du marché, et non à partir de l'autorité de l'Etat central (A). Une fois acceptée l'idée de soumettre certains secteurs relevant du commerce interétatique à une régulation commerciale, il fallait une institution nouvelle pour la mettre en oeuvre, ce qui a donné naissance aux premières *Independent regulatory agencies* (B).

¹⁹³ *Munn v. Illinois* 94 U.S. 113 (1877).

¹⁹⁴ *Wabash, St Louis and Pacific Railway*, 118 U.S. 557 (1886).

¹⁹⁵ *Public Utilities* : « Le concept de "*public utilities*" est apparu aux Etats-Unis à la fin du XIXème siècle à travers la jurisprudence de la Cour Suprême [*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877)]. Il représente les activités affectées d'un intérêt public et pour lesquelles l'Etat peut exercer ses pouvoirs pour réglementer les prix et les performances des entreprises en charge de ces activités », in Nicolas M., Rodrigues S., (dir.), *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, précité.

A Les bases de l'interventionnisme étatique américain

La notion moderne de *public utilities* (ou activité de service public) a été dégagée pour la première fois en 1877 par l'arrêt de la Cour Suprême *Munn v. Illinois*¹⁹⁶. Munn et Scott, exploitants de silos à grain dans l'Illinois¹⁹⁷, soutenaient que la chambre législative de l'Etat n'était pas en mesure de fixer un plafond sur les prix de stockage du grain. La Cour suprême confirma la loi de l'Illinois en fondant sa décision sur la notion d'intérêt public.

La Cour Suprême devait donc confronter le principe de la libre entreprise¹⁹⁸ avec la fixation réglementaire des prix par l'Etat de l'Illinois. Pour ce faire, elle appuya son argumentation sur les origines de ce principe, trouvées dans la « *Magna Charta* » issue de la « *Common Law* » britannique¹⁹⁹. En remarquant la communauté de vues des lois et des différentes juridictions étatiques sur ce point, la Cour Suprême conclut que : « lorsque la propriété privée se consacre à une utilisation publique, elle est sujette à la réglementation publique ». Les silos à grain étaient « porteurs d'intérêt général », par conséquent, ils étaient légitimement sujets à réglementation par l'Etat.

De plus, la Cour observa que treize compagnies détenaient l'ensemble des silos à grain de Chicago. Elle déduisit alors que « leur négoce tend à être une charge commune, et devient dès lors une chose d'intérêt et d'usage public²⁰⁰ ». Tout exploitant de ce style d'entrepôts devait donc se soumettre à la réglementation publique. La théorie des *public utilities* était née. Le premier pas de l'interventionnisme économique américain était fait grâce à cet arrêt. Son

¹⁹⁶ *Munn v. Illinois* 94 U.S. 113 (1877).

¹⁹⁷ Il ne s'agissait pas, en l'espèce, de services publics organisés en réseau tels qu'envisagés dans le cadre de l'étude.

¹⁹⁸ Constitution du 17 septembre 1787, article 14 : (Garantie des libertés individuelles, électoral, éligibilité, dettes publiques) Aucun Etat ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des Etats-Unis ; ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans garantie juridique convenable (*without due process of law*).

¹⁹⁹ Elle rappela que lorsque les Colonies se sont séparées de la Grande-Bretagne, elles avaient décidé de conserver ceux des principes estimés nécessaires pour le bien commun, la sécurité et la propriété. Pour dégager les limites de la libre entreprise, la Cour adossa sa réflexion sur les propos de Lord Chief Justice Hale, Juriste britannique (1609-1676), et son traité « *De Portibus Maris* ». Il y expliquait que « La propriété revêt un intérêt public lorsqu'elle est utilisée de telle sorte qu'elle a des conséquences publiques et affecte la communauté au sens large. Lorsqu'une personne consacre sa propriété à un usage dans lequel le public a un intérêt, elle confère de ce fait au public un intérêt dans son utilisation, elle doit alors se soumettre au contrôle public, pour le bien commun (...) ». (Traduction libre de : « *Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence, and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good (...)* »). Selon lui, les embarcadères, les grues, et autres commodités, étaient affectés par un intérêt public et cessaient donc d'être uniquement « *juris privati* ». Il est intéressant de noter que la réflexion jurisprudentielle de la Cour Suprême se base sur la doctrine britannique.

²⁰⁰ Traduction libre de : « *Their business most certainly tends to a common charge, and is become a thing of public interest and use* ».

objectif était de corriger les effets négatifs du laisser-faire²⁰¹ et de défendre le libéralisme contre lui-même.

Même si la conception dominante aux Etats-Unis est celle de l' « Etat minimum », la régulation des *public utilities* a été en premier lieu confiée au niveau local à des entités nommées *Public Utilities Commissions (PUC's)*²⁰². Les *PUC's* sont nées pour arbitrer les conflits entre producteurs et usagers à la fin du XIX^e siècle. Ces organismes prennent des formes très diverses (parfois indépendantes et parfois intégrées à des départements de l'Etat fédéral) et ont l'inconvénient d'avoir un champ d'action limité aux frontières de leur Etat. Ces commissions sont composées en majorité de juristes (*lawyers*) qui sont le plus souvent désignés par le Gouverneur de l'Etat, chef de l'exécutif.

Les *PUC's* furent la réponse institutionnelle donnée à la concentration des industries de réseaux. En effet, dans un contexte propice de libre marché et de concurrence non contrôlée, ces industries engendraient ce que l'on appelle en théorie économique des rendements d'échelle. Elles rachetaient les plus petites firmes pour acquérir des positions de monopoles²⁰³ sur de vastes territoires géographiques, s'étendant d'abord au niveau des Etats puis au pays tout entier.

C'est dans ce contexte d'impuissance de la législation et des institutions locales qu'est intervenu l'arrêt de la Cour Suprême *Wabash, St Louis and Pacific Railway*²⁰⁴. Cette décision refusait à la législation de l'Etat de l'Illinois²⁰⁵ compétence à l'effet de réguler les tarifs et le principe de non-discrimination dans le cadre du transport ferroviaire interétatique. La Cour énonça, en substance, que le transport en question tombait dans le cadre de la définition de la notion de commerce entre Etats, qui seul pouvait être régulé par le Congrès des Etats-Unis, selon les dispositions du troisième alinéa de la Section 8 de l'article 1 de la Constitution²⁰⁶.

²⁰¹ En ce sens : Stoffaës C. : « La régulation des réseaux aux Etats-Unis, enseignements pour l'Europe », *R.A.E.*, n°2, 1994, p. 123.

²⁰² La régulation au niveau local trouve ses origines dans la « *Sunshine regulation* » instituant les « *Sunshine Commissions* » (dont le premier exemple a été le *Massachusetts Board of Railroad Commissioners* créée en 1869), versions plus faibles que les *PUC's* parce qu'elles reposent sur la régulation par l'information. L'instigateur de la « *Sunshine regulation* » a été Charles Francis Adams par la publication de son ouvrage « *A chapter of Erie* » en 1869. En ce sens : Henry C., Quinet E. (dir.), *Concurrence et service public*, textes des conférences Jules Dupuit, présidées par Marcel Boiteux, Economiques, l'Harmattan, 2003, p. 44.

²⁰³ Certains monopoles privés se constituent comme ceux de Bell dans le téléphone, Edison pour l'électricité ou Vanderbilt pour le chemin de fer.

²⁰⁴ *Wabash, St Louis and Pacific Railway*, 118 U.S. 557 (1886).

²⁰⁵ Chapitre 114, section 112 des statuts révisés de l'Etat de l'Illinois.

²⁰⁶ Traduction libre de : « *The court further holds as matter of law that the transportation in question falls within the proper description of commerce among the states, and as such can only be regulated by the congress of the United States under the terms of the third clause of section 8 of article 1 of the Constitution of the United*

La Cour Suprême prit le soin d'illustrer le vide juridique qu'elle laissait avec cet arrêt : « ce type de régulation est une de celles qui doit avoir un caractère national, et qui ne peut être sûrement et prudemment remise aux règles locales, aux vues de ce que nous avons déjà dit. Et s'il s'agissait d'une régulation commerciale, comme nous pensons l'avoir démontré, et comme la Cour de l'Illinois l'a admis, elle doit avoir un caractère national, et sa régulation peut seulement exister convenablement grâce à des règles et principes généraux, qui demandent à être réalisés par le Congrès des Etats-Unis au regard de la clause de commerce de la Constitution »²⁰⁷. Cet appel à l'intervention du Congrès fut assez rapidement suivi d'effets. Il adopta la loi cadre du 4 février 1887, l'*Interstate Commerce Act*²⁰⁸, qui déclarait certaines pratiques discriminatoires illégales. Celle-ci obligeait aussi les compagnies de chemin de fer à publier leurs tarifs et à les soumettre à l'approbation d'une institution nouvelle, l'*Interstate Commerce Commission* (I.C.C.).

Cette institution fut initialement placée sous l'autorité du secrétaire de l'intérieur qui approuvait ses nominations, ses salaires et ses dépenses. Deux ans plus tard, les contrôles sur la Commission furent supprimés par la loi du 2 mars 1889. L'agence devint indépendante de l'exécutif et le secrétaire à l'intérieur perdit son pouvoir de tutelle sur les salaires et les dépenses. Enfin, l'I.C.C. devait faire rapport directement au Congrès²⁰⁹. La première agence indépendante de régulation, au sens entendu actuellement, est née aux Etats-Unis grâce à la loi de 1889.

B La naissance des *Independent Regulatory Agencies*

Les IRA ont été créées pour compenser une demande ponctuelle du marché. Ce mouvement circonstanciel a dû répondre à la nécessité de lutter contre les pratiques abusives tout en faisant prévaloir l'intérêt public dans la gestion de certains domaines. Ainsi la

States », *Wabash , St Louis and Pacific Railway*, 118 U.S. 557 (1886). Article 1, Section 8, (communément désigné comme la clause de commerce de la Constitution) : « Le Congrès aura le pouvoir (...) de réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers états, et avec les tribus indiennes ». (Communément désigné comme la clause de commerce de la Constitution).

²⁰⁷ Traduction libre de : « *That this species of regulation is one which must be, if established at all, of a general and national character, and cannot be safely and wisely remitted to local rules and local regulations, we think is clear from what has already been said. And if it be a regulation of commerce, as we think we have demonstrated it is, and as the Illinois court concedes it to be, it must be of that national character; and the regulation can only appropriately exist by general rules and principles, which demand that it should be done by the congress of the United States under the commerce clause of the Constitution* », *Wabash , St Louis and Pacific Railway*, 118 U.S. 557 (1886).

²⁰⁸ 40 U.S.C. 1-22.

²⁰⁹ En ce sens : Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 757.

régulation a été d'abord transversale, par le biais d'*Independent Regulatory Authorities* telles que l'I.C.C. et la *Federal Trade Commission* (F.T.C.), ensuite sectorielle, dans le domaine des communications et de l'énergie avec respectivement la *Federal Communications Commission* (F.C.C.), la *Federal Power Commission* (F.P.C.) puis la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC).

1 La création d' *Independent Regulatory Agencies* à compétence transversale

Même si son champ d'action ne concernait pas les services publics organisés en réseaux, l'I.C.C. est devenue, grâce à la loi du 2 mars 1889, la Commission dont la structure et le rôle ont servi de modèle aux institutions fédérales ultérieures, investies du pouvoir de réguler les réseaux²¹⁰.

Le changement de concept, dû à la loi du 2 mars 1889, trouve son explication dans deux considérations. D'une part, le Congrès hésita à confier un pouvoir de tutelle au Département de l'Intérieur, qui s'était, jusqu'alors, occupé des questions ferroviaires, parce qu'il aurait renforcé le pouvoir de l'exécutif et par là même, celui du Président. D'autre part, le Congrès savait qu'il ne pourrait matériellement pas prendre lui-même les nombreuses décisions techniques, nécessaires pour assurer un contrôle efficace des chemins de fer.

La compétence de l'I.C.C. portait sur les transports de surface, ferroviaires, fluviaux et routiers²¹¹. Sa mission consistait à faire respecter la loyauté dans la politique commerciale et les tarifs des sociétés ferroviaires. Suite à des comportements *antitrust* avérés²¹² résultant des tarifs librement discutés par les compagnies de chemin de fer avec certaines entreprises, l'objectif était de faire enfin prévaloir l'intérêt public dans leur gestion, au sens de la jurisprudence *Munn*²¹³.

Les débuts de l'I.C.C. ont été relativement laborieux. En effet, une décision de 1895 a déclaré inconstitutionnelle la délégation de pouvoirs dont elle bénéficiait, et a estimé que celle-ci n'était donc pas habilitée à fixer des tarifs de chemins de fer. De plus, dépourvue de

²¹⁰ En ce sens : Stoffaës C. : « La régulation des réseaux aux Etats-Unis, enseignements pour l'Europe », précité, p. 123.

²¹¹ Voir : « Le secteur public et les agences régulatrices aux Etats-Unis », Notes et études documentaires, n° 3941-3942, 14 novembre 1972.

²¹² Il faut noter que, comme l'I.C.C. (et plus tard la F.T.C.) en fait foi, la doctrine de l'intervention publique dans l'économie aux Etats-Unis est apparue autour de la notion même d'abus de position dominante.

²¹³ *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877).

tout pouvoir de coercition, l'I.C.C. était soumise au bon vouloir des tribunaux quant à l'exécution de ses décisions. Ces dernières n'étaient ainsi exécutoires que sur ordre d'un tribunal fédéral à la demande de la commission. Entre 1887 et 1905, seuls seize cas sont parvenus à la Cour Suprême et un seul s'est conclu par la condamnation d'une compagnie ferroviaire²¹⁴.

Il fallut attendre 1906 pour que la loi *Hepburn*²¹⁵ lui redonne les pouvoirs perdus en 1895, en lui octroyant la possibilité de réglementer les tarifs ferroviaires et en élargissant ses pouvoirs au domaine technique, au transport routier et fluvial. Enfin, ayant déjà des pouvoirs d'enquête et de contrôle, ses décisions furent dotées de la force exécutoire. « De pionnière délaissée, l'I.C.C. devenait le modèle de ce qu'il fallait faire »²¹⁶.

La *Federal Trade Commission* (F.T.C.) fut instituée le 16 mars 1915 à la suite du vote, en 1914, du *Federal Trade Act*²¹⁷, pour faciliter l'application des deux textes fédéraux essentiels en matière de lutte contre les monopoles : la célèbre loi antitrust *Sherman Act*²¹⁸, votée par le Congrès le 2 juillet 1890²¹⁹, complétée le 15 octobre 1914 par le *Clayton Act*²²⁰ sur le contrôle des fusions et des concentrations et fixant les principes de la lutte contre les abus de position dominante²²¹.

Pensée sur le modèle de l'I.C.C., cette commission à compétence transversale était investie du pouvoir de réprimer les pratiques commerciales déloyales et de lutter contre la publicité mensongère et les fraudes. Elle était chargée, plus particulièrement, de promouvoir, dans l'intérêt du public, la concurrence libre et non faussée dans le commerce interétatique, tout en prévenant les accords sur la fixation des prix, les boycotts de produits, les restrictions

²¹⁴ Toinet M.-F., Kempf H. et Lacorne D., *Le libéralisme à l'américaine*, Economica, Paris, 1989, p. 40.

²¹⁵ *Hepburn Act* du 29 juin 1906, 49 U.S.C. 1, 6, 11, 14-16a, 18, 20, 41.

²¹⁶ Weil F. : « De l'Etat minimal à l'Etat progressiste » in Toinet M. F. (dir.) : *l'Etat en Amérique*, Presses de la F.N.S.P., Paris, 1989, p. 79.

²¹⁷ 47 U.S.C. 307.

²¹⁸ 15 U.S.C. 1-7.

²¹⁹ Même si ces deux normes ne répondent pas aux mêmes objectifs, le *Sherman Act* a eu une influence sur dispositions relatives à la concurrence contenues dans le Traité de Rome et leur relation est évidente. En ce sens, Souty F. : *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Collection Clefs politique, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2003, p. 19.

²²⁰ 15 U.S.C. 12-27.

²²¹ Un Département du commerce comprenant un Bureau des corporations avait déjà été créé, en 1903, mais les responsabilités de l'administration étaient si complexes qu'il fut jugé utile, en même temps qu'était votée la loi de 1914, de créer une commission régulatrice indépendante de l'administration. Les pouvoirs de cette commission s'exerçaient conjointement avec ceux du ministre de la justice, lequel restait compétent pour l'application, sur un plan général, des lois antitrust de 1890 et 1914. Il était prévu que la F.T.C. fournissait au ministère de la justice les informations nécessaires pour qu'il puisse agir et qu'elle recommandait les textes législatifs destinés à répondre à des situations nouvelles. Sur les origines de la F.T.C., voir : « *The origins of F.T.C. : concentration, cooperation, control and competition* » *Antitrust Law Journal*, Vol 71, 2003, p. 1.

du commerce et toutes autres méthodes de concurrence déloyale²²². Enfin, la commission devait recueillir et fournir au Congrès, au Président et au public des données factuelles concernant les conditions économiques et commerciales des marchés, comme base devant servir à des mesures législatives de redressement nécessaires à la protection des consommateurs²²³.

2 Le développement des *Independent Regulatory Agencies* sectorielles

C'est surtout après la crise de 1929 que le *New Deal*, puissant mouvement politique de réformes initié par le Président Roosevelt, impliqua un développement massif des compétences fédérales de régulation. La « grande dépression », en provoquant la faillite et la disparition des entreprises marginales, engendra davantage la concentration industrielle. Le parti Démocrate, porté au pouvoir en 1932, renforça le contrôle de l'Etat fédéral sur les grandes entreprises.

- La *Federal Communications Commission*

La *Federal Communications Commission* (F.C.C.) a été créée dans cette optique par le *Communications Act* de 1934²²⁴. L'objectif était de regrouper un certain nombre de pouvoirs, confiés à diverses agences ou administrations plus ou moins spécialisées : la *Federal Radio*

²²² F.T.C. Act, section 5. Elle doit aussi protéger les consommateurs en prévenant toute dissémination de publicité mensongère dans le domaine alimentaire, pharmaceutique et cosmétique, F.T.C. Act, section 12 à 15. D'autres lois lui ont octroyé des compétences sur des domaines spécifiques : prévenir les prix inéquitables et toutes autres discriminations, accords et contrats d'approvisionnements exclusifs, acquisition de stocks de concurrents (*Clayton Act*, sections 2, 3, 7 et 8); protéger les producteurs, fabricants, distributeurs et consommateurs de la présence cachée de substituts et de mélanges dans les produits laineux manufacturés (*Wool Products Labeling Act*, 15 U.S.C. 68.); superviser l'inscription ainsi que les opérations d'association d'exportateurs américains engagés uniquement dans le commerce à l'export (*Export Trade Act*, 15 U.S.C. 61.). Elle doit aussi demander l'annulation de l'inscription de marques illégalement enregistrées ou qui ont été utilisées à des fins contraires au *Trade Mark Act* de 1946 (*Lanham Trade Mark Act*, 15 U.S.C. 1051-1072).

²²³ F.T.C. Act, section 6. Pour assurer des compétences si diversifiées, la F.T.C. dispose de deux procédures différentes. La première est la procédure contentieuse formelle, identique à celle suivie devant les tribunaux. La commission adresse une plainte à l'encontre de la personne ou de l'entreprise concernée pour méconnaissance d'une ou plusieurs des dispositions contenues dans les statuts de la commission. Si, après audition des parties, les charges sont déclarées fondées, un arrêté de cessation de la pratique illégale est adressé à l'entreprise. La seconde est fondée sur la coopération volontaire. Il s'agit d'un système de « co-régulation » dans lequel le secteur concerné, ainsi que la commission, coopèrent afin d'élaborer les règles de prévention des pratiques illégales ou de résoudre par un accord les contentieux en devenir (« *Annual report of the F.T.C. for the fiscal year ended june 30, 1950* ».). Si ces fonctions ressemblent plus à de simples pouvoirs d'investigation et non pas de réglementation, ils se sont avérés de plus en plus efficaces. Cela a valu à la commission d'être probablement, de toutes les agences régulatrices, celle qui a été soumise aux critiques les plus vives du milieu des affaires.

²²⁴ 47 U.S.C. 151 et s.

*Commission*²²⁵, le Département des Postes²²⁶, le Département d'Etat²²⁷ et même la très célèbre *NASA*²²⁸. La F.C.C. reprit aussi, en les élargissant, les attributions de l'I.C.C. sur les télécommunications (fixation du coût de certaines opérations télégraphiques).

Encore aujourd'hui, la F.C.C. a une compétence étendue sur plusieurs secteurs, (radio, télévision, téléphone, câble et satellites). Elle est qualifiée, en ce sens, d'autorité de régulation multisectorielle. Au regard de ses prérogatives élargies au secteur des télécommunications et à celui de l'audiovisuel, les partisans de cette situation affirment qu'elle permet de prendre plus efficacement les décisions²²⁹.

Le secteur des télécommunications, à l'époque de la création de la F.C.C. était un secteur hautement concentré. Les services de télécommunications étaient fournis par des entreprises privées monopolistes, parmi lesquelles A.T.T. (*American Telegraph and Telephone*). A ses origines, il était essentiellement question pour la F.C.C. de protéger le monopole d'A.T.T., en contrepartie du service universel. La doctrine du service universel²³⁰ a été développée, pour le téléphone, par Théodore Vail. Appelé à la direction d'A.T.T., pour résoudre les problèmes posés par la concurrence désordonnée, provoquée par la fin de l'exclusivité des brevets de Graham Bell en 1893, il développa cette doctrine afin d'obtenir une protection légale et de rationaliser le secteur des télécommunications²³¹ à travers l'acquisition de firmes concurrentes, sous le contrôle d'une autorité de régulation²³². Il est donc possible d'observer que la régulation exercée par des autorités administratives indépendantes a été encouragée par le milieu industriel et ne s'est pas développée contre lui.

²²⁵ La *Federal Radio Commission* était compétente pour l'allocation de licences aux compagnies de radio et de télévision, et fixait des fréquences et longueurs d'ondes.

²²⁶ Le Département des Postes fixait les tarifs télégraphiques.

²²⁷ Le Département d'Etat était compétent pour fixer les tarifs des câbles internationaux.

²²⁸ La *NASA* fixait les tarifs des télécommunications par satellite.

²²⁹ En ce sens, voir : Sugrue T., « La régulation et la réglementation des télécommunications aux USA » in « La régulation, monisme ou pluralisme ? », colloque du 25 mars 1998, *L.P.A.*, n°82, du 10 juillet 1998.

²³⁰ Service universel : « La notion de service universel appliquée à un réseau de service public est d'origine américaine « *universal service* » (...) La Commission européenne s'est inspirée de ce concept et l'applique aujourd'hui aux secteurs des télécommunications et de la Poste. (...) Le service universel correspond au service de base offert à tous, dans l'ensemble de la Communauté, à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard », in Nicolas M., Rodrigues S., (dir.) : *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, précité.

²³¹ La doctrine du service universel retrouve ses caractéristiques générales dans la Section 1 du *Communications Act* de 1934 (47 U.S.C. 151), qui donne compétence générale à la F.T.C. pour réguler le commerce interétatique et extérieur sur les communications filaires et radio. Son objectif est de rendre disponible, aussi loin que possible, et à tous les citoyens des Etats-Unis, un service de communications radio et filaires avec des installations adéquates et à un prix raisonnable.

²³² Le centre de recherche d'A.T.T., les fameux *Bell Labs*, se sont attachés à construire une doctrine économique cohérente de la régulation : le *Bell Journal of Economics*, qui demeure d'ailleurs aujourd'hui la revue de référence des économistes de la régulation aux Etats-Unis. En ce sens : Stoffaës C. « La régulation des réseaux aux Etats-Unis, enseignements pour l'Europe », précité, p. 130.

Si, comme il a été souligné, c'est d'abord pour protéger le monopole d'A.T.T. que s'est développée la régulation dans le domaine des télécommunications, celle-ci a changé d'objectif à partir des années soixante. En effet, une ouverture du secteur à la concurrence a été amorcée sous l'influence des plaintes déposées soit devant la F.C.C., qui a de 1956 à 1982 progressivement réduit le champ du monopole, soit devant les juridictions ordinaires chargées du contentieux de la concurrence²³³. La F.C.C. a commencé par autoriser à des entreprises de concurrencer A.T.T. sur le terrain des communications longue distance à la fin des années cinquante²³⁴. Dès le milieu des années 70, A.T.T. a dû permettre à ses clients de posséder leurs propres appareils téléphoniques, de constituer leurs propres réseaux privés et d'acheter des liaisons d'un point à un autre à des transmetteurs concurrents. Cependant, ces libéralisations n'ont pas réellement mis en péril la structure d'A.T.T.

Le changement décisif a eu lieu en 1974. Sans entrer dans l'historique, si souvent relaté, de l'épisode A.T.T.²³⁵, il faut rappeler que le département américain de la justice estimait qu'A.T.T. utilisait son pouvoir de marché pour y limiter la concurrence dans la téléphonie longue distance et les équipements terminaux. Ce département considérait aussi que la F.C.C. n'avait pas les moyens d'éliminer de tels abus. Il décida de poursuivre A.T.T. pour abus de position dominante sur le fondement des dispositions du droit *antitrust*. Ceci aboutit en 1982 à la célèbre décision du Juge Green obligeant A.T.T. à se scinder en huit sociétés, tout en interdisant à celles-ci de s'intéresser à la fabrication de terminaux²³⁶. Ce mouvement de libéralisation des télécommunications reposait sur le principe, qui avait antérieurement été adopté par la F.C.C., de la séparation des acteurs sur les différents marchés.

Comme le souligne le Professeur Frédéric Jenny²³⁷, l'introduction d'une procédure judiciaire contre A.T.T. en 1982 reflétait le sentiment que l'action de la F.C.C. pour promouvoir la concurrence avait été insuffisante. En revanche, quatorze ans plus tard, le vote

²³³ Jenny F. : « Les exemples étrangers, quelles leçons ? », in « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation », *A.J.D.A.*, 20 mars 1997, p. 218.

²³⁴ Majone G., *La Communauté européenne : un Etat régulateur*, Coll. Clefs politique, Montchrestien, 1996, p. 26.

²³⁵ Voir par exemple : Rapport de la Commission présidée par Christian Stoffaës, *Services publics, question d'avenir*, Odile Jacob, La Documentation française, 1995, p. 151 et s.

²³⁶ Nombreux sont les observateurs qui insistent sur le rôle fondamental du juge qui s'est révélé, au moyen des lois antitrust, être un acteur décisionnel de premier ordre pour l'avenir du secteur des télécommunications aux Etats-Unis. L'action du Juge Green constitue un bon exemple de la qualité de régulateur du Juge, même s'il ne s'agissait que d'une substitution momentanée du juge à la F.C.C.

²³⁷ Jenny F. : « Les exemples étrangers, quelles leçons ? » in « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation », précité, p. 218.

du *Telecommunications Act* du 8 février 1996²³⁸ trouve son origine dans l'idée que le droit de la concurrence ne s'était pas non plus révélé être un instrument adéquat pour promouvoir l'efficacité économique. La F.C.C. a bénéficié de cette conclusion en obtenant un pouvoir de sanction sur les opérateurs qui ne se conforment pas à sa régulation, ainsi que l'opportunité d'édicter des actes réglementaires²³⁹.

- *La Federal Power Commission*

Si l'administration de Franklin D. Roosevelt était d'abord assez peu favorable aux commissions indépendantes, jugées conservatrices et trop liées aux intérêts industriels, elle se persuada peu à peu de faire de celles-ci un instrument discret et efficace de sa politique économique interventionniste. L'administration en question participa ainsi au développement de la *Federal Power Commission* (F.P.C.).

La F.P.C. fut créée par le *Federal Water Power Act* de 1920²⁴⁰. A l'origine, elle pouvait uniquement réglementer l'activité des entreprises de production, de transport et de vente qui s'étendaient au-delà des frontières d'un Etat. A l'intérieur de chaque Etat, les autorités locales étaient seules compétentes. En 1920, il s'agissait seulement de mettre fin à l'utilisation incontrôlée des sites, des voies et des chutes d'eau. Son organisation n'était pas celle d'une agence indépendante. Elle était composée du Secrétaire d'Etat à la guerre, du Secrétaire d'Etat en charge de l'agriculture et celui de l'intérieur. Ce n'est qu'en 1935 que l'administration Roosevelt fit voter par le Congrès deux textes essentiels pour la régulation des réseaux électriques.

Tout d'abord, le *Public Utility Holding Company Act*²⁴¹ a eu comme effet de démanteler les grands trusts de l'électricité, en limitant leur emprise géographique à un seul Etat, et en soumettant les fusions de compagnies concessionnaires au contrôle préalable de la *Securities and Exchange Commission*²⁴². De 1935 à 1950, sept cent cinquante-neuf compagnies d'électricité ont été ainsi séparées du système des holdings financiers qui les

²³⁸ 47 U.S.C. 609 et s.

²³⁹ ENA, *Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne*, Tome II, La documentation Française, p. 503.

²⁴⁰ Voté par le Congrès le 10 juin 1920 et introduit en 1935 dans la Partie I du *Federal Power Act*, 16 U.S.C. 791-828.

²⁴¹ 15 U.S.C. 79 et s. Ce texte exigeait que chaque compagnie holding confine ses opérations à un système interconnecté et intégré à caractère seulement régional.

²⁴² Commission pour les valeurs mobilières, instituée en 1933 par le *Securities Act* (15 U.S.C. 77), autre *IRA* créée sous l'influence politique du Président Roosevelt.

contrôlaient. L'ancien *Federal Water Power Act* a été introduit dans un nouveau texte : le *Federal Power Act*²⁴³. La F.P.C. a ainsi obtenu la forme institutionnelle d'une IRA. Elle était désormais seule habilitée à donner l'autorisation de construire et d'exploiter des usines de production hydro-électrique. Elle approuvait également les tarifs des usines qui étaient sous le contrôle fédéral, telle la *Tennessee Valley Authority*, cas rare de nationalisation d'entreprise aux Etats-Unis, ainsi que les tarifs de cession d'énergie électrique d'un Etat à l'autre. Il fallut attendre 1938 et le *Natural Gas Act*²⁴⁴ pour que la F.P.C. obtienne compétence pour réguler le domaine du gaz naturel. Quant au domaine du pétrole, il est resté de la compétence de l'I.C.C.

C'est l'administration démocrate Carter, dans le cadre d'un mouvement de dérégulation²⁴⁵, qui prit les mesures les plus marquantes dans les années soixante-dix. Les prix du gaz ont tout d'abord été libérés. La F.P.C. a été transformée en 1977 en *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), elle a imposé aux gazoducs le transport pour le compte de tiers, permettant ainsi au marché spot du gaz de se développer. La production indépendante d'électricité a été libéralisée et encouragée par la Loi PURPA (*Public Utility Regulatory Policy Act*²⁴⁶) de 1978, destinée à favoriser le développement des énergies nouvelles ainsi que l'utilisation du gaz dans les centrales thermiques. Cette loi a aussi obligé les compagnies d'électricité concessionnaires à racheter à prix « honnête » l'électricité des producteurs indépendants²⁴⁷.

Il est donc d'ores et déjà possible d'observer, après avoir énoncé les principales²⁴⁸ agences indépendantes de régulation aux Etats-Unis, que celles-ci n'ont pas été instituées en suivant un plan d'ensemble, mais plutôt pour répondre à une demande contingente, dans la

²⁴³ 16 U.S.C. 791-828.

²⁴⁴ 15 U.S.C. 717-719.

²⁴⁵ Rouban L. : « Evaluation des politiques publiques et mouvement de dérégulation aux Etats-Unis », *R.F.A.P.*, 1984, n°29, p. 85. Selon Christian Stoffaës, la dérégulation ne s'assimile en rien à une déréglementation. « Il s'agit, d'une part, de substituer un régime de libertés économiques à un régime d'exclusivité, de tutelle et de contraintes (...) afin de susciter la concurrence dans un secteur antérieurement monopolisé (...). Dans certains cas, le législateur va plus loin et peut imposer la fragmentation du secteur, à la fois verticale et horizontale, en entités indépendantes de façon à susciter une pluralité d'acteurs économiques pour constituer un véritable marché concurrentiel », in rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, Coll. ISUPE, novembre 2003, p. 24.

²⁴⁶ 116 U.S.C. 2601 et s.

²⁴⁷ Actuellement, le secteur de l'électricité est caractérisé par l'atomicité forte de ses producteurs (276 compagnies) dont la régulation incombe pour un cinquième seulement à la FERC. Celle du gaz lui revient par contre pour plus des quatre cinquièmes (Fort de 3000 entités de statuts et de taille divers, le secteur électrique américain s'organise autour des monopoles locaux. Ces monopoles ont en revanche été affaiblis dans le secteur gazier par les décrets FERC 436 et 500 de 1985 donnant aux distributeurs l'accès au réseau des gazoducs entre états. ENA, *Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne*, Tome II, précité, p. 503.

²⁴⁸ Le gouvernement des Etats-Unis recense soixante-deux agences dites indépendantes, dont on citera la SEC (*Securities Exchange Commission*) et la désormais supprimée CAB (*Civil Aeronautics Board*) qui peuvent aussi être qualifiées d'agences indépendantes de régulation.

lignée comportementale pragmatique de développement du droit américain. Néanmoins, il convient de rapprocher quelques traits généraux concernant leur composition, leurs pouvoirs, le critère de l'indépendance ainsi que leur origine légale.

§2 Les caractéristiques de l'externalisation des fonctions dans les *Independent Regulatory Agencies*

Le motif essentiel qui a poussé le Congrès américain à opter pour une institution externalisée en charge de la régulation des *public utilities* est la défiance vis-à-vis du Président²⁴⁹ et du pouvoir exécutif en général. En effet, toute augmentation de son pouvoir diminuait corrélativement ceux du Congrès. Les interventions du gouvernement fédéral étaient considérées à l'époque comme la plus réelle menace contre les libertés du citoyen. Le Congrès voyait donc dans les agences le moyen de réduire les pouvoirs de la Présidence ou l'influence des services intégrés de l'administration.

Il existe aussi une explication convaincante mais subsidiaire dans le souci, de la part du Congrès, de rationaliser l'action de l'administration. C'est pour cette même raison que le Congrès n'a pas intégré ces compétences dans ses propres services. Lucide quant à son incapacité à régler lui-même ce type de problèmes, il a préféré les déléguer, en appréciant très justement la technicité des dossiers à traiter ainsi que le suivi journalier indispensable à ces matières.

Si l'autorité est externalisée face au pouvoir exécutif, comment garantir que la fonction menée à bien, qui reste une fonction d'administration dans un Etat où le Président en est le chef, ne soit pas récupérée par celui-ci ? La réponse à cette question ne peut aller que dans le sens de l'instauration d'une institution indépendante. Ce dernier caractère est le moyen de garantir que la fonction est bien externalisée et n'est pas « récupérée » voire « capturée » par le titulaire traditionnel du pouvoir exécutif. L'I.C.C. d'abord, puis les IRA qui la prendront comme modèle, se situent donc en dehors de la hiérarchie présidentielle. Elles résultent de ce que certains qualifient de « décentralisation externe ou horizontale »²⁵⁰.

²⁴⁹ A l'époque de la création de l'I.C.C., le Congrès se méfiait du Président Harrison. Pour les agences créées pendant la période du *New Deal*, elles furent le prix que le Président Roosevelt dut payer pour mener à bien sa politique d'interventionnisme économique.

²⁵⁰ Yataganas X.-A. : « *Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independent agencies* » Jean Monnet Working Paper, 03/01. Il est possible de dire que les IRA sont l'objet d'un phénomène de décentralisation horizontale en considérant la définition suivante de la décentralisation: « le fait de conférer à une entité la personnalité morale, en rompant le lien hiérarchique entre elle et l'Etat central au profit d'un simple contrôle, d'une simple surveillance » (in Frier P.-L., Petit J. : *Précis de*

Une institution indépendante, oui, mais quelles doivent être les autres caractères de cette institution ? La définition de la régulation du Professeur Philip Selznick est éclairante sur ce point. Selon lui, la régulation consiste en un contrôle permanent et concentré, exercé par une autorité publique sur des activités dotées d'une certaine valeur sociale. Ceci suggère que la régulation n'est pas obtenue simplement par le vote d'une loi mais qu'elle requiert une connaissance précise de l'activité régulée, ainsi qu'une implication profonde dans cette activité²⁵¹. Cette exigence nécessite inévitablement la création d'autorités spécialisées chargées de rassembler les données, de fixer les réglementations et de les faire respecter²⁵².

Les caractères des IRA se détachent : la compétence professionnelle ainsi que la rapidité et l'efficacité dans leurs décisions, la nécessité de protéger des intérêts collectifs, une certaine capacité juridique d'action mélangeant à la fois des pouvoirs que l'on reconnaît traditionnellement aux organes exécutifs, législatifs et judiciaires. L'indépendance est, quant à elle, l'ingrédient nécessaire mais pas toujours indispensable à tout type de régulation. Cette caractéristique permet de garantir que la compétence professionnelle ne soit pas mise au service d'un intérêt particulier. Elle permet aussi de protéger plus sereinement des intérêts collectifs, sans éveiller de soupçons. Elle est le compromis le plus acceptable d'une institution détenant des pouvoirs traditionnellement dévolus aux autres organes. Il aurait été difficilement acceptable de conférer un pouvoir législatif à l'organe exécutif²⁵³, et techniquement irréalisable de demander au pouvoir législatif d'exercer des compétences pour partie exécutives. L'indépendance s'avère enfin être indispensable lorsqu'il s'agit de garantir l'externalité de l'organe en charge de la régulation, par rapport au pouvoir exécutif. En effet, dans un Etat où la Constitution prévoit que le pouvoir exécutif émane exclusivement du Président²⁵⁴, l'organisation de l'indépendance est nécessaire pour que la pratique institutionnelle n'entraîne pas une récupération de la fonction de régulation dans le giron de

droit administratif, Montchrestien, 4^{ème} édition, 2006, p. 103.). En effet, les IRA disposent de la personnalité juridique.

²⁵¹ Selznick P. : « *Focusing Organizational Research on Regulation* » in R.G. Noll (ed.) *Regulatory Policy and the Social Sciences, Berkeley and Los Angeles: University of California Press*, 1985, p. 363.

²⁵² L'indépendance qui est un problème à part entière, dont les motifs varient, n'est pas évoquée ici. Celle-ci a été choisie aux Etats-Unis par défiance vis-à-vis du pouvoir exécutif, et en France pour éviter les conflits d'intérêts entre l'Etat actionnaire des entreprises publiques sur le marché et l'Etat régulateur de ces mêmes marchés.

²⁵³ Sur l'encadrement de la technique de la délégation législative par la Cour Suprême, voir *infra*, p. 62 et s.

²⁵⁴ Constitution du 17 septembre 1787, article II, section III : « Obligations et pouvoirs du Président : (...) il veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées, et commissionnera tous les agents des Etats-Unis ». « On observera d'abord que le Président assume à la fois le rôle de chef de l'Etat et les pouvoirs de chef de gouvernement ainsi, à vrai dire, que ceux du gouvernement tout entier », voir Pactet P., Mélin-Soucramanien F. *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, Armand Collin, 26^{ème} édition, 2007, p. 217.

compétences du Président. La figure juridique de l'agence, aux Etats-Unis, réunit ces éléments.

Comme le souligne Xénophon Yataganas²⁵⁵, le terme « agence », aux Etats-Unis, peut couvrir une grande variété d'organisations ayant des noms différents (par exemple : *Administrations, Boards, Commissions...*), mais partageant toutes certaines caractéristiques. Ce sont des entités administratives indépendantes (indépendance non absolue mais effective), incorporées dans l'ordre juridique par une norme législative, avec une personnalité juridique séparée²⁵⁶. Elles peuvent édicter des actes réglementaires (*Rule-making*) ou individuels (*adjudication*) dans leur domaine d'activité. Elles disposent d'une capacité d'arbitrage des conflits comme d'un pouvoir de sanction pour faire respecter l'ensemble de leurs décisions. Le mélange des pouvoirs est donc de mise.

L'institution, en droit américain n'a jamais connu de définition positive. Au mieux peut-on trouver une définition négative dans la Section 551 du Titre 5 de l'*United States Code*²⁵⁷ disposant que les autorités indépendantes sont celles qui se placent en dehors des quinze ministères (*executive departments*) constituant le cabinet. A l'origine, était considérée comme indépendante toute autorité non exécutive. Mais cette définition n'était pas satisfaisante dans la mesure où elle qualifiait d'indépendants beaucoup d'organismes qui n'en avaient pas les caractéristiques.

Cette définition négative permet seulement d'avoir une vue générale des IRA dans l'architecture institutionnelle administrative américaine. L'administration américaine comporte des structures hiérarchiques classiques avec au sommet le Président et son état-major personnel l'« *Executive Office* », puis des ministères appelés « *Departments* ». Des subdivisions spécialisées aux dénominations diverses telles que les « *Bureau* », « *Agency* » ou « *Service* » se trouvent au bas de l'échelle Cet ensemble constitue ce qui est parfois qualifié

²⁵⁵ Traduction libre de : « *The term « agency » can cover a variety of types of organisations going by different names (administrations, boards, commissions...), but all sharing the following characteristics: they are independent administrative entities, incorporated by law, with a separate legal personality and endowed with decision making power of a regulatory (rule making) or individual (adjudication) nature in a specific area of activities* ». in Yataganas X. A.: « *Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independent agencies* », précité.

²⁵⁶ Sur ce point en Europe, voir *infra* p. 338 et s.

²⁵⁷ *U.S. Code*, Titre V, section 551 : « (1) Le terme « agence » s'entend de toute autorité du gouvernement des Etats-Unis, qu'elle soit ou non soumise au contrôle d'une autre autorité à l'exclusion : (A) du Congrès ; (B) des cours des Etats-Unis ; (C) des gouvernements des territoires ou possessions des Etats-Unis ; (D) du gouvernement du District de Columbia (...). » Traduction libre de : « (1) "agency" means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include: (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia (...). ».

de « services intégrés ». Les IRA doivent, en principe, en être séparées. Elles sont comme des électrons libres, situées au même niveau que les subdivisions spécialisées, mais n'en font pas partie. L'externalisation est bien caractérisée. L'apparition d'un organe hors hiérarchie administrative traditionnelle a bénéficié d'incertitudes constitutionnelles (A) mais son maintien est garanti par une certaine indépendance (B).

A L'organisation de l'externalisation

Les caractéristiques suivantes vont déterminer si certains organismes sont des IRA ou sont simplement intégrés dans la hiérarchie administrative traditionnelle. En effet, les IRA sont le fruit d'une délégation de compétences législatives opérée par la loi, à un organe n'appartenant pas à la hiérarchie administrative traditionnelle et détenant des pouvoirs quasi-législatifs, quasi-exécutifs et quasi-judiciaires. Ces caractéristiques, en opposition apparente avec la séparation tripartite des pouvoirs, expliquent l'absence de fondement constitutionnel des IRA.

1 Délégation législative de compétences à un organe externalisé

Le Congrès des Etats-Unis, ne souhaitait pas étendre davantage les compétences de l'exécutif et encore moins nationaliser des entreprises privées. Il a opté pour une externalisation, en d'autres mains que celles de l'exécutif, du soin de régler ces situations complexes, sans aller trop loin dans le champ de la délégation et en ménageant les contre-pouvoirs, les « *checks and balances* », selon la méthode de la « *common law* »²⁵⁸.

Il n'existe pas aux Etats-Unis un « domaine de la loi » bien délimité. Néanmoins, selon une interprétation historique de la Constitution du 17 septembre 1787, en particulier son article 1 Section 8 paragraphe 18²⁵⁹, il appartient au Congrès d'organiser par la voie législative les services de l'administration. Une loi sera donc toujours à l'origine de la création des IRA.

²⁵⁸ Stoffaës C., *La régulation des réseaux aux Etats-Unis, enseignements pour l'Europe*, précité, p. 126.

²⁵⁹ Article 1, section 8, paragraphe 18 : « Pouvoirs du Congrès. Le Congrès aura le pouvoir (...) de faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus énumérés et tous autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des Etats-Unis ou à l'un quelconque de ses départements ou agents ».

Les IRA détiennent un pouvoir de régulation. La question s'est posée de savoir dans quelle mesure le Congrès était habilité à leur déléguer une certaine partie de ses compétences²⁶⁰. La pratique jurisprudentielle américaine révèle les limites de la délégation législative et l'encadrement des IRA par leurs statuts. Elle enseigne aussi une certaine liberté d'interprétation dans les statuts, ce qui peut être interprété comme une manifestation de indépendance fonctionnelle des IRA.

En théorie, la Constitution américaine, établissant une séparation claire des pouvoirs, n'autorise pas la délégation d'une partie des pouvoirs législatifs à l'exécutif. Ceci résulte de la combinaison des articles 1 section 1²⁶¹, 1 section 8²⁶² et 2 section 3²⁶³. Cette affirmation, reprise par la dénommée « doctrine de la non-délégation », n'a pas eu d'effets démesurés. La Cour Suprême, en deux siècles de jurisprudence, ne l'a appliquée que quelques fois et de manière très souple. Il en résulte un encadrement de la délégation législative par des conditions d'interprétations variables.

Même si le cas ne concerne pas une délégation législative faite à une agence indépendante, l'affaire *Panama Refining Co*²⁶⁴, de 1935, apporte quelques enseignements sur ses limites. Jusqu'alors la Cour Suprême avait admis le principe de la délégation de pouvoirs législatifs à la branche exécutive. La création des premières agences administratives à la fin du XIXème siècle, comme l'I.C.C., à laquelle la Cour n'avait pas trouvé à redire, le prouve assez bien²⁶⁵. La Cour estima dans cette affaire qu'il y a des limites à la délégation législative et qu'en l'espèce, faute de « standards précis » de nature à guider le Président, ces limites avaient été méconnues. En effet, « le Congrès n'a fixé aucune politique, ni établi aucun standard et n'a imposé aucune règle ».²⁶⁶

Il s'agissait d'une loi faisant partie du programme de redressement économique du Président Roosevelt. Cette loi (*National Industrial Recovery Act*) de 1933 autorisait le

²⁶⁰ Pour une étude approfondie de la question : H. Tribe Laurence, *American Constitutional Law*, Vol. 1, troisième édition, Foundation Press, p. 997 et s.

²⁶¹ Article 1, section 1 : « Tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente Constitution seront attribués à un Congrès des Etats-Unis, qui se composera d'un Sénat et d'une Chambre des représentants ».

²⁶² Précité, voir *supra* note n° 207.

²⁶³ Article 2, section 3 : « Obligations et pouvoirs du Président : (...) il veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées ».

²⁶⁴ *Panama Refining Co and al. v. Ryan and al.*, 293 U.S. 388 (1935). Dans le même sens : *A.L.A. Schelker Poultry Corp v U.S.*, 295 U.S. 495 (1935).

²⁶⁵ Zoller E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Coll. Droit Fondamental, Droit politique et théorique, 2000, p. 409.

²⁶⁶ Pour une comparaison entre cette jurisprudence et la jurisprudence de la C.J.C.E. : *Meroni e Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority*, 1958 aff. 9-56, Rec. 1958 p. 11. Voir *infra* p. 748 et s. et 800 et s.

Président à prendre les mesures nécessaires pour faire respecter les conditions d'une concurrence juste et équitable. Elle l'habilitait à interdire la circulation dans le commerce inter-étatique du pétrole brûlant. La *Panama Refining Co.* contesta sa constitutionnalité²⁶⁷.

Dans l'opinion de la Cour Suprême lue par son président Hugues, la considération suivante est d'une importance capitale pour justifier la délégation législative à des autorités administratives indépendantes. La Cour déclara : « il n'a jamais été considéré que la Constitution refusait au Congrès les réserves de flexibilité nécessaires et les moyens pratiques lui permettant de s'acquitter de ses fonctions en déterminant les politiques et en établissant les standards, tout en abandonnant à des organes choisis à cette fin l'édiction de règles d'importance secondaire dans des limites définies, et la détermination des faits auxquels les politiques adoptées par la législature doivent s'appliquer »²⁶⁸. Pour que la délégation législative à des autorités indépendantes de régulation soit constitutionnelle, il est donc nécessaire que celle-ci soit encadrée par des standards et une politique générale. De même, les pouvoirs délégués ne peuvent être que d'importance secondaire et dans des limites définies²⁶⁹. Ces pouvoirs peuvent s'appliquer, non dans la stricte exécution de la loi, mais dans la détermination des faits auxquels doivent s'appliquer les politiques. Cette charge que le Congrès ne peut exercer lui-même de par sa technicité est donc bien encadrée et ne constitue pas un blanc-seing à l'autorité déléguée²⁷⁰.

La Cour Suprême continua en argumentant grâce à des exemples tirés de cas concernant des agences indépendantes de régulation : « c'est sur le même principe que repose le pouvoir de l'I.C.C., en application de la politique énoncée par le Congrès tendant à imposer des tarifs (ferroviaires) raisonnables, de prévenir les préférences indues et les discriminations injustes (...) et d'exercer d'autres pouvoirs considérés comme ayant été dévolus de manière constitutionnelle »²⁷¹.

²⁶⁷ Il fut décidé que le Congrès pouvait déléguer l'autorité législative comme il le faisait dans la loi en question, et que la Cour ne trouvait rien dans la Constitution qui l'empêchait de choisir le Président comme délégataire. Néanmoins, elle observa qu'il n'était pas permis au Congrès de renoncer aux fonctions législatives essentielles.

²⁶⁸ Zoller E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, précité, p. 412.

²⁶⁹ La Cour précisera aussi que ces règles, même contraignantes, ne sont valides qu'en tant que règles inférieures et lorsqu'il est certain qu'elles restent dans le cadre de la politique que le législateur a défini de manière suffisante.

²⁷⁰ Il résulte de la jurisprudence postérieure, que c'est le Congrès, et non l'agence, qui doit décider des politiques de régulation (*FDA v Brown & Williamson Tobacco Corp. et Alii.*, 529 U.S. 120 (2000) ; *Withman v American Trucking Associations, Inc. et Alii.*, 531 U.S. 457 (2001)). On voit ici, de manière assez nette, la frontière entre le domaine de la politique et celui du droit. La politique est décidée par le Congrès, représentants du peuple, et le droit appliqué par l'agence, légitimée car encadrée par des procédures strictes.

²⁷¹ La Cour fait référence aux jurisprudences suivantes : *St Louis, I.M. & S. Ry. Co. v Taylor*, 210 U.S. 281, 287 ; *Intermountain Rate Cases*, 234 U.S. 476, 486 ; *Avent v U.S.*, 266 U.S. 127, 130 ; *N.Y. Central Securities Corp. v U.S.*, 287 U.S. 12, 24, 25.

La Cour Suprême a plusieurs fois autorisé la délégation de pouvoirs législatifs sous certaines conditions. Dans une affaire plus récente²⁷², elle a considéré que la doctrine de la non-délégation « n'empêche pas le Congrès de demander assistance, dans certaines limites aux autres pouvoirs. Ainsi le Congrès ne viole pas la Constitution (...) en laissant un certain degré de discrétion aux acteurs de l'exécutif ou du législatif. Aussi loin que le Congrès détermine par un acte législatif un principe intelligible auquel la personne ou le corps autorisé à agir est tenu de se conformer, cet acte n'est pas une délégation de pouvoir législatif interdite »²⁷³. Ce considérant conforte, en vertu de la règle du « *precedent* », la doctrine du « principe intelligible »²⁷⁴, condition *sine qua none* de la délégation législative constitutionnelle.

La délégation législative, ainsi encadrée par le « principe intelligible », n'en laisse pas moins une certaine marge de manoeuvre aux IRA pour interpréter leurs statuts constitutifs. Cette marge de flexibilité issue d'une interprétation téléologique des textes résulte de la jurisprudence de la Cour Suprême dans l'affaire *Chevron*²⁷⁵.

L'agence pour la protection de l'environnement, *Environmental Protection Agency*, E.P.A.)²⁷⁶ avait réglementé en interprétant une disposition du *Clean Air Act* de 1977 en faveur des entrepreneurs. La Cour Suprême devait déterminer si la réponse qu'apportait l'agence à la question, que n'avait pas précisément abordée le Congrès, se fondait sur une interprétation admissible de la loi. La Cour valida l'interprétation de l'E.P.A., ce qui démontre l'acceptation d'une certaine souplesse dans l'interprétation des statuts constitutifs²⁷⁷.

²⁷² *Touby v U.S.*, 500 U.S. 160 (1991).

²⁷³ Traduction libre de : « *does not prevent Congress from seeking assistance, with proper limits from the coordinate branches. Thus Congress does not violate the Constitution (...) leaving a certain degree of discretion to executive or judicial actors. So long as Congress lays down by legislative act an intelligible principle to which the person or the body authorised to act is directed to conform, such legislative action is not a forbidden delegation of legislative power* ». *Touby v U.S.*, 500 U.S. 160 (1991).

²⁷⁴ Doctrine précédemment dégagée dans l'arrêt de la Cour Suprême : *J.W. Hampton, Jr. & Co. v U.S.*, 276, U.S. 394, 409 (1928).

²⁷⁵ *Chevron U.S.A. Inc. v National Resources Defense Council Inc.* 467 U.S. 837 (1984). Zoller E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Coll. Droit Fondamental, Droit politique et théorique, 2000, p. 1019.

²⁷⁶ *Environmental Protection Agency*, E.P.A. : agence administrative non indépendante mais qui suit, pour ce qui concerne cette affaire, le même régime juridique que les IRA.

²⁷⁷ L'opinion de la Cour, lue par le juge Stevens se fondait classiquement sur une conception pragmatique du droit. Citant le précédent de l'affaire *Morton* (*Morton v Ruiz*, 415 U.S. 199, 231 (1974)), la Cour énonçait que « la compétence d'une agence administrative à l'effet de mettre en oeuvre un programme conçu par le Congrès implique nécessairement la formulation d'une politique et l'élaboration de règles destinées à combler les vides laissés, implicitement ou explicitement, par le Congrès ». Cette même affaire pose aussi le problème de l'étendue du contrôle des tribunaux sur les actes des IRA. Voir *infra* p. 85 et s.

En effet, elle observa dans l'affaire *Chevron* que l'agence avait toujours interprété la loi avec souplesse, non pas dans un vide textuel laissé stérile, mais dans un contexte de mise en oeuvre de décision politique dans un domaine technique et complexe. Elle alla même plus loin en affirmant que le changement d'interprétation d'une même source textuelle par l'agence témoignait du fait que la loi n'était pas gravée dans le marbre, que la définition interprétée était souple et que le Congrès ne s'était jamais opposé à une lecture souple de la loi²⁷⁸. Comme le souligne Aurore Laget-Annamayer, une commission indépendante ne doit appliquer aucune politique, si ce n'est celle du droit²⁷⁹. Néanmoins, la Cour Suprême, dans l'affaire *Chevron*, laissa une marge de manoeuvre assez importante aux autorités administratives. Si l'on applique ce *precedent* au cas des IRA, une interprétation téléologique de leurs statuts leur donne une certaine souplesse tant dans la détermination du champ de leurs propres compétences que de l'orientation de leur régulation.

La création et l'encadrement des IRA relève donc de la loi aux Etats-Unis. La délégation de pouvoirs ne peut se faire qu'en respectant un principe intelligible, c'est-à-dire un encadrement par des standards et une politique générale. Ces standards, selon la volonté du Congrès, peuvent être interprétés par les agences dans la limite de leur compétence déléguée. Comme l'a souligné la Cour Suprême à l'occasion de l'affaire *Hampton*²⁸⁰, à la question de savoir jusqu'où va le pouvoir de régulation des agences, la réponse est : « jusqu'aux limites auxquelles le Congrès a voulu le porter, ni plus loin, ni moins loin »²⁸¹.

La doctrine de la délégation autorisée mais encadrée par l'« *intelligible principle* », développée aux Etats-Unis au moment de la multiplication des agences, a finalement permis de concilier le principe fondamental de séparation des pouvoirs avec celui de l'octroi aux agences de pouvoirs étendus²⁸². Leurs pouvoirs relativement encadrés, les statuts constitutifs des IRA vont aussi déterminer leur composition, au sein de laquelle règne le principe du bipartisme.

²⁷⁸ Elle conclut en affirmant que : « une agence à laquelle le Congrès a délégué des responsabilités en matière d'élaboration des politiques publiques peut, dans les limites de sa délégation, légitimement s'inspirer, dans ses décisions, des conceptions que se fait l'administration au pouvoir de ce qu'est une sage politique. Si les agences ne sont pas directement responsables devant le peuple, le chef de l'exécutif lui l'est. ». Cette dernière affirmation ne peut, en théorie, pas s'appliquer au cas des agences administratives indépendantes puisque leur indépendance leur empêche de s'inspirer des conceptions de l'administration au pouvoir. Le lien unissant le Président à l'agence est rompu, se posera, alors, le problème de légitimité démocratique de l'agence.

²⁷⁹ Laget-Annamayer A., *La régulation des services publics en réseaux*, thèse, Bruylant, 2002, 546 pages.

²⁸⁰ *J.W. Hampton, Jr. & Co. v U.S.*, 276, U.S. 394, 409 (1928).

²⁸¹ Cette affirmation très critiquée a été relativisée par la suite avec l'affaire *Panama Refining Co. & al. v Ryan & a.*, 293 U.S. 388 (1935).

²⁸² Braconnier S. : « La régulation des services publics », *R.F.D.A.*, 17 (1) janvier-février 2001, p. 54.

2 Un organe collégial et biparti

Les agences indépendantes de régulation américaines ont en commun certaines caractéristiques organisationnelles destinées à protéger leur autonomie en matière de décisions. Il s'agira d'institutions où règnera le principe de la collégialité ainsi que celui du bipartisme.

Les IRA sont généralement composées de cinq à sept membres. L'I.C.C. comporte cinq membres²⁸³ tout comme la F.T.C.²⁸⁴, la F.C.C.²⁸⁵ et la F.P.C.²⁸⁶, qui est devenue par la suite la FERC. Cette collégialité permet de diluer la responsabilité ainsi que la prise de décision au sein des agences.

Les membres des IRA sont toujours nommés par le Président. Cette nomination se fait avec l'avis et le consentement du Sénat. Le Président désigne aussi celui ou celle qui occupera la place de « *Chairman* », qui est à la fois président et directeur exécutif de la Commission. Ils sont nommés pour cinq, six ou sept ans avec un système de roulement permettant un renouvellement périodique des commissaires. Les statuts constitutifs prévoient aussi un système de rémunération indexé sur le statut général des officiers de l'exécutif, une exigence d'incompatibilités, des remplacements en cas de vacances qui sont des gages d'indépendance.

La disposition la plus intéressante dans le système de nomination des Commissaires est celle relative au bipartisme. Si le système des nominations par roulement permet de ne pas avoir une agence composée uniquement de sympathisants du Président, cette règle ne fonctionnerait plus dans le cas de deux mandats successifs de celui-ci. Le principe du bipartisme renforce, dès lors, le principe d'indépendance de l'agence vis-à-vis du Président et diminue aussi l'influence des partis politiques sur les agences. En effet, les différents statuts évoqués prévoient qu'il n'y aura pas plus de trois commissaires sur cinq appartenant au même parti politique²⁸⁷. Sans douter du fait que le Président choisit dans ce cas des personnalités qui ne sont pas trop opposées à sa politique, la confirmation de la nomination par le Sénat constitue quand même un contre-pouvoir efficace²⁸⁸. Comme le souligne Bertrand Du Marais,

²⁸³ Section 11, *Interstate Commerce Act* de 1887.

²⁸⁴ Section 1, *Federal Trade Act* de 1914.

²⁸⁵ Section 4, *Communications Act* de 1934.

²⁸⁶ Section 1, *Federal Water Power Act* de 1920.

²⁸⁷ Le système politique américain du bipartisme favorise ceci.

²⁸⁸ Sur ce point : Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 757 : « Cette solution (le bipartisme) peut paraître inadaptée dans un système comme le nôtre où il est politiquement incorrect de mettre en doute la haute fonction publique. (...) Mais il est souhaitable que les conditions retenues

« les membres des commissions fédérales américaines sont des politiques nommés par le Président et confirmés par le Congrès. Ils participent du système politique bipartisan »²⁸⁹.

Les membres de ces commissions sont des professionnels reconnus dans le milieu régulé, souvent des juristes, et leurs décisions sont théoriquement collégiales. Néanmoins, l'histoire montre que le « *chairman* » a une influence déterminante. En effet, pour l'I.C.C., la *Civil Aeronautics Board* et la F.C.C., le Professeur Giandomenico Majone²⁹⁰ rappelle qu'elles ont entrepris de changer de politique elles-mêmes, allant dans le sens de la dérégulation. Dans les trois cas, leur président a exercé une autorité forte pour provoquer un changement de politique, ce qui paraît surprenant vu la nature collégiale de ces institutions. En fait, à partir des années cinquante, le président de ces commissions a fini par devenir le responsable principal et une figure dominante, sa réussite était jugée en fonction de la réalisation de son programme.

Pour finir, l'indépendance des IRA est protégée par l'impossibilité qu'a le Président américain de destituer ses membres sans juste motif (« *due cause* »). La doctrine majoritaire pensait à l'époque que, par le biais de la théorie du parallélisme des formes, le Président, ayant nommé les commissaires, pouvait aussi les destituer. La lettre des textes constitutifs n'allait pas dans le même sens. La Cour Suprême le confirma par le désormais célèbre arrêt *Humphrey's Executor*²⁹¹.

Il s'agissait en l'espèce de la F.T.C. William Humphrey avait été nommé en 1931 à la F.T.C. par le Président Hoover. En 1933, le Président Roosevelt lui demanda de démissionner. Suite à une réponse négative, celui-ci le destitua d'office. La question, posée à la Cour Suprême, était de savoir si le Président pouvait révoquer *ad nutum* tout agent de l'administration.

Le gouvernement fondait son raisonnement sur le « *precedent* » constitué par l'affaire *Myers*²⁹². Il résultait de cette affaire que le Président avait le pouvoir de révoquer un receveur des postes de première classe, sans l'avis et le consentement du Sénat. Le gouvernement en a déduit un pouvoir général de révocation sur l'ensemble de l'administration. La Cour Suprême

aux Etats-Unis pour garantir une régulation indépendante puissent au moins donner matière à réflexion. Même perfectibles, elles ont le mérite de faire réfléchir sur la possibilité et les conditions de l'indépendance dans une vraie démocratie ».

²⁸⁹ Du Marais B., *Droit Public de la régulation économique*, Coll. Amphi, Dalloz, 2004, p. 494.

²⁹⁰ Majone G., *La Communauté Européenne : un Etat régulateur*, Montchrestien, Clefs politique, 1996, p. 30.

²⁹¹ *Humphrey's Executor v U.S.*, 295 U.S. 602 (1935).

²⁹² *Myers v U.S.*, 272 U.S. 52 (1926).

ne l'a pas entendu ainsi. Elle distingua un receveur des postes, occupant des fonctions purement exécutives, et un commissaire de la F.T.C., chargé d'une mission touchant aussi au pouvoir législatif et judiciaire. Selon elle, « la Constitution ne donne pas au Président un pouvoir illimité de révocation s'agissant de ces fonctionnaires. Que lorsqu'il crée des agences quasi-législatives ou quasi-judiciaires, le Congrès ait compétence pour qu'elles échappent à tout contrôle exécutif, cela ne peut être remis en cause. Et cette compétence s'étend au pouvoir de fixer la durée de leur mandat et d'interdire qu'ils soient révoqués, sinon pour de justes motifs durant cette période. Il est en effet assez manifeste qu'on ne peut pas compter sur celui qui occupe son poste qu'à la merci du bon plaisir d'un autre, pour maintenir une attitude indépendante à l'égard de la volonté de ce dernier »²⁹³.

La révocation des membres de la Commission ne peut donc se faire en cours de mandat, sinon pour justes motifs : « *due cause* ». Cette expression englobe l'inefficacité, la négligence dans ses devoirs ainsi que le méfaits commis dans ses fonctions²⁹⁴. Cette jurisprudence a fait oeuvre de « *precedent* », en témoigne l'absence, dans les actes législatifs instituant des IRA postérieurs à 1935, de mention relative à la destitution des commissaires. Il est donc possible de conclure, comme le fait Michael Davis, en observant que « le pouvoir du Président de démettre ses membres ne dépend pas de ce que le législateur a déclaré, mais, au lieu de cela, de ce qu'il a créé. Dans la mesure où il a créé un corps, qui exerce des fonctions quasi-judiciaires (et peut-être quasi-législatives) exigeant une certaine indépendance, la Cour constate que le Président ne dispose pas du droit d'exercer un pouvoir discrétionnaire illimité sur la direction de l'autorité »²⁹⁵.

La notion de « *due cause* » s'est ainsi généralisée. Néanmoins, cette quasi-inamovibilité peut tomber suite au bon vouloir du Congrès. En effet, toute IRA est créée par la loi mais peut aussi s'éteindre par la loi. L'inamovibilité est donc une notion relative qu'il n'est possible de vérifier que dans les rapports entre le Président et la commission.

3 Une confusion des pouvoirs

Une des caractéristiques principales des IRA, et d'ailleurs celle qui posera le plus de problèmes, est la confusion des pouvoirs. Elles sont dotées de pouvoirs détenus

²⁹³ Zoller E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, précité, p. 439.

²⁹⁴ Voir : *Federal Trade Commission Act*, section 1, ainsi que *Interstate Commerce Act*, section 11.

²⁹⁵ Davis M. H. : « L'expérience américaine des *Independent Regulatory Commissions* », in Colliard C.-A., Timsit G. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, p. 224.

traditionnellement par des organes exécutifs, législatifs et judiciaires. En ce sens, les IRA détiennent des pouvoirs qualifiés de quasi-exécutifs, quasi-législatifs et quasi-judiciaires.

Cependant, la Constitution américaine ne distinguant pas clairement entre les domaines de la loi et du règlement, les pouvoirs dont disposent les IRA ne correspondent pas à la classification habituelle connue par exemple dans le système juridique français.

Faisant partie du système administratif américain, quoiqu'en marge de la hiérarchie traditionnelle, elles héritent de pouvoirs quasi-exécutifs. Elles peuvent surveiller les entreprises sur le marché en cause et mener des enquêtes sur la gestion et le management des entreprises (« *investigations* » ou « *hearings* »). Elles doivent aussi informer soit le Président, soit les services compétents, de certaines activités. Elles doivent être tenues informées par les acteurs du marché et sont tenues d'effectuer un rapport annuel²⁹⁶. Les IRA peuvent aussi ordonner la cessation de certaines activités.

Mais, il ressort de l'arrêt *Humphrey's Executor*²⁹⁷, que si l'agence accomplit une quelconque fonction exécutive, distincte du pouvoir exécutif au sens constitutionnel du terme, c'est à l'occasion de l'exécution et de la mise en oeuvre de ses pouvoirs quasi-législatifs ou quasi-judiciaires, ou comme une extension des départements législatifs ou judiciaires du gouvernement. Selon la Cour, les pouvoirs quasi-exécutifs, que détiendrait une IRA, ne devraient leur existence qu'à la nécessité de mettre en application ses fonctions quasi-législatives et quasi-judiciaires. Il s'agirait donc de pouvoirs quasi-exécutifs délégués et non pas autonomes.

Comme le souligne la Cour Suprême, « la commission agit pour partie de manière quasi-législative, et pour partie de manière quasi-judiciaire ». Ce pouvoir quasi-législatif, « *rule-making* »²⁹⁸, peut se traduire par l'édiction de règles générales et impersonnelles (« *hard law* »), autant que par l'élaboration d'avis ou de recommandations telles que les « *guidelines* » (« *soft law* »).

²⁹⁶ L'I.C.C., par exemple, exige des transporteurs un rapport annuel contenant toute information dont la commission aurait besoin : *Interstate Commerce Act*, section 20.

²⁹⁷ Arrêt précité.

²⁹⁸ « *Rule-making* » : « (...) phase dans laquelle les agences prennent des *Rules*, c'est-à-dire des actes d'application générale ou particulière pris pour l'avenir et destinés à mettre en oeuvre, interpréter ou prescrire une règle de droit ou une politique. Autrement dit, en substance des règlements. (...) Les juristes américains estiment que les *rules*, parce qu'elles sont tournées vers l'avenir, présentent un caractère législatif (...). » Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 757.

Enfin, les IRA ont des pouvoirs quasi-juridictionnels. Ces pouvoirs leur ont été dévolus dès l'origine, et selon certains auteurs, ce sont ces pouvoirs quasi-juridictionnels qui leur ont valu d'être indépendantes²⁹⁹. Selon le droit américain, la décision individuelle (« *orders* ») prise dans la phase d'« *adjudication* »³⁰⁰ a une nature quasi-judiciaire. Il en est de même de la possibilité d'adresser des injonctions aux acteurs agissant illégalement sur le marché. Les IRA disposent de pouvoirs de sanction, qui sont aussi, classiquement, de nature quasi-judiciaire. Enfin, les agences administratives indépendantes peuvent avoir recours à l'arbitrage. Il s'agit alors d'une intervention pré-juridictionnelle pour régler certains conflits. De manière plus caractéristique, elles détiennent une compétence générale sur tout le contentieux relatif à leur domaine d'intervention (« *Primary jurisdiction* »).

L'ensemble de ces pouvoirs a été le fruit d'une lente évolution législative et a varié selon les agences³⁰¹. Mais, ce qui caractérise l'évolution des pouvoirs des IRA a été le pragmatisme dont le Congrès a fait part en les dotant de prérogatives répondant aux nécessités du secteur à réguler. Comme le souligne le Professeur Elisabeth Zoller en citant l'I.C.C. en exemple : « l'I.C.C. exerçait une fonction qui était considérée dans la tradition de *Common Law* comme relevant du pouvoir judiciaire. A partir de là il était inconcevable qu'elle ne fût pas indépendante. (...) Par la suite, au fil du temps, il est progressivement apparu que la régulation par voie d'adjudication était insuffisante et que la régulation par voie réglementaire (« *Rule-making* ») était nécessaire. (...) C'est ainsi qu'un grand nombre d'entre elles passèrent des fonctions de « juges » (« *adjudicators* ») à celles de « législateurs » (« *policy-makers* »)³⁰² ».

Une fois organisée l'externalisation de la fonction de régulation des *public utilities*, il a fallu garantir que celle-ci n'allait pas, par la pratique institutionnelle, être récupérée par le Président dans le giron de ses fonctions. Si le législateur ne s'est préoccupé de cet aspect qu'en donnant la personnalité juridique aux IRA, la Cour Suprême a, quant à elle, oeuvré dans

²⁹⁹ Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 757

³⁰⁰ L'« *adjudication* » : « (...) phase dans laquelle les agences prennent des *orders*, c'est-à-dire des décisions définitives qui déterminent les droits des administrés et correspondent aux décisions individuelles du droit français. Les juristes américains estiment que les *rules*, parce qu'elles sont tournées vers l'avenir, présentent un caractère législatif à l'inverse des *orders* qu'ils considèrent comme statuant sur des droits et obligations présents ou passés et relevant d'une phase contentieuse ». Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 757.

³⁰¹ La F.C.C. par exemple n'a eu un pouvoir de sanction qu'avec le *Telecommunications Act* de 1996. Dans le même sens l'I.C.C., dépourvue de tout pouvoir de coercition jusqu'à la Loi Hepburn de 1906 sera soumise au bon vouloir des tribunaux pour l'exécution de ses décisions.

³⁰² Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 757.

le sens de la reconnaissance d'un certain degré d'indépendance organique et fonctionnelle, garantie d'externalisation pérenne.

B L'indépendance des *Independent Regulatory Agencies*, garantie d'externalisation

La reconnaissance de l'indépendance des IRA face à l'exécutif est l'élément qui garantit la pérennité de leur externalité. Cette indépendance vis-à-vis de l'exécutif est une des caractéristiques les plus discutées des IRA.

Le premier témoin de l'absence de confusion entre les *Independent Regulatory Agencies* et la hiérarchie administrative traditionnelle reste le fait de leur avoir donné la personnalité juridique. Celle-ci implique une distinction organique par rapport aux « services intégrés » de l'administration américaine qui sont sous l'autorité hiérarchique du Président.

Au-delà de cette première caractéristique, l'indépendance organique face à l'exécutif a été reconnue par la Cour Suprême dans l'arrêt *Humphrey's Executor*³⁰³. Il convient aussi de soulever la question de savoir si cette indépendance organique n'est pas complétée par une certaine indépendance fonctionnelle vis-à-vis à la fois des services de la présidence et du Congrès. La réponse n'apparaît pas certaine et dépend finalement de l'intensité des contrôles que ceux-ci exercent sur l'activité des IRA³⁰⁴. En tout état de cause, l'indépendance reste la garantie indispensable de l'externalisation de cette fonction spécifique qu'est la régulation des *public utilities*.

L'externalisation de la régulation est le prix que le Président Harrison et le Président Roosevelt ont dû payer pour mener à bien leur politique d'interventionnisme économique. La méfiance du Congrès à leur égard a été la cause première de la création d'agences dites indépendantes. Mais, même si c'est le Congrès qui a voulu cette indépendance, elle n'est paradoxalement formalisée dans aucun texte légal. Les textes fondateurs des IRA ne la reconnaissent pas explicitement. La Constitution, quant à elle, ne contient aucune référence à ce type d'institutions. « Les *independent agencies* ont pu se développer (sans plan d'ensemble

³⁰³ *Humphrey's Executor v U.S.* (295 U.S. 602 (1935)).

³⁰⁴ Sur ce point, voir *infra* p. 85 et s.

il est vrai) grâce à des ambiguïtés constitutionnelles et aussi grâce à la méfiance traditionnelle du Congrès à l'égard de la présidence »³⁰⁵.

N'ayant aucune base dans la Constitution, il est effectivement très difficile de déterminer leur appartenance à un pouvoir ou un autre. Néanmoins, c'est leur similitude avec l'organe judiciaire qui leur a valu leur indépendance à la fin du XIX^{ème} siècle. Cette indépendance a été choisie par le Congrès en raison des fonctions exercées par les IRA. L'I.C.C. exerçait une fonction qui était considérée dans la tradition de *common law*, comme relevant du pouvoir judiciaire. Son indépendance devenait inévitable.

La Cour Suprême ratifia cette indépendance, ce qui reste sa seule protection, dans l'arrêt *Humphrey's Executor*³⁰⁶. Cet arrêt lui permit de limiter la portée du pouvoir présidentiel de révocation seulement aux agents qui exerçaient des fonctions purement exécutives en écartant explicitement un pouvoir discrétionnaire de révocation des membres des agences indépendantes de régulation.

Certains considérants mettent bien en exergue l'indépendance reconnue aux IRA : « ses missions doivent être exécutées sans l'aval de l'exécutif et, si l'on se reporte à la loi, elles doivent l'être à l'abri de tout contrôle de sa part »³⁰⁷. Ensuite : « James Wilson, un des rédacteurs de la Constitution, et ancien juge de la Cour, a dit que "l'indépendance de chaque département requérait que ses travaux soient à l'abri de la plus distante des influences, directe ou indirecte, de chacun des deux autres pouvoirs", Andrews, *The works of James Wilson* (1886), Vol. 1, p. 367. (...) Le pouvoir de révocation revendiqué ici pour le Président est justiciable de ce principe, puisque son influence contraignante menace l'indépendance d'une commission, qui n'est pas seulement déconnectée du département exécutif, mais qui, (...) a été créée par le Congrès comme un moyen de mettre en application des pouvoirs législatifs et judiciaires, et comme une extension des départements législatifs et judiciaires »³⁰⁸. Ce considérant est suffisamment explicite, il y a bien une indépendance reconnue des IRA dans le système administratif américain. Mais il ne faut cependant pas l'interpréter de manière extensive, les agences restent une création du Congrès, l'indépendance n'existe pas à l'égard

³⁰⁵ Moderne F. : « Etude comparée, les modèles étrangers », in Timsit G., Colliard C.-A. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, précité, p. 186.

³⁰⁶ *Humphrey's Executor v U.S.* (295 U.S. 602 (1935)).

³⁰⁷ *Humphrey's Executor v U.S.* (295 U.S. 602 (1935)). Zoller E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, précité, p. 437.

³⁰⁸ *Humphrey's Executor v U.S.* (295 U.S. 602 (1935)) ; Zoller E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, précité, p. 439-440.

du législatif et encore moins du judiciaire. La Cour Suprême est bien claire sur ce point, elle ne mentionne que l'exécutif.

La Cour Suprême, avalisant la reconnaissance de l'indépendance des IRA vis-à-vis du pouvoir exécutif, confirme leur indépendance organique. En effet, tout en faisant partie de l'Etat administratif américain (« *administrative state* »)³⁰⁹, elles se situent en marge de la hiérarchie présidentielle.

Cette indépendance organique pourrait être doublée d'une indépendance fonctionnelle. En effet, les commissions ne peuvent effectivement pas recevoir d'ordres de la part des services de la présidence. De plus, il serait possible d'entrevoir une certaine indépendance fonctionnelle, mais cette fois vis-à-vis du Congrès³¹⁰. La Cour Suprême veille quand même à ce que ce dernier ait bien voulu cette part d'indépendance³¹¹. Néanmoins, l'indépendance fonctionnelle dépend dans une très large mesure de l'encadrement procédural exercé par le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Si celui-ci se limite à des contrôles d'efficacité *ex post*, une indépendance fonctionnelle peut être avancée. En revanche, si l'opportunité des mesures envisagées par l'agence fait l'objet d'une appréciation politique et autorise l'introduction de modifications, ou plus radicalement permet une opposition de la part du Président ou du Congrès, l'indépendance fonctionnelle ne peut être affirmée³¹².

En attendant d'envisager la teneur de l'encadrement procédural imposé aux IRA, un indice peut être relevé dans la marge de manoeuvre qui leur est laissée par la Cour Suprême dans l'interprétation de leurs statuts constitutifs³¹³. Cette liberté est amplifiée par la formulation des textes, qui laissent délibérément, une certaine indépendance fonctionnelle aux agences. Par exemple, le paragraphe 307 du *Communications Act*³¹⁴ laisse le champ libre à la F.C.C. pour octroyer ou retirer des licences si l'intérêt général ou la nécessité le requiert. De même, la F.P.C., quoique formellement plus encadrée, doit apprécier la condition de nécessité de la mesure avant d'octroyer des licences d'exploitation ou de construction de barrages³¹⁵. Il y a donc dans ces textes deux manifestations d'un pouvoir discrétionnaire laissé aux agences

³⁰⁹ L'« *administrative state* », est l'ensemble des départements, commissions, bureaux et agences qui composent l'organisation administrative américaine dont l'hétérogénéité et le manque de clarté fait l'objet de critiques récurrentes, voir Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 758.

³¹⁰ Même si une Loi seule suffit à faire disparaître une IRA.

³¹¹ Voir, en ce sens, *Chevron U.S.A. inc. v National Resources Defense Council Inc.* (467 U.S. 837 (1984)).

³¹² Sur ce point, voir *infra* p. 81 et s.

³¹³ Pour ce qui est de la souplesse dans l'interprétation des statuts constitutifs des agences, voir l'étude de la jurisprudence *Chevron*, *supra* p. 63 et s.

³¹⁴ *Communications Act* de 1934, 47 U.S.C. 151.

³¹⁵ Section 4 du *Federal Power Act*, 16 U.S.C. 791-828.

indépendantes. Celles-ci peuvent apparemment avoir une conception de l'intérêt général et procéder à des évaluations économiques relativement complexes pour octroyer ou non des licences pour de grands projets³¹⁶.

Dès lors, la question se pose de savoir quelle est la teneur de l'indépendance des IRA. Un début de réponse est fourni par le Professeur Franck Moderne³¹⁷, lorsqu'il précise qu'il n'est pas possible de considérer comme indépendants les seuls organismes qui ne sont pas organiquement rattachés à un département. Si l'indépendance est un critère de détermination des IRA, il n'est pas un critère suffisant. Le Professeur Elisabeth Zoller va, quant à elle, plus loin dans l'étude de l'indépendance des IRA aux Etats-Unis³¹⁸. Elle affirme qu'« une chose est certaine, le droit constitutionnel des Etats-Unis ne contient pas un soi-disant principe d'indépendance des autorités de régulation ». Effectivement, le droit constitutionnel ne contient pas ce principe mais la jurisprudence constructive de la Cour Suprême reconnaît la nécessité de l'indépendance des IRA. Dès lors, de manière moins radicale, il est envisageable de rejoindre ses propos dans l'acception selon laquelle l'indépendance, reconnue aux agences, a un caractère fonctionnel, voire pragmatique, et qu'« il n'existe pas aux Etats-Unis un prétendu impératif d'indépendance des autorités de régulation qui serait applicable à toute forme de régulation, législative ou judiciaire ». Il est effectivement concevable, aux Etats-Unis, de voir une régulation des services publics en réseau émerger à l'intérieur même de la hiérarchie administrative. Ceci s'explique par le fait que l'Etat nord-américain n'est pas dans une position de « juge et partie », autrement dit à la fois régulateur et opérateur³¹⁹. Ainsi l'impératif d'indépendance ne dépend que du Congrès, de sa méfiance à l'égard de l'exécutif, et n'est pas automatiquement applicable à toute forme de régulation.

Mais, si l'indépendance des autorités de régulation n'est pas un principe général aux Etats-Unis, cela reste un ingrédient nécessaire pour garantir les autres caractères indispensables de toute agence de régulation : que la compétence professionnelle des commissaires ne soit pas mise au service d'un intérêt particulier, que l'intérêt général soit protégé sans être dans les mains de l'exécutif, et enfin que des pouvoirs traditionnellement séparés puissent se retrouver dans les mains de la même institution.

³¹⁶ Un parallèle peut être fait avec les positions de la Commission dans Livre blanc, « Gouvernance européenne », du 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final, p. 29.

³¹⁷ Moderne F. : « Etude comparée, les modèles étrangers », in Timsit G., Colliard C.-A. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, précité, p. 186.

³¹⁸ Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 757.

³¹⁹ Sur ce point, voir le cas en Europe continentale, *infra* p. 130 et s.

La réalité d'une indépendance organique face à l'exécutif, une certaine indépendance fonctionnelle mais contrôlée face à l'administration et au pouvoir législatif, amènent à penser que le phénomène de l'indépendance des IRA aux Etats-Unis résulte bien du pragmatisme américain. Il fallait externaliser la fonction de régulation des *public utilities* pour rendre acceptable l'interventionnisme économique, le législateur et le juge ont organisé un certain degré d'indépendance. Mais si l'indépendance n'est pas le critère unique de distinction des IRA, elle est toutefois devenue nécessaire pour garantir leur objet premier. De plus, l'indépendance a ceci de paradoxal qu'elle est la caractéristique la plus critiquée des IRA, mais aussi celle qui lui a permis de justifier son existence.

Section II : La quête de légitimité des *Independent Regulatory Agencies*

Les IRA, relativement indépendantes des trois pouvoirs, hors hiérarchie administrative et non élues, ont fatalement subi de nombreuses critiques. Le législateur ainsi que le pouvoir exécutif vont tenter d'asseoir leur légitimité par le biais de contrôles budgétaires et procéduraux assez stricts. Ces contrôles vont pallier l'absence de responsabilité démocratique. Dans une optique comparée, il convient de s'attacher ici aux critiques, tant conceptuelles que fonctionnelles, qui se retrouveront au sujet des autorités de régulation indépendantes en Europe (§1). Il en est de même pour l'importance des contrôles internes et externes exercés sur les IRA grâce à l'*Administrative Procedure Act* (APA)³²⁰, qui a permis de trouver un équilibre au regard de la démocratie politique³²¹. L'ensemble de ces contrôles, organisant un « équilibre interpolable », est la contrepartie de l'externalité des fonctions de régulation (§2).

§1 Les critiques adressées aux *Independent Regulatory Agencies*

Les critiques qui ont pu être adressées à l'institution des IRA aux Etats-Unis se retrouvent encore de nos jours. Elles se rencontrent aussi, en Europe, dans les débats nationaux à l'égard des autorités administratives indépendantes ainsi que dans le débat sur l'hypothèse de création d'agences communautaires de régulation³²². Il s'agit, d'une part, de critiques conceptuelles (A) puis, d'autre part, de critiques fonctionnelles (B).

³²⁰ 5 U.S.C. 551-596, 701-706.

³²¹ Sur ce point: Lombard M. : « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 14 mars 2005, p. 530.

³²² Sur les agences communautaires de régulation voir p. 719 et s.

A Des critiques conceptuelles sur l'idée d'un « quatrième pouvoir »

La première critique générale du système des agences³²³ fut émise par une commission présidentielle³²⁴ chargée de rendre un rapport sur la place des agences dans le gouvernement fédéral. Ce rapport de 1937, mieux connu sous le nom de « Rapport Bronlow », en arrivait au constat que les agences, par leur nombre croissant ainsi que leurs pouvoirs, devenaient un « quatrième pouvoir “sans tête” dans l'Etat, composé d'une collection hétéroclite d'agences irresponsables et de pouvoirs incontrôlés »³²⁵. Le gouvernement fédéral, doté au départ d'un appareil administratif simple, était devenu, en l'espace d'un demi siècle un ensemble de commissions, bureaux et agences, composé de bureaucrates irresponsables appelé, dès lors, l'« Etat administratif » (« *Administrative State* »).

Le rapport de la Commission Bronlow a suscité un émoi général. Les reproches qui ont pu être adressés spécialement aux IRA étaient la violation du principe de séparation des pouvoirs, l'absence de responsabilité politique, la substitution de la voix de l'expert à celle du peuple et enfin le phénomène de capture du régulateur.

La critique a été reléguée par le Juge Jackson qui, en assimilant aussi les IRA à un « quatrième pouvoir », dénonça publiquement la perturbation de la séparation tripartite des pouvoirs posée notamment aux articles 1, 2 et 3 de la Constitution américaine³²⁶.

Cette indétermination de la place des IRA dans la séparation des pouvoirs fut le fondement des principales actions visant à les encadrer, voire les neutraliser, notamment par le biais des *Executive Orders* édictés par l'administration Reagan³²⁷. Puisque nées grâce à une « ambiguïté constitutionnelle », cette faiblesse leur valut des attaques fondées sur l'inconstitutionnalité de la délégation de pouvoirs, devant la Cour Suprême³²⁸. Une certaine remise en cause fit aussi son chemin. Une partie de la doctrine estimait, en effet, que leur création par le Congrès portait directement atteinte à la prérogative constitutionnelle du

³²³ Le « Rapport Bronlow » critiquait l'ensemble des agences, c'est-à-dire les agences non indépendantes, intégrées dans l'appareil gouvernemental traditionnel, autant que les IRA.

³²⁴ *The President's Committee on Administrative Management, Report of the Committee with Studies on Administrative Management in the Federal Government. Submitted to the President and the Congress in accordance with Public Law n° 739, 74th Congress, 2nd session.* Washington, United States Government printing office, 1937, Pp.xiv, 382.

³²⁵ Sur la notion de quatrième pouvoir, voir *infra* p. 189 et s.

³²⁶ *Federal Trade Commission v Ruberoid Company*, 343 U.S. 470 (1952).

³²⁷ Voir *infra* p. 84 et s.

³²⁸ *Panama Refining Co. & al. v Ryan & a.*, 293 U.S. 388 (1935).

Président de veiller à l'exécution fidèle des lois³²⁹. Pour d'autres auteurs, la coutume constitutionnelle aurait lavé les IRA de ce soupçon d'inconstitutionnalité, en témoignait l'impuissance des Présidents successifs à contrôler l'action de ces institutions. De plus, la Cour Suprême avait ratifié l'indépendance organique des IRA en refusant au Président la possibilité de révoquer leurs membres *ad nutum*³³⁰. Cependant, leur situation particulière, qualifiée parfois d'« anomalie », incluses dans l' « *Administrative State* » et en dehors de la hiérarchie présidentielle, ne cessa de faire couler de l'encre.

Si les agences indépendantes de régulation américaines disposent de la personnalité juridique³³¹, donc responsables juridiquement de leurs actes, elles n'ont aucune responsabilité politique. En effet, à la différence de l'administration traditionnelle, le lien qui unit le Président, responsable, et les agences, a été rompu par l'exigence d'indépendance organique. Aux Etats-Unis, c'est la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776 qui pose le principe du consentement direct ou indirect des citoyens aux lois qui les gouvernent ainsi que son corollaire, la responsabilité des gouvernants³³². Selon le premier principe, les citoyens ne peuvent être soumis qu'à des lois auxquelles ils ont consenti en élisant ceux qui les font. Pour le deuxième, les gouvernements doivent répondre de leurs actes devant le peuple, soit directement par la sanction du bulletin de vote, soit indirectement par le principe hiérarchique et la responsabilité des ministres devant les organes élus, eux-mêmes responsables devant les électeurs³³³. Le système des IRA a subi le reproche de ne pas respecter ces exigences. En effet, n'étant pas élues, leur pouvoir quasi-législatif n'est pas consenti par le peuple. De plus, leur position détachée de la hiérarchie présidentielle empêche toute forme de responsabilité politique par la sanction du vote.

B Des critiques fonctionnelles sur la « capture » des IRA

Un autre type de contestation du système de régulation mis en place s'est aussi développé dès les années 50, tenant notamment à une critique plus existentielle. Elle mettait en lumière les conflits d'interprétation et les contradictions qui se révélaient entre les motifs

³²⁹ Article II Section 3 de la Constitution du 17 septembre 1787 : « Obligations et pouvoirs du Président : (...) il veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées (...) ». Sur la même problématique dans les pays d'Europe continentale.

³³⁰ *Humphrey's Executor v U.S.*, 295 U.S. 602 (1935).

³³¹ Pour une comparaison avec les autorités de régulation indépendantes françaises, voir *infra* p. 338 et s.

³³² Déclaration d'Indépendance des Etats-Unis du 4 juillet 1776 : « (...) Les gouvernements sont établis par les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructrice de ce but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir, et d'établir un nouveau gouvernement (...) ».

³³³ Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 759.

qui conduisirent à la création des IRA. Il s'agissait, d'un côté, de la lutte contre les grands trusts monopolistiques et la prévention des ententes et, d'un autre, du placement indirect sous un contrôle public. A cette époque, les formes du contrôle public pouvaient conduire à favoriser les monopoles ou les ententes. La notion recherchée de concurrence efficace était donc dénuée de tout sens. Les agences de régulation furent dès lors qualifiées de « cartels d'ordre public »³³⁴.

Suite aux écrits du Prix Nobel d'Economie George Stigler³³⁵ ainsi qu'à ceux du juriste Richard Posner³³⁶, s'est développée la théorie de la « capture des régulateurs ». Les deux auteurs soupçonnaient les commissaires des IRA d'être trop sensibles aux arguments des sociétés régulées. La collusion entre régulateur et régulé se trouva ainsi de plus en plus souvent dénoncée. Grâce à une argumentation éminemment pratique, le Professeur Stigler décrivait que la régulation s'était vue « acquérir par l'industrie et est désignée et instrumentalisée principalement pour le bénéfice de celle-ci »³³⁷. Selon lui, le problème crucial de la régulation était de découvrir quand et pourquoi une industrie était capable d'utiliser l'Etat à des fins personnelles³³⁸. Dans le prolongement de cette idée, le Professeur Richard Posner développa et essaya de trouver une explication fondée aux théories de la capture des régulateurs. Il en émit une hypothèse propre, qui développait l'idée selon laquelle il était moins coûteux, pour un grand nombre d'industries agissant sur le même secteur, d'obtenir une régulation publique, que de s'entendre de manière privée sous forme de cartels³³⁹. Cette critique de l'existence même de la régulation rejoint et se confond dans la théorie, développée par l'Ecole de Chicago³⁴⁰, que ces auteurs ont contribué à fonder.

³³⁴ En ce sens : Stoffaës C. « La régulation des réseaux aux Etats-Unis, enseignements pour l'Europe », précité, p. 123.

³³⁵ Stigler G. J. : « *The theory of economic regulation* », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 1, n° 2, 1971, p. 3.

³³⁶ Posner R. A. : « *Theories of economic regulation* », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, n° 2, 1974, p. 335.

³³⁷ Stigler G. J. : « *The theory of economic regulation* », précité, p. 3: traduction libre de : « *A central thesis of this paper is that, as a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefits* ».

³³⁸ Stigler G. J. : « *indeed, the problem of regulation is the problem of discovering when and why an industry (or other group of like-minded people) is able to use the state for its purposes (...)* », Ibid., p. 4.

³³⁹ « *This suggests that it may be cheaper for large-number industries to obtain public regulation than to cartelize privately* », Posner R. A. : « *Theories of economic regulation* », précité p. 346.

³⁴⁰ Mouvement théorique ayant pris naissance dans l'Université du Michigan, entre autres, sous la plume d'économistes célèbres tels Director, Bowman, Bork, Mc Gee, Posner, Stigler, Baumol, Panzar, Willig... En ce sens, Souty F. : « Les sources théoriques de la pensée économique antitrust aux Etats-Unis : les enjeux nationaux et mondiaux de la politique de la concurrence », *Rev. conc. consom.*, mai-juin 1994, n° 79, p. 32. Voir aussi : Lepage H. : « L'école de Chicago et la concurrence », *Rev. conc. consom.*, 1981, n° 14, p. 3.

L'école de Chicago, principale détractrice du modèle de régulation développé aux Etats-Unis au début du XXème siècle, s'inscrit dans un vaste mouvement philosophique tentant de démontrer que l'économiste doit intervenir pour influencer la conception et la mise en oeuvre de la règle de droit. Selon cette école, le seul objectif que doit poursuivre la concurrence est de permettre la réalisation de l'efficacité économique (« *economic efficiency* »). Il faudrait ainsi accorder une plus grande confiance au marché, pour corriger ses propres imperfections. Dans cette optique, toute modification de la façon dont les ressources sont allouées verra la diminution de la satisfaction d'au moins un individu³⁴¹. La loi ne doit pas véhiculer des préoccupations « distributives ». Ainsi, les théoriciens de l'Ecole de Chicago observent que les situations monopolistiques ne sont pas gênantes et qu'elles sont vouées à disparaître à long terme³⁴². Aux vues de ces propos, l'action des autorités de concurrence et de régulation est jugée inutile voire nocive.

Les théories de l'Ecole de Chicago eurent un réel impact sur la conception de l'interventionnisme économique américain. En témoigne leur influence sur les vues de la Cour Suprême³⁴³ ainsi que sur l'attribution de postes à certains théoriciens. Robert Bork et Richard Posner sont devenus juges à la Cour d'Appel fédérale du District de Columbia, et d'autres partisans, convaincus de la justesse des nouvelles analyses, ont accédé à la tête de la division antitrust du ministère de la Justice ou à la présidence de la F.T.C.³⁴⁴. En ce sens, le Président peut et n'a pas manqué de saisir l'opportunité, par le biais de la nomination du *Chairman* et des membres de la Commission, d'influencer la pratique à venir de la régulation. Le Président Reagan a d'ailleurs aussi contribué à renforcer le phénomène de « capture du régulateur » en nommant en 1982 Reese Taylor, considéré comme l'allié des grandes compagnies de transport routier, à la présidence de l'I.C.C., et Mark Fowler, représentant des industries régulées, à la tête de la F.C.C.³⁴⁵.

³⁴¹ Théorie dite de l'« *allocative efficiency* », ou efficience au sens de Pareto : voir : Majone G. : *La Communauté européenne : un Etat régulateur*, précité, p. 14 et s. ; du Marais B., *Droit public de la régulation économique*, précité, p. 285.

³⁴² Fasquelle D., *Droit américain et Droit communautaire des ententes, étude de la règle de raison*, Joly éditions, p. 48 et s.

³⁴³ Par exemple le titre d'un article paru en 1982 et cité par Daniel Fasquelle : « *The Supreme Court and antitrust analysis : the (near) triumph of the Chicago School* » Gerhart T. W., *Supreme Court Review*, 1982, p. 319, précité p. 58.

³⁴⁴ Respectivement, William Francis Baxter, Professeur de droit (1929-1998), nommé en 1981 à la tête de la division antitrust du ministère de la Justice et John Miller nommé en 1981 à la présidence de la F.T.C. ; sur ce point, voir Fasquelle D., précité, p. 56.

³⁴⁵ Sur ce point, voir : Rouban L. : « Evaluation des politiques publiques et mouvement de dérégulation aux Etats-Unis », *R.F.A.P.*, 1984, n°29, p. 85.

Dans la même logique que la théorie de la « capture du régulateur », un autre phénomène appelé « *Revolving Door* » ou « porte à tambour » a pu s'observer. Il se produit lorsque d'anciens dirigeants des IRA cherchent des postes au sein des entreprises qu'ils régulaient antérieurement. Rencontré au niveau des Etats fédérés, des lois ont été élaborées pour l'éviter³⁴⁶.

Mais cette idée de « capture du régulateur » doit être relativisée. Ainsi, le Professeur Giandomenico Majone³⁴⁷ explique que « le rôle moteur joué par les Commissions dans le mouvement de dérégulation remet sérieusement en question les théories de la “capture” des régulateurs par les intérêts régulés. L'histoire montre que quand les autorités de régulation américaines peuvent compter sur le soutien des tribunaux, des commissions et sous-commissions stratégiques du Congrès, de l'opinion des Universitaires et de l'opinion publique, elles arrivent à vaincre la résistance des industries régulées et des membres importants de l'exécutif y compris le Président lui-même (Reagan était opposé au morcellement d'A.T.T.). J'ai suggéré que cela était dû à l'indépendance (relative) des commissions, au niveau élevé de professionnalisme de leurs employés et à l'esprit d'initiative politique de leur président ». Il convient de rapprocher cette considération d'une autre allant, elle, à l'encontre du principe d'indépendance substantielle : « coupées de l'autorité et de la protection du Président, les autorités doivent élaborer une politique dans un vide politique. Ce vide est progressivement occupé par les intérêts régulés eux-mêmes, qui, par infiltration, viennent à bout des faibles défenses des régulateurs pour devenir l'influence la plus puissante qui s'exerce sur eux »³⁴⁸. Voici une autre explication de la théorie de la « capture du régulateur » qui trouve son fondement dans le manque d'appui de la part du Président. Une dernière explication est fournie par le Professeur Thomas Sugrue. Selon lui, les agences ne font pas tout ce que l'industrie souhaite mais qu'il existe des similitudes d'intérêts entre agence et secteur régulé³⁴⁹. Il illustre cet élément grâce à l'exemple du secteur des télécommunications aux Etats-Unis : « par exemple, une agence aurait peut-être intérêt à préserver sa bande de fréquences pour son secteur industriel. Dans un tel cas, l'industrie et l'autorité de ce secteur se seraient alliées pour éviter le transfert de bandes. »³⁵⁰. L'agence a donc tout intérêt à travailler en étroite collaboration avec son secteur pour le préserver. Ceci

³⁴⁶ Davis M. H. « L'expérience américaine des *Independent Regulatory Commissions* », in Timsit G., Colliard C.-A. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, précité, p. 227.

³⁴⁷ Majone G. : *La Communauté européenne : un Etat régulateur*, précité, p. 31.

³⁴⁸ Bernstein Marver H. citant Carey William D., in : « *Regulating Business by Independent Commissions* » Princeton, N. J. Princeton University Press, 1955, p. 138.

³⁴⁹ Sugrue T. : « La régulation et la réglementation des télécommunications aux USA » in Frison-Roche M.A. et Cohen-Tanugi L. (dir.) : « La régulation : monisme ou pluralisme ? », précité, p. 30.

³⁵⁰ *Ibid.*

n'a que l'apparence d'un phénomène de « capture du régulateur ». Il est donc important de différencier le phénomène de « capture du régulateur » de celui de « co-régulation ».

Trois motifs incitent donc le phénomène de la « capture » : l'absence de soutien politique dans le cadre d'une certaine quête de légitimité, la proximité inévitable avec le secteur régulé, et enfin la communauté d'intérêts avec ce secteur.

Ces critiques fonctionnelles, élaborées à partir des années 50, se sont amplifiées à la suite du choc pétrolier de 1973. Le ralentissement économique a poussé les industries à rechercher des secteurs de diversification et, par conséquent, à réclamer un relâchement des contrôles. Elles ont reproché aux IRA d'étouffer les bénéfiques par leur régulation. Est apparue alors la notion de dérégulation, dans les années 70, dont l'administration Carter prendra les mesures les plus marquantes, suivie de l'administration Reagan : dérégulation du marché gazier, libéralisation de la production indépendante de l'électricité, développement des énergies nouvelles, démantèlement d'A.T.T. Paradoxalement, les IRA ont participé activement à ce mouvement de dérégulation qui s'est traduit, non pas par une disparition de la réglementation et des autorités de régulation, mais par une réforme de la réglementation administrative dans son ensemble, une réforme des procédures et des comportements³⁵¹. Le rôle des IRA s'en est trouvé relativement modifié. Considérées à l'origine comme des institutions devant protéger les monopoles et s'assurer que leurs prix ne seraient pas abusifs, elles devaient désormais favoriser la concurrence en vue de rendre le marché accessible au plus grand nombre d'exploitants.

³⁵¹ En ce sens : Rouban L. : « Evaluation des politiques publiques et mouvement de dérégulation aux Etats-Unis », *R.F.A.P.*, 1984, n°29, p. 85.

§2 L'« équilibre interpolable », contrepartie de l'externalisation

Les critiques adressées aux IRA ont permis à la présidence et au Congrès de renforcer leurs contrôles budgétaires ainsi que d'encadrer la procédure dans une législation stricte. Loin de paralyser l'activité des IRA, ces modalités de contrôle ont contribué à renforcer leur légitimité qui passe par des garanties formelles et un souci d'efficacité.

Instituées par le Congrès, les IRA ont vu se dessiner les limites de leur indépendance, ainsi que l'extension de leur supervision budgétaire.

L'antinomie entre indépendance et contrôle a trouvé un équilibre, comme Terry Moe l'a décrit : « Les mécanismes reliant les agences aux autres branches du pouvoir sont si nombreux et complexes qu'il en résulte une situation dans laquelle personne ne contrôle véritablement les agences, mais malgré tout les agences sont sous contrôle »³⁵².

Cette idée rejoint celle que Christopher Hood³⁵³ a résumée sous la dénomination d'« équilibre interpolable ». Il le décrit comme un type de contrôle, prenant comme point de départ la nécessité d'identifier les mécanismes d'auto-contrôle qui existent déjà dans le système, qui est capable d'envisager un réseau de mécanismes de vérifications complémentaires et qui se chevauchent, au lieu de postuler que le contrôle doit s'exercer nécessairement à partir d'un point fixe du système. Selon lui, l'expérience américaine montre qu'il n'est possible de surveiller les régulateurs et de les rendre politiquement responsables que grâce à une combinaison d'instruments de contrôle. Il les identifie comme des objectifs bien définis, une supervision exercée par des commissions spécialisées du Congrès, le pouvoir de nomination confié au Président, des exigences de procédure strictes, l'obligation de justifier les projets de régulation par une analyse de rentabilité, des principes professionnels, la participation du public et une révision judiciaire portant sur le fond. « Quand pareil système fonctionne convenablement, personne n'exerce d'autorité sur une agence autonome, et pourtant cette agence est encadrée ». L'« équilibre interpolable » apparaît ainsi comme la

³⁵² Traduction libre de : « *The mechanisms linking the agencies to all others branches of power are so numerous and complex that they ultimately result in a situation where no one controls the agency, and yet the agency is under control* ». Moe T. : « *Control and feedback in economic regulation : the case of NLRB* », *American Political Science Review*, vol. 79, n° 4, déc. 1985, p. 1094; voir aussi: Moe T. : « *Interests, Institutions, and Positive Theory : the politics of the NLRB* », *Studies in American Political Development*, ed. Karen Orren and Stephen Skowronek, vol. 2, 1987, p. 236.

³⁵³ Hood C.: « *Concepts of control over Public bureaucracies: "Comptrol" and "Interpolable Balance"* », in « *The Public sector* », Franz-Xaver Kaufmann (Ed.), Berlin and New York, Walter de Gruyter, 1991, p. 347.

contrepartie de l'externalisation de la fonction de régulation. Il se décline sous la forme d'un contrôle interne (A) ainsi que d'un contrôle externe des IRA (B).

A Le contrôle interne des *Independent Regulatory Agencies*

Parmi les éléments précités, certains ont déjà été traités, il reste donc à envisager la supervision exercée par des commissions spécialisées du Congrès et de l'exécutif, les exigences de procédure strictes, l'obligation de justifier les projets de régulation par une analyse de rentabilité, ainsi que la participation du public, qui contribuent au maintien de cet « équilibre interpolable ».

La notion d'« équilibre interpolable » participe de celle d'« *accountability* ». Intraduisible en français, la quête d'« *accountability* » est aux sources même de la Constitution américaine. Ce concept renvoie à l'idée d'une responsabilité spécifique de la fonction publique pouvant seule justifier les actions administratives et les dépenses publiques. « Très généralement un dirigeant politique, un fonctionnaire, un agent public, un membre du Congrès seront “*accountables*” s'ils peuvent rendre des comptes, au sens de démontrer, expliquer, justifier leurs comportements ou leurs décisions »³⁵⁴. C'est pour se rapprocher de cette exigence que l'administration et le Congrès ont agi dans le sens d'un renforcement des contrôles exercés sur les IRA³⁵⁵.

L'encadrement procédural de l'élaboration des décisions des IRA est l'élément qui a le plus contribué à renforcer leur légitimité. En effet, depuis le vote du *Federal Administrative Procedure Act* de 1946³⁵⁶, la prise de décision en matière de régulation a pris des formes de plus en plus juridiques. Cette loi de procédure administrative s'applique à l'ensemble de l'appareil administratif américain, services intégrés comme agences indépendantes³⁵⁷. L'APA

³⁵⁴ Rouban L. : « Evaluation des politiques publiques et mouvement de dérégulation aux Etats-Unis », précité, p. 85.

³⁵⁵ Dans un souci pragmatique propre au système américain, le Congrès a cru bon d'émettre l'idée d'instaurer un système d'évaluation périodique des autorités de régulation pour justifier leur efficacité. Le projet n'a eu d'applications que dans les Etats fédérés. Concrétisé par les « *Sunset Legislation* », il était conçu comme un outil visant à encadrer les procédures d'évaluation des structures créées par la loi. Ces structures devaient disparaître automatiquement à une certaine date, sauf intervention législative motivée par un rapport d'activité de l'institution (apparaît ainsi le caractère transitoire et temporaire des institutions régulatrices). Un audit de performance de ces institutions devait aussi être mis en place. En 1981, 34 Etats avaient institué, sous une forme ou sous une autre une « *Sunset Legislation* » dans la lignée du précurseur, le Colorado. Voir : Rouban L. : « Evaluation des politiques publiques et mouvement de dérégulation aux Etats-Unis », précité, p. 85.

³⁵⁶ *Federal Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C. 551-596, 701-706.

³⁵⁷ Il résulte de la jurisprudence *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (435 U.S. 519 (1978)) que, sauf disposition du *due Process Clause* ou des statuts constitutifs des agences,

scinde le fonctionnement des autorités en deux catégories. La première tend à l'élaboration des règles (*Rule-making*) et la seconde réside dans l'édition de rendre de décisions individuelles (*adjudication*). Pour ce qui est de la première catégorie, l'APA distingue entre l'élaboration des règles formelles (*hard law*) et des règles informelles (*soft law*).

Les règlements, règles formelles résultant de leurs pouvoirs quasi-législatifs, relèveraient en principe de la seule compétence législative. Les IRA doivent par conséquent édicter des actes normatifs en respectant des garanties similaires à celles qui entourent la confection des lois. Ainsi le paragraphe 553 de l'APA impose aux agences le strict respect d'impératifs de transparence, de publicité et de participation des intéressés³⁵⁸.

Toutes les réformes et ajouts apportés à l'*Administrative Procedure Act* de 1946 sont allés dans le sens d'un approfondissement des garanties procédurales telles la transparence, la publicité et la démocratie participative³⁵⁹. Le *Freedom of Information Act* de 1966³⁶⁰, obligeait les agences à « ouvrir leurs tiroirs » en reconnaissant le droit d'accès des citoyens aux documents détenus par les autorités publiques. En 1977 le *Government of Sunshine Act*³⁶¹ permettait à tout intéressé d'assister aux débats concernant une réglementation générale. Pour certaines agences (la F.C.C. et la F.T.C. par exemple) les citoyens avaient le droit de venir défendre leurs points de vues et parfois même de consulter les dossiers et d'interroger les témoins ou agents.

A partir des années 1990, *The negotiated Rulemaking Act*³⁶² a ajouté une procédure négociée³⁶³ à la procédure générale d'élaboration de règlements de la loi de 1946. En plus, un décret présidentiel de l'administration Clinton de 1993 a imposé aux agences le recours systématique à un bilan « coûts/avantages » pour tout projet de règlement³⁶⁴.

l'APA établit les règles de procédure maximales, applicables à une agence, qu'un tribunal est en droit d'exiger. Tribe Laurence H., « *American Constitutional Law* », précité, p. 292.

³⁵⁸ En ce sens : Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 759.

³⁵⁹ Jacques Chevallier définit la nouvelle « démocratie participative » comme « l'octroi aux citoyens d'un pouvoir d'intervention dans la marche de l'administration (qui) est censé combler les lacunes de la démocratie représentative, fondée sur le principe de délégation, en redonnant aux intéressés une emprise concrète sur la chose publique ». Chevallier J., *L'Etat post-moderne*, Coll. Droit et société, L.G.D.J., 2003, p. 176.

³⁶⁰ 5 U.S.C. 552 et s.

³⁶¹ 5 U.S.C. 552b et s.

³⁶² 5 U.S.C. 561-570.

³⁶³ L'agence, libre d'avoir recours à ce procédé, si elle l'emprunte, doit rentrer dans une dynamique de collaboration avec le secteur régulé et les groupes d'intérêts qui le composent.

³⁶⁴ *Executive order no. 12866*, du 30 septembre 1993, 58 F.R. 51735.

L'ensemble de ces mesures a permis de rationaliser l'action des agences en développant à la fois la démocratie participative et le souci d'efficacité dans l'élaboration des règlements.

En même temps qu'un contrôle procédural, c'est un contrôle financier qui est mis en place. Des procédures non formalisées sont exercées par le Congrès via le *Congressional Budget Office* (C.B.O.) et le *General Accounting Office* (G.A.O.)³⁶⁵. La sollicitation du G.A.O., agence de la branche législative créée en 1921, est intervenue dans le cadre d'une prise de conscience du Congrès de la faiblesse de sa position. Il décida de mener une véritable politique de mutations affectant le processus de contrôle des finances publiques à partir des années soixante³⁶⁶. Le G.A.O. est appelé à contrôler *a posteriori* les diverses activités administratives dans le cadre d'une politique d'audit intégré (« *comprehensive audit* ») en appréciant, dans un même processus d'évaluation, à la fois le respect des normes juridiques, la correcte adéquation de l'organisation aux programmes ainsi que l'efficacité des politiques publiques. Les rapports d'audit, publiés par le G.A.O., peuvent être considérés comme la source la plus importante d'évaluation de l'activité des ARI.

L'action du G.A.O. est complétée et enrichie par une autre agence relevant du pouvoir législatif, le C.B.O. qui prépare et analyse pour le Congrès le projet de loi de finances. Or, le contrôle financier est « d'une redoutable efficacité pour diriger l'action des agences ; en diminuant les crédits d'une agence, le Congrès peut orienter son action dans un sens très différent de celui qu'elle avait pris et, inversement, par une augmentation de crédits, le législateur peut récompenser celles qui l'ont loyalement et fidèlement servi »³⁶⁷. Par exemple, en 1982, le budget de la F.T.C. a été conçu de telle sorte qu'il supprimait sa fonction antitrust par une diminution de 30% de ses crédits³⁶⁸. Arme à double tranchant, légitimant d'un côté, mais paralysant de l'autre.

³⁶⁵ Ces contrôles ressemblent à ceux qu'exerce le Parlement Européen à l'égard des Agences Communautaires. Yataganas X.-A. : « *Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independant agencies* » précité.

³⁶⁶ C'est la section 204 du *Reorganization Act* de 1970 qui lui donna l'un de ses pouvoirs les plus efficaces, la mise au point d'études coûts-bénéfices à la demande de l'une des chambres.

³⁶⁷ Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 759.

³⁶⁸ Dans le même sens, un responsable de la F.T.C. déclara que : « non seulement le Congrès avait refusé en 1962 de financer une étude sur les relations entre grandes sociétés (...) qui aurait été fort utile en matière de lutte anti-trust, mais il ne vota le budget de la F.T.C. dans les trois années qui suivirent que sous la condition expresse qu'aucune partie de ce budget ne serait affectée à cette étude particulière ». Propos rapportés in : Toinet M.-F., *Le système politique des Etats-Unis*, PUF, 1987, p. 222.

Paradoxalement, les contrôles s'exercent aussi en provenance du pouvoir exécutif. L'administration, sous prétexte d'éviter des mesures économiquement injustifiées, a commencé à mettre en place des mécanismes de supervision (« *executive oversight* »). Ces contrôles trouvaient leur fondement dans la disposition constitutionnelle donnant pouvoir au Président pour veiller à ce que les lois soient fidèlement exécutées³⁶⁹.

L' *Executive Order* 12044³⁷⁰, sous la présidence de Jimmy Carter, demandait en 1978 aux agences de réexaminer les coûts et bénéfices de leurs activités réglementaires, sous l'égide de l'*Office of Management and Budget* (O.M.B.), créée en 1970. Dans le même dessein, en 1981, le Président Reagan créait la « *Task Force on Regulatory Relief* », animée par l'O.M.B. et chargée de procéder à un contrôle encore plus strict de l'efficacité et du coût des politiques publiques des agences. Enfin, l'*Executive Order* 12291³⁷¹ obligeait les agences à soumettre leurs règlements les plus importants (« *major rule* »)³⁷² à une analyse d'impact de la régulation (« *Regulatory Impact Analysis* », R.I.A.).

La mesure la plus intéressante est l'*Executive Order* 12498³⁷³ de janvier 1985. Cette décision donne au très puissant *Office of Management and Budget*, une responsabilité accrue dans la supervision des agences. Sa mission s'étend, dès lors, jusqu'à la supervision et la coordination du travail de régulation des agences.

L'O.M.B. intervient finalement durant trois phases du processus. Tout d'abord, elle peut réviser le programme de régulation que l'agence lui remet, dans le but d'éviter la duplication du travail de différentes agences. Ensuite, elle reçoit l'analyse d'impact (R.I.A.) dans lequel figure le coût de la régulation proposée, qu'elle révisé en collaboration avec l'agence. Enfin, après avoir eu l'accord de l'O.M.B., l'agence doit publier la « *notice of proposed rulemaking* » au registre fédéral³⁷⁴. La notice est ensuite ouverte à un débat public et les commentaires des intéressés seront pris en compte dans la décision finale.

Enfin, un dernier *Executive Order* 12866³⁷⁵, intervenu sous l'administration Clinton, vient approfondir les effets des dispositions précédentes en exigeant que la régulation

³⁶⁹ Article II, Section 3.

³⁷⁰ 43 FR 12661.

³⁷¹ 46 FR 13193.

³⁷² *Major rule* : règlement qui entraîne, pour l'économie, un coût annuel égal ou supérieur à 100 millions de dollars.

³⁷³ 50 FR 1036.

³⁷⁴ *Federal Register*, équivalent de la série C du Journal Officiel des Communautés Européennes.

³⁷⁵ 58 FR 51735.

n'intervienne qu'à certaines conditions. Elle doit être requise par le législateur, nécessaire pour interpréter la loi et intervenir quand un intérêt public impérieux l'exige. De plus, la régulation doit respecter douze principes³⁷⁶ dont, par exemple, l'efficacité, l'économie des coûts qu'elle génère, la maximisation des bénéfices nets qu'elle produit, tout ceci en tenant compte des considérations d'équité. Ces principes généraux forment un cadre réglementaire que doit respecter toute régulation.

Cet encadrement interne de la procédure suivie par les IRA, participant de la recherche d'*accountability*, fait ressembler de plus en plus celles-ci à des tribunaux. Comme le souligne le Professeur Giandomenico Majone, « après tout, une des caractéristiques les plus importantes des tribunaux est leur indépendance ». Cet encadrement *ex ante* est complété par un contrôle *ex post* visant à faire respecter le principe du « *due process* ».

B Le contrôle externe des *Independent Regulatory Agencies*

La particularité des IRA fait qu'elles sont à la fois des juridictions de premier degré, dans la mesure où elles disposent d'une compétence sur le contentieux relatif à leur secteur (« *Primary jurisdiction* »), mais leurs décisions sont aussi susceptibles de recours devant les tribunaux judiciaires et la Cour Suprême.

Le *judicial review*³⁷⁷ est donc le moyen le plus sûr de garantir une certaine responsabilité, au sens d'« *accountability* », des autorités de régulation, notamment aux yeux du public. Les IRA sont soumises à un contrôle de légalité de leurs actes, légalité externe comme légalité interne. Le contentieux relatif à la légalité externe des actes des IRA se rapporte principalement à la conformité de ceux-ci à l'APA. Pour la légalité interne, il s'agit, entre autres, du respect de la délégation de compétences qui leur a été octroyée.

Les recours exercés contre les actes ou actions des IRA suivent, sauf exception contenue dans l'APA³⁷⁸, le régime juridique général de procédure administrative concernant l'ensemble des agences. Ce régime, décrit dans le paragraphe 706 de l'*U.S. Code*, habilite la Cour compétente à traiter toute question de droit, à interpréter toute disposition

³⁷⁶ *Executive Order* 12866, Section 1 (b).

³⁷⁷ *Judicial review* : contrôle juridictionnel exercé par une juridiction de degré supérieur portant essentiellement sur la régularité des jugements des tribunaux de degré inférieur et sur la légalité des décisions administratives.

³⁷⁸ 5 U.S.C. 570, par exemple, qui ne soumet pas la décision d'initier, poursuivre ou arrêter une procédure négociée au *judicial review*.

constitutionnelle ou statutaire, et à déterminer le sens ou l'applicabilité des dispositions de l'action d'une agence.

La Cour doit censurer l'action ou l'inaction illégales, ainsi que le non respect d'un délai raisonnable pour la mise en oeuvre d'une action. Elle doit aussi écarter toute mesure ou conclusion susceptible d'être arbitraire, capricieuse ou excessivement discrétionnaire³⁷⁹. Elle doit censurer l'excès de pouvoir, d'autorité ou le manque de compétence légale. Elle doit écarter toute mesure ou conclusion n'ayant pas respecté la procédure légale ou ne se fondant pas sur des preuves substantielles³⁸⁰.

Il est possible de rapprocher ces éléments de la classification des moyens d'annulation en droit administratif français³⁸¹ : l'incompétence (excès de pouvoir) et le vice de procédure ou de forme (non respect de la procédure légale) pour la légalité externe ; l'illégalité en raison du contenu de l'acte (manque de compétence légale) ou en raison des motifs de l'acte (ne se fondant pas sur des preuves substantielles), l'illégalité en raison du but de l'acte (excès d'autorité, mesure capricieuse) pour la légalité interne.

L'étendue du contrôle juridictionnel a été définie par la Cour Suprême dans l'arrêt précité *Chevron*³⁸². Comme le souligne le Professeur Elisabeth Zoller, « l'étendue du contrôle du pouvoir judiciaire sur les agences a varié depuis le New Deal. Très poussé (...) jusqu'aux années 1980, il s'est rétréci et replié (...) »³⁸³. D'un contrôle entier il a évolué jusqu'à devenir ce qui pourrait être assimilé au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Ainsi l'illustre le

³⁷⁹ Le Juge sera dès lors assez strict sur l'exigence de motivation des actes. Il vérifiera la présence des données factuelles, la méthodologie utilisée dans le raisonnement qui mène des données à la norme proposée, l'analyse du fondement et du but de la réglementation, et les réponses données aux commentaires du public les plus pertinents. En ce sens : Majone G., *La Communauté européenne : un Etat régulateur*, précité, p. 147.

³⁸⁰ 5 U.S.C. 706: « *To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall :*

(1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and

(2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be :

(A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;

(B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;

(C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right;

(D) without observance of procedure required by law;

(E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or

(F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.

In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error. ».

³⁸¹ Chapus R., *Droit administratif général*, Tome 1, 15^{ème} édition, 2001, Montchrestien, n° 1211. Sur le contrôle des actes des autorités de régulation indépendantes en Europe, voir *infra*, p. 466 et s.

³⁸² *Chevron U.S.A. Inc. v National Resources Defense Council Inc.* 467 U.S. 837 (1984).

³⁸³ Zoller E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, précité, p. 1016.

Professeur Frank Moderne : « la Cour Suprême relève que l'autorité judiciaire est celle qui décide en dernier lieu et qu'il lui appartient de condamner les interprétations des agences dans l'exercice de leurs pouvoirs réglementaires si elles sont manifestement contraires à l'intention clairement exprimée du législateur »³⁸⁴.

En témoigne l'opinion de la Cour lue par le Juge Stevens qui, pour illustrer l'intensité du contrôle exercé par la Cour sur l'interprétation de l'agence, va se fonder sur la notion d'« interprétation raisonnable » : « Si le Congrès a explicitement laissé un vide pour que l'agence le remplisse, il y a délégation expresse de compétences à l'agence qui devra élucider une disposition spécifique de la loi en exerçant un pouvoir réglementaire. De tels règlements font nécessairement autorité, à moins qu'ils ne soient arbitraires, fantaisistes ou manifestement contraires à la loi. (...) En ce cas, le juge ne peut pas substituer sa propre interprétation d'une disposition législative à l'interprétation raisonnable faite par un responsable de l'agence »³⁸⁵. Ces propos démontrent qu'une interprétation est raisonnable si elle n'est pas, entre autres, manifestement contraire à la loi. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est bien caractérisé. Au fil des considérants, cette intensité du contrôle du juge se confirme. En effet, la Cour relève qu'une agence peut changer sensiblement son interprétation de la loi. Elle ajoute que la première interprétation donnée par une agence n'est « pas taillée dans le marbre »³⁸⁶ : « Si ce choix représente un compromis raisonnable entre des politiques contradictoires confiées par la loi au soin de l'agence, nous ne devons pas gêner son action (...) »³⁸⁷. Outre la reconnaissance de l'interprétation téléologique des statuts constitutifs des agences, il faut retenir l'arrêt *Chevron* en tant qu'il consacre le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et comme « ayant marqué un tournant dans l'implication du pouvoir judiciaire dans le fonctionnement de l'Etat administratif »³⁸⁸.

Un contrôle externe et un contrôle interne des IRA sont donc les clefs qui ont permis à l'institution nord-américaine de se pérenniser. Mais, outre cette permanence, il convient aussi d'observer un certain rayonnement des IRA au-delà des frontières. En effet, nombre de pays ont importé l'exemple de l'agence indépendante de régulation, notamment dans les Etats en

³⁸⁴ Moderne F. : « Etude comparée, les modèles étrangers », in Timsit G., Colliard C.-A. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, précité, p. 217.

³⁸⁵ *Chevron U.S.A. Inc. v National Resources Defense Council Inc.* 467 U.S. 837 (1984), in Zoller E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, précité, p. 1020.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ Zoller E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, précité, p. 1018.

voie de développement³⁸⁹. La question du rayonnement, en Europe, du modèle nord-américain est, quant à elle plus controversée. Il apparaît néanmoins que les IRA ont été un modèle de référence, en particulier pour les agences indépendantes de régulation britanniques, mais aussi, par un phénomène d'interpénétration des droits, pour les agences d'Europe continentale.

³⁸⁹ En ce sens : Moderne F. : « Etude comparée, les modèles étrangers », in Timsit G., Colliard C.-A. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, précité, p. 188.

Conclusion du chapitre

Les *Independent Regulatory Agencies* aux Etats-Unis ont cette particularité d'avoir été conçues pour répondre à un manque de concurrence entre entreprises privées sur des marchés présentant un intérêt public. Cet interventionnisme étatique a donc pris corps, en premier lieu, pour faire face à de problématiques interétatiques et plus généralement de concurrence puis, en second lieu, s'est étendu aux secteurs des télécommunications et de l'énergie. Les IRA créées pour prendre en charge la régulation de ces marchés ne doivent leur indépendance qu'à un souci, de la part du Congrès, de ne pas amplifier les pouvoirs du Président. Par conséquent, le législateur a délégué des fonctions de régulation sectorielle à des entités indépendantes de l'exécutif. Le facteur principal de l'indépendance octroyée à ces agences est donc le souci d'externaliser ces activités par rapport à la hiérarchie administrative traditionnelle au sommet de laquelle se trouve le Président. Ce facteur relève donc de la politique institutionnelle et non d'un souci de rationaliser l'action de l'administration.

Les *Independent Regulatory Agencies* ont perduré aux Etats-Unis, malgré des critiques récurrentes sur leur possible capture ainsi que sur leur manque de légitimité, grâce à une jurisprudence constructive de la Cour Suprême doublée d'un encadrement efficace. Le juge américain a consacré le principe de l'indépendance des agences vis-à-vis du pouvoir exécutif et a admis que le Congrès puisse leur confier à la fois des compétences réglementaires et de décision individuelle. Cependant, l'exercice de ces compétences, même s'il autorise une marge de manoeuvre conséquente, doit être délimité par un « principe intelligible » visant à déterminer les standards et la politique générale fixant le cadre de l'activité des IRA. De plus, les agences sont reliées aux trois branches du pouvoir par la soumission à une multiplicité de contrôles, dont l'ensemble est décrit comme réalisant un « équilibre interpolable ». Ils émanent, en premier lieu, du pouvoir législatif qui a fixé des règles procédurales strictes dans l'*Administrative Procedure Act* et surveille activement l'efficacité et la régularité financière des actions menées par les agences. En deuxième lieu, le pouvoir exécutif, par le biais de commissions, analyse l'impact des réglementations les plus importantes des IRA. En dernier lieu, l'ensemble des actes des *Independent Regulatory Agencies* peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel dont l'intensité est restreinte. Cet élément apparaît comme une faiblesse du système envisagé aux Etats-Unis alors que le reste des méthodes de l'encadrement peuvent être retenues dans une optique comparée.

Chapitre II : L'adaptation d'un modèle de régulation externalisée, l'Office personnifiée au Royaume-Uni

Au Royaume-Uni³⁹⁰, le procédé de l'externalisation de certaines fonctions dans les mains de commissions indépendantes est éprouvé depuis plus d'un siècle. En témoigne, à la fin des années 1970, un difficile recensement de ces commissions aux dénominations et statuts disparates. Les britanniques, dans le cadre d'un désengagement général de l'Etat de certaines fonctions, et à l'heure de privatiser leurs *public utilities*, ont adapté leurs propres traditions de délégation à des entités indépendantes, tout en s'inspirant du « modèle états-unien », pour mettre en place les premières autorités de régulation indépendantes des services publics organisés en réseau en Europe. Ils ont estimé, dès les années 1980, que la privatisation des services publics industriels et commerciaux impliquait de confier la surveillance de ces nouveaux marchés à des entités indépendantes, réactives et à l'abri des pressions politiques. Comme aux Etats-Unis, l'indépendance est le moyen de garantir l'externalisation de la fonction de régulation des *public utilities*. En s'inspirant des critiques adressées au « modèle états-unien », notamment sa lenteur, ils décidèrent de confier l'ensemble de la régulation indépendante à une seule personnalité, le régulateur, assistée par un Office. Les caractéristiques principales du « modèle britannique »³⁹¹ résident donc dans une forte inspiration du modèle de régulation nord-américain et une adaptation à ses propres traditions par le biais de la personnification (Section I).

Le Royaume-Uni est ainsi devenu le « laboratoire européen des nouvelles formes de régulation »³⁹². « Laboratoire », car le Royaume-Uni connaît le principe de l'externalisation de certaines fonctions, entre les mains d'entités publiques (*Public Bodies*)³⁹³, depuis déjà plus d'un siècle. « Laboratoire », ensuite, car c'est le premier pays qui s'est lancé, depuis la deuxième Guerre Mondiale, dans la privatisation des services publics industriels et

³⁹⁰ Le terme de Royaume-Uni est préféré à celui de Grande-Bretagne puisque la très grande majorité des régulateurs indépendants, puis des autorités de régulation indépendantes, est compétente sur le territoire du Royaume-Uni. Certains voient cependant leurs compétences limitées à la Grande-Bretagne. Il en est ainsi d'Ofgem qui, pour des raisons pratiques, dispose d'un champ de compétences réduit à la Grande-Bretagne. L'Irlande et l'Irlande du Nord disposent d'un seul et même régulateur de l'énergie pour toute l'île. Pour ne pas alourdir la formulation des propos, le terme « modèle britannique » sera quand même utilisé.

³⁹¹ Voir : Dumez H. Jeunemaître A. : « La régulation des monopoles au Royaume-Uni, le modèle de référence ? », *Chroniques économiques*, n°5, 15 mai 1994, p. 171. De même : Rapport Commission d'enquête du Sénat « La politique énergétique de la France : passion ou raison ? » 439 (97-98) du 20 mai 1998, Revol H., Rapporteur, Valade J., Président, 1^{ère} partie, point 2, qui cite explicitement le « modèle anglais de la régulation ».

³⁹² ENA, *Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne*, Tome II, La Documentation française, p. 499.

³⁹³ Voir *infra* p. 92 et s.

commerciaux organisés en réseau. Le premier aussi qui a confié une partie de la régulation de ces services à des autorités de régulation indépendantes (ARI). « Laboratoire », enfin, car les britanniques ont su adapter leurs institutions tout en s’inspirant des lacunes et des critiques adressées au « modèle états-unien ».

Mais si un nouveau modèle de régulation indépendante personnifiée est né de l’expérience britannique, il n’aura duré que quelques années. En effet, la difficile détermination de la catégorie juridique à laquelle appartiennent les régulateurs indépendants personnifiés au Royaume-Uni implique des incertitudes sur le degré d’indépendance requis. Par conséquent, la pratique même de ce type de régulation a été très conflictuelle (Section II). Une trop forte concentration de pouvoirs en une seule main et des conflits entre régulateurs et régulés ont précipité ce modèle vers sa propre fin. Cependant, grâce à l’initiative britannique, le principe de la régulation indépendante des services publics organisés en réseaux a pu pénétrer en Europe et influencer les autorités communautaires comme nationales.

Section I : Influence combinée des usages nationaux et du « modèle états-unien »

Ce qui peut être qualifié de « modèle britannique » de régulation est la résultante de plusieurs éléments. Tout d’abord, ce modèle a connu une longue tradition d’externalisation de certaines compétences à des *Public Bodies*, en marge de l’administration traditionnelle³⁹⁴ (§1). Ensuite, il a su répondre pratiquement à la nécessité de surveiller, de manière efficace, rapide, peu contraignante et sans pressions de la part du politique, les nouveaux marchés issus des privatisations des anciens monopoles publics. Enfin, il a pris en compte l’expérience nord-américaine dans ce domaine pour éviter les mêmes écueils (§2).

§1 Une tradition d’externalisation éprouvée

L’organisation administrative britannique regorge d’institutions plus ou moins indépendantes des ministères, dénommées *Public Bodies*. Cette tradition de confier certaines missions à des comités, commissions ou agences, a toujours permis de mettre à l’abri de considérations politiques certains domaines et de dégager le gouvernement d’activités

³⁹⁴ Les *Public Bodies* sont parfois qualifiées de *Fringe Bodies*, littéralement : entités « en marge ».

encombrantes³⁹⁵. Devant l'inflation incessante de ces *Public Bodies*, le gouvernement conservateur, au début des années 1980, décida d'engager des mesures de rationalisation de l'action administrative. Ainsi, tout le paradoxe de la création des « régulateurs indépendants » des services publics organisés en réseau au Royaume-Uni, vient du fait qu'elle intervient à une période de l'histoire administrative britannique au cours de laquelle les *Public Bodies* étaient si nombreux, si inefficaces, qu'il a été décidé d'en réduire le nombre de manière drastique.

A Le développement croissant des *Public Bodies*

La création d'agences publiques spécialisées, sur la base d'une réponse pragmatique à certains besoins, est un phénomène traditionnel au Royaume-Uni³⁹⁶. Pendant la période des réformes administratives et sociales du milieu du XIX^{ème} siècle, des tentatives ont été faites pour créer des organismes dépendants du gouvernement central, au rang et aux compétences nationales³⁹⁷. L'expérience la plus significative fut celle de l'*English Poor Law*, en 1834. Les commissaires de cette institution étaient chargés de la surveillance de l'administration locale par le biais de contrôles, de règles et d'injonctions. A la fin du XIX^{ème} siècle, l'idée d'investir des organismes dépendants d'un département du gouvernement fit son chemin. Elle avait cet avantage constitutionnel de renforcer le contrôle politique direct tout en assurant une responsabilité ministérielle³⁹⁸.

C'est au milieu du XX^{ème} siècle que la conception de l'Etat a évolué, en s'appropriant de vastes compétences sociales ou économiques. En développant un programme

³⁹⁵ Comme le souligne Nino Longobardi : « La création par le législateur d'Autorités Administratives Indépendantes, parfois imposées par le droit communautaire, peut aussi constituer un bon expédient pour « échapper à la responsabilité politique » en se déchargeant de choix difficiles ou coûteux sur un organe qualifié d'indépendant (il s'agit d'une sorte de pathologie du phénomène de neutralité, bien connue dans le contexte des USA comme le montre L. Barra Caracciolo : « *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA* », Turin, 1997, p. 196). Le phénomène réalise un « *displacement* » c'est-à-dire une translation des coûts politiques contingents sur un organe dont le caractère d'indépendance n'est qu'un moyen à cet effet et n'est pas considéré comme une valeur en soi. » in « Les Autorités Administratives Indépendantes, laboratoire d'un nouveau droit administratif », *L.P.A.*, 27 août 1999, n°171, p. 4.

³⁹⁶ En effet, c'est à partir du XVIII^{ème} siècle qu'un nombre considérable d'organismes locaux ont été créés pour exercer certains pouvoirs limités de police, de travaux publics, de construction d'infrastructures routières ou d'éclairage public. Ces organismes étaient en marge de tout contrôle administratif par le gouvernement central, mais sous l'emprise du contrôle de légalité.

³⁹⁷ En ce sens: Bradley, Wilford, David : *Constitutional and Administrative Law*, 12^{ème} édition, London, Longman 1997, Chapitre 14.

³⁹⁸ La responsabilité Ministérielle est un des piliers fondateurs du régime Parlementaire Britannique : le Ministre est responsable politiquement devant les Chambres de l'action de son Département. Comme le fait remarquer l'auteur anglais Sir Norman Chester : « La Chambre des Communes n'a jamais trouvé un moyen de rendre quelqu'un d'autre qu'un Ministre responsable devant elle ». Sir Norman Chester : « *Fringe Bodies, Quangos and all that* », *Public Administration*, 57-1, 1979, p. 51.

de nationalisations, tout comme le reste de l'Europe, le Gouvernement travailliste Atlee³⁹⁹ a appliqué, au Royaume-Uni, la doctrine du « *Welfare State* »⁴⁰⁰. Celle-ci impliquait une extension du secteur public, aussi bien à des fins sociales qu'à des fins industrielles. Dans cette optique, de nombreuses nationalisations ont suivi, notamment celles des *public utilities*⁴⁰¹. De grands monopoles verticaux furent créés, de façon à éliminer les risques liés à la concurrence et à la propriété privée, dans les secteurs électriques et gaziers. Ces nationalisations eurent pour conséquences une augmentation des charges confiées aux départements gouvernementaux, mais aussi la création disparate et exponentielle d'organismes publics et autres agences, qui n'ont jamais pu être classées ni comme des départements gouvernementaux ni comme des autorités locales⁴⁰².

Dans le secteur des *public utilities*, la période de nationalisations⁴⁰³ entre 1945 et 1951 a vu ces secteurs confiés, non pas aux départements ministériels, mais à des *Boards*⁴⁰⁴. Les ministres conservaient d'importants pouvoirs sur ces *Boards*, mais n'étaient pas impliqués dans la gestion journalière des services. Un paradoxe commençait à se former entre l'étatisation des *public utilities*, la création d'organismes autonomes⁴⁰⁵ et le principe de responsabilité ministérielle.

³⁹⁹ Gouvernement travailliste Atlee : 1945-1951.

⁴⁰⁰ Doctrine (acceptée aussi par le parti conservateur) qui ne sera remise en cause qu'à partir des années 80. Elle a été introduite au Royaume-Uni par le rapport Beveridge (Député conservateur qui a présidé la commission mise en place par le Gouvernement Churchill pour faire des propositions d'actions pour l'après-guerre) en 1942 (Sir William Beveridge : « *Social and Allied Services* » (*The Beveridge Report*), 1942). Cette doctrine et son rapport introductif sont à l'origine, entre autres, du système de soins médicaux gratuits sous l'égide du *National Health Services*.

⁴⁰¹ Notion propre au droit anglo-saxon qui n'a pas de traduction exacte en français, mais qu'il serait possible de rapprocher de la notion fonctionnelle des services publics. « L'expression *public utilities* parfois retenue en doctrine et dans les textes officiels [britanniques] désigne les services publics de proximité les plus importants (eau, gaz, électricité, postes, chemins de fer, voies routières, ports, aéroports, etc...) mais n'a pas de véritable valeur explicative. Ils furent caractérisés pendant longtemps par des structures monopolistiques, l'existence d'une infrastructure de réseaux et une position stratégique dans le développement économique. La liste des *Public Utilities* n'a jamais été dressée. (...) Les juges de *Common Law* ne semblent pas avoir éprouvé le besoin, pour les *Public Utilities*, de dégager des grands principes de fonctionnement tels les « Lois de Rolland ». De même, les nouvelles techniques d'intervention de la puissance publique ne fournissent pas une base suffisante pour l'élaboration d'une théorie originale de l'action administrative d'intérêt général. » in Moderne F., Marcou G. : *L'idée de Service Public dans le droit des Etats de l'Union Européenne*, Coll. Logique juridique, L'Harmattan, 2001. L'utilisation de la notion d'intérêt public dans l'usage d'un bien remonte, en Grande-Bretagne, aux écrits du juriste Lord Chief Justice Hale (1609-1676) dans son Traité « *De Portibus Maris* ». Pour l'apparition de la notion de « *public utilities* » aux Etats-Unis, voir *supra* p. 46 et s.

⁴⁰² En ce sens: Bradley, Wilford, David: *Constitutional and Administrative Law*, précité, Chapitre 14.

⁴⁰³ *Cable and Wireless Act 1946, Electricity Act 1947, Gas Act 1948*.

⁴⁰⁴ Organismes publics responsables devant le ministre compétent, en charge, par exemple de la distribution de l'énergie électrique (les 12 *Area Electricity Boards* sous le contrôle de la *British Electricity Authority* créée en 1948) ou du transport gazier (les 12 *Area Gas Boards*, sous le contrôle du *Gas Council*).

⁴⁰⁵ Ces organismes sont souvent dénommés les *Post War Agencies* : par exemple : *Civil Aviation Authority, Race Relations Board, Monopolies Commission, Independent Broadcasting Authority*, etc.

La première raison de l'externalisation de certains pouvoirs dans les mains d'organismes autonomes se trouve dans le désir de limiter autant que possible le contrôle et les influences politiques. En ce sens, les britanniques ont suivi à la lettre la philosophie du Ministre Herbert Stanley Morrison⁴⁰⁶, qui prêchait une certaine séparation entre l'Etat et les entreprises publiques. La deuxième raison trouve sa logique dans l'idée qu'un organisme autonome était censé avoir une vision à long terme, à l'abri des considérations de politique électorale⁴⁰⁷. Ces deux raisons sont souvent évoquées pour dissimuler un autre motif qui réside dans le désir, de la part du pouvoir exécutif, de se décharger de choix difficiles, coûteux ou impopulaires sur un organe qualifié d'indépendant qui en assumera les conséquences politiques⁴⁰⁸.

Il est relativement complexe de déterminer l'organisation des autorités publiques qui gravitent, avec un degré d'autonomie plus ou moins élevé, autour du système gouvernemental britannique.

La première tentative de recensement et de classification de ces organismes autonomes, les *Public Bodies*⁴⁰⁹, a été réalisée en 1953 par Sir Norman Chester dans son étude intitulée « Corporations publiques et classification des entités administratives »⁴¹⁰. Cette entreprise fut assez difficile vu le nombre, la variété et l'incohérence des structures de ces organismes. Il reconnaissait d'ailleurs lui-même que l'on pouvait passer une carrière entière de fonctionnaire à essayer de démontrer, d'une manière claire et précise, l'utilisation exacte des termes primordiaux de ce secteur compliqué de l'administration britannique⁴¹¹. En 1953,

⁴⁰⁶ Herbert Stanley Morrison (1888-1965) : Ministre travailliste qui posa au lendemain de la seconde Guerre Mondiale le principe de la séparation entre l'Etat et les entreprises publiques. Selon lui, l'entreprise nationalisée doit fonctionner comme une entreprise privée et ne peser d'aucun poids sur les finances de l'Etat, néanmoins, la propriété publique est le meilleur moyen de contrôler les monopoles naturels, ce qui consacre sa pensée selon laquelle « de telles industries devraient être gérées dans l'intérêt public ». Voir : Herbert Morrison: *Government and Parliament : a survey from the inside*, Oxford University Press, Oxford, 1954, Chapitre 12. Il élabora aussi le manifeste du Parti Travailliste en 1945 « *Let us Face the Future* » qui servira de ligne directrice au Gouvernement Atlee (1945-1951).

⁴⁰⁷ Sur le développement de cette problématique en Europe continentale, voir *infra* p. 175 et s.

⁴⁰⁸ Voir Longobardi N. : « Les Autorités Administratives Indépendantes, laboratoire d'un nouveau droit administratif », précité, p. 4.

⁴⁰⁹ Terme générique regroupant, actuellement, au sens institutionnel et doctrinal, un ensemble de trois types d'organismes : les *Public Corporations and National Industries*, les *National Health Service Bodies* et les *Non Departmental Public Bodies (N.D.P.B.)*. Ce terme exclut les *Next Steps Agencies* et les *Non-Ministerial Government Departments*. En ce sens : Bradley, Wilford, David : *Constitutional and Administrative Law*, précité, Chapitre 14 ; et *Cabinet Office : « Public Bodies 2005 »*, Agencies and Public Bodies Team. Voir *infra* p. 105 et s.

⁴¹⁰ Traduction libre de: « *Public Corporations and the Classification of Administrative Bodies* ». Sir Norman Chester, « *Public Corporations and the Classification of Administrative Bodies* », *Political Studies*, Vol. 1, numéro 1, p. 34.

⁴¹¹ Sir Norman Chester : « *Fringe Bodies, Quangos and all that* », précité, p. 51.

il classa ces organismes en trois groupes : les départements ministériels, les autorités locales et « le reste »⁴¹².

Une autre tentative fut menée en 1975 par trois auteurs⁴¹³, qui ont essayé de faire une distinction entre organismes gouvernementaux, quasi-gouvernementaux, quasi non gouvernementaux et non gouvernementaux, mais elle n'eût pas de retentissement du fait d'une utilité assez relative et d'une typologie contestable.

Enfin, l'étude officielle de référence fut menée en 1978 par Gordon Bowen dans un rapport, commandé par le Département du Service Civil (*Civil Service Department*), dans lequel les commanditaires lui imposèrent d'en exclure les Bureaux des entreprises nationalisées, les tribunaux (judiciaires ou quasi-judiciaires) et les organismes en charge des services de santé⁴¹⁴. Il recensa alors 119 organismes exécutifs, 37 réglementaires, 36 consultatifs, sur la base d'un faisceau de critères organiques⁴¹⁵. Cette étude fut très critiquée par Sir Norman Chester qu'il décrit comme « loin d'être complète »⁴¹⁶. Néanmoins, il l'utilisa pour tirer une conclusion qui servit, plus tard, au gouvernement de Margaret Thatcher : selon lui, leur nombre et leur coût ne cessaient d'escalader, et « l'augmentation numérique de ces organismes reflète les doutes croissants portant sur le caractère efficace et adéquat de leurs procédés »⁴¹⁷.

Sir Norman Chester critiqua aussi, en termes identiques, une autre étude, menée la même année par le bureau du parti conservateur (*Conservative Political Center*), qui en dit long sur ses positions à la veille des élections législatives ayant porté Margaret Thatcher au rang de Premier ministre. Cette étude évoquait déjà, dans son titre, l'état d'esprit de l'opinion conservatrice sur les *Public Bodies* : « L'explosion des *Quangos* : entités publiques et

⁴¹² Sir Norman Chester définit «Le reste», par opposition aux deux autres catégories, comme « des organismes administratifs gouvernementaux disposant de pouvoirs statutaires et de responsabilités et qui ne sont ni une autorité ministérielle ni une autorité locale ». Cette classification, comme les suivantes, a été critiquée par la doctrine britannique.

⁴¹³ Hague D.C., Mackenzie W.J.M., Barker A., *Public Policy and Private Interests*, Macmillan, London, 1975. Hague et Barker réclameront plus tard la paternité du terme «*Quango*».

⁴¹⁴ En incluant ces domaines, leur nombre s'estimerait entre 700 et 1600 selon les différents recensements. Moderne F. : « Etude comparée », in Colliard C.-A., Timsit G. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, p. 200.

⁴¹⁵ Ces critères sont les suivants: leur création par acte parlementaire, leur non appartenance à la « Couronne », leur financement par des aides publiques, la nomination de leur directeur par le Ministre, le personnel civil, les comptes annuels approuvés par le Ministre compétent et soumis au Parlement, la publication d'un rapport annuel. Il faut noter que sur les 252 organismes recensés, 33 seulement cumulaient les sept critères, ce qui met en relief la difficulté d'une distinction par critères.

⁴¹⁶ Sir Norman Chester : « *Fringe Bodies, Quangos and all that* », précité, p. 51.

⁴¹⁷ Traduction libre de : « *The growth of such bodies reflects the growing doubt about the adequacy and effectiveness of these procedures* ». Sir Norman Chester : « *Fringe Bodies, Quangos and all that* », *Ibid.*

patronage ministériel »⁴¹⁸. Elle dénonçait avec vigueur les abus d'un système qui alourdissait les contraintes sur les citoyens et sur les entreprises en déresponsabilisant les ministres. Sir Norman Chester concentra ses critiques sur l'utilisation du terme *Quango* qui, selon lui, était censé couvrir des organismes privés dépendant d'une certaine manière du gouvernement. Ce terme *Quango* est assez controversé : il signifie « selon certains, *quasi autonomous national governmental organizations*⁴¹⁹, pour d'autres, le terme est d'origine américaine et fut utilisé au sens de *quasi autonomous non governmental organizations*⁴²⁰, dans le cadre des séminaires de la Fondation Canergie à la fin des années 60 »⁴²¹. Cette controverse sémantique met en relief l'existence ou non d'un rattachement au gouvernement. La réalité de ce rattachement implique, de fait, la qualification d'entité externalisée ou, *a contrario*, intégrée au gouvernement. Ce lien sera par conséquent de la plus haute importance, lorsqu'il s'agira de déterminer la catégorie à laquelle appartiennent les autorités de régulation britanniques⁴²². Néanmoins, sachant que le terme *Quango* est controversé et qu'il appartient plus au langage courant qu'à une terminologie et une réalité juridique bien précises, il ne sera plus utilisé, par souci de clarté⁴²³.

La difficile identification et classification des *Public Bodies* en droit public britannique fait ressortir une double fragilité de l'institution. Une fragilité constitutionnelle due à l'absence de critères homogènes et de fondements uniformes de ce type d'institution. Une fragilité du point de vue de la science administrative du fait d'un manque d'étude et de cohérence sur leur place dans le spectre de l'organisation administrative britannique. Au-delà de ces considérations, il faut reconnaître aux *Public Bodies* une certaine utilité ainsi qu'une grande popularité jusqu'au début des années 80. Néanmoins, à partir de cette période, l'ensemble de la doctrine juridique et de la pensée politique s'est entendue sur un point : les *Public Bodies* étaient trop nombreux, trop coûteux et relativement inefficaces. C'est dans ce cadre qu'est intervenu le mouvement de réformes, initié par Margaret Thatcher.

⁴¹⁸ Traduction libre de: « *The Quango explosion : Public Bodies and Ministerial Patronage* ». Rapport Philip Holland (MP) et Michael Fallon de 1978, « *The Quango explosion : Public Bodies and Ministerial Patronage* », London, Conservative Political Center, n° 631813627, 1978, 70 pp.

⁴¹⁹ Organisation gouvernementale nationale quasi autonome.

⁴²⁰ Organisation non gouvernementale quasi autonome.

⁴²¹ Moderne F. « Étude comparée », in Colliard C.-A., Timsit G. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, précité.

⁴²² Voir *infra* p. 105 et s.

⁴²³ De même que la terminologie utilisée par Sir Norman Chester de « *Fringe Bodies* » (littéralement : organismes en marge) qui est synonyme de *Public Bodies*.

B Le paradoxe du « Thatchérisme » : la chasse aux agences

L'arrivée au pouvoir du Gouvernement Thatcher, après les élections législatives de 1979, a provoqué de grands bouleversements dans le système d'interventionnisme étatique au Royaume-Uni. Le Premier ministre estimait qu'il était urgent de rompre, dans le domaine des *public utilities*, avec le passé, c'est-à-dire l'interventionnisme administratif et la cogestion entre l'administration et les syndicats. L'option retenue pour couper les cordons fut celle de la privatisation⁴²⁴.

Pour parvenir à une gestion efficace de l'administration, une réduction générale et massive du nombre de fonctionnaires fut réalisée. De plus, dans la lignée du rapport Holland et Fallon⁴²⁵, jugé assez partisan, le Gouvernement demanda une autre étude complète sur la situation, le nombre et l'efficacité des *Public Bodies*. Cette étude fut menée par Sir Leo Pliatzky en 1980⁴²⁶. Son titre, « Rapport sur les entités publiques non départementales », introduit une nouvelle notion dans la science administrative britannique : les *Non Departmental Public Bodies* (N.D.P.B.)⁴²⁷, qu'il définit comme des « institutions qui ont un rôle dans le gouvernement national, mais qui ne sont pas des départements ou des parties du gouvernement et qui, par conséquent, agissent plus ou moins à distance (ou à portée de bras⁴²⁸) des Ministres »⁴²⁹. Cette notion fut par la suite affinée par la doctrine⁴³⁰, mais déjà le caractère de l'externalité par rapport au gouvernement commence à émerger.

⁴²⁴ Sa philosophie peut se résumer avec ses propres mots: « *The Conservative Party has never believed that the business of government is the government of business* ». in Timsit G. : « L'évolution du secteur public au Royaume-Uni », Timsit G. (dir.), *Les entreprises du secteur public dans les pays de la Communauté Européenne*, actes du colloque tenu à l'Université Paris I les 9 et 10 mars 1985, Institut Européen d'Administration Publique, Bruylant, 1987, p. 475. Margaret Thatcher soutiendra aussi que le rôle du Gouvernement est de passer « de la rame au gouvernail ».

⁴²⁵ Rapport Philip Holland (MP) et Michael Fallon de 1978, « *The Quango explosion : Public Bodies and Ministerial Patronage* », précité.

⁴²⁶ L. Pliatzky, « *Report on Non-Departmental Public Bodies* », London, HMSO (Cmnd 7797), 1980, 186 p.

⁴²⁷ Entités Publiques Non Départementales.

⁴²⁸ Il convient de relever l'ambiguïté de la traduction de « *at arm's length* » qui peut signifier à la fois « à distance », ce qui impliquerait un certain degré d'indépendance, et « à portée de bras », ce qui impliquerait un certain contrôle. Dictionnaire Harrap's, Bordas.

⁴²⁹ Traduction libre de: « *A body which has a role in the processes of national government, but is not a government department, or part of one, and which accordingly operates to a greater or lesser extent at arm's length from ministers* ».

⁴³⁰ La notion de *Non Departmental Public Bodies* (N.D.P.B.), inclue dans la catégorie générique des *Public Bodies* est composée de trois types d'organismes: les *Executive Bodies* qui agissent au nom du gouvernement, les *Advisory Bodies* qui donnent des avis d'expertise indépendante, les *Tribunals*, (ce sont des tribunaux administratifs, dans la mesure où ils appartiennent au système administratif, ces organismes, qui ne se confondent pas avec les *Courts* puisqu'ils ne relèvent pas du pouvoir judiciaire, mais soumis au contrôle des Cours ordinaires et de la *Hight Court*, sont placés sous la responsabilité d'un Ministre) dont la juridiction est compétente sur des domaines juridique spécialisés. En ce sens : Bradley, Wilford, David : *Constitutional and Administrative Law*, précité, Chapitre 14 ; et *Cabinet Office* : « *Public Bodies 2005* », précité.

Ce rapport, en se limitant à l'étude des « organismes publics non ministériels », les N.D.P.B., recensait : 489 institutions « exécutives » ou « administratives », et 67 réseaux de tribunaux « quasi-judiciaires ». Il soulignait l'énorme diversité de fonctions, de structures et de pouvoirs parmi ces organismes. Leurs origines étaient également très variées : beaucoup furent établis par une législation parlementaire, certains furent créés par Charte Royale, et d'autres encore par simple instruction interne du ministère. Comme l'a souligné Sir Norman Chester dans « *Fringe Bodies, Quangos and all that* », le seul élément commun de ces organismes était que leur responsabilité à l'égard des autorités publiques, le Ministre, le Parlement ou le Conseil local, était indirecte et limitée. Enfin, il dénonçait leur nombre sans cesse croissant et demandait l'abolition de certains « *Quangos* » jugés inutiles ou inefficaces.

Ce rapport a servi de tremplin à la politique Thatchérienne qualifiée par les médias et la doctrine⁴³¹ de « chasse aux *Quangos* ». Les premiers résultats de cette politique de recherche d'efficacité administrative ont été annoncés, au cours de la campagne législative de 1983, cinq cents *Quangos* avaient été supprimés⁴³². Cette « chasse » était intimement liée à la politique de privatisation des sociétés nationalisées. « Le résultat inévitable mais néanmoins paradoxal, est que le Gouvernement Thatcher a commencé à créer de nouvelles autorités administratives indépendantes pour contrôler ces sociétés privatisées »⁴³³. Ainsi le Gouvernement Thatcher a mené, d'un côté, une politique de suppression des *Quangos* inutiles et, d'un autre côté, une politique de création d'autorités indépendantes de régulation des *public utilities*, récemment privatisés. Ce dernier mouvement s'inscrivait dans la logique des concepteurs⁴³⁴ de la théorie de la régulation au Royaume-Uni, qui prônaient une nouvelle forme d'intervention gouvernementale temporaire, par le biais de ce qui va pouvoir être qualifié d'autorités de régulation indépendantes britanniques⁴³⁴.

⁴³¹ Par exemple: Presthus V. R. : « *Mrs Thatcher Stalks the Quangos : a note on patronage and justice in Britain* », *Public Administration Review*, 1981, mai-juin, p. 312.

⁴³² Il convient aussi de relever que ce souci de réduire le nombre de *Public Bodies* inutiles ou inefficaces est partagé par le Gouvernement de Tony Blair (1997-2007), selon ses propres propos tenus lors d'un débat (questions et réponses écrites) à la Chambre des Communes le 6 avril 1998 : « Depuis le premier mai 1997, 19 Entités Publiques Non Départementales ont été créées. Le Gouvernement en a supprimées 22 depuis le premier mai 1997 et s'engage à garder leur nombre au minimum. Les Ministres sont régulièrement interrogés [sur ce point] ». Traduction libre de: « *Since 1 May 1997, 19 new non-departmental public bodies (N.D.P.B.s) have been set up. The Government have abolished 22 N.D.P.B.s since 1 May 1997 and are committed to keeping the number of N.D.P.B.s to a minimum. Ministers are currently examining* ». (HC Deb., vol. 310, col. 68 w, 6 avril 1998).

⁴³³ Machin H. : « L'expérience britannique », in Colliard, C.-A., Timsit G. (dir.), *Les Autorités Administratives Indépendantes*, PUF, 1988, p. 249.

⁴³⁴ Il y a donc un certain paradoxe entre la « chasse aux *Quangos* » et la création, en parallèle, des « *Next Steps Agencies* », suite au rapport « *Improving Management in Government : the Next Steps* », publié à la demande du Gouvernement en 1988 par l'*Efficiency Unit (Cabinet Office)*, sous la direction de Sir Robin Ibbs. Les « *Next Steps Agencies* » sont des agences d'exécution responsables de la mise en oeuvre des politiques publiques qui agissent dans des domaines très variés. Ces agences ne sont pas classées dans la catégorie des *Public Bodies*,

§2 Une réponse pragmatique influencée par le modèle « repoussoir » des Etats-Unis

Au-delà du recours traditionnel à l'externalisation de pouvoirs, la création du modèle de régulation indépendante personnifiée britannique est aussi le produit d'une double influence. D'une part, les concepteurs de la philosophie de la régulation des *public utilities* étaient partisans de confier la surveillance de ces nouveaux marchés à des institutions à l'abri des pressions politiques (A). D'autre part, les britanniques ont très sérieusement pris en compte l'expérience éprouvée depuis déjà une cinquantaine d'années aux Etats-Unis (B).

A Une réponse fonctionnelle aux besoins nés des privatisations

Le Royaume-Uni a été un pionnier dans la privatisation des services publics de réseaux. Sous l'impulsion de Margaret Thatcher, cette privatisation massive s'est aussi accompagnée d'une volonté de libéraliser les services, pour que la concurrence dégage, notamment, des bénéfices pour les consommateurs. Pour garantir le passage de cette situation monopolistique à une situation concurrentielle, des autorités de régulation indépendantes ont été créées.

Les bases de la philosophie britannique de la régulation ont été posées par le Professeur Steven Littlechild⁴³⁵. Selon lui, les régulateurs devaient encourager le passage de la situation de monopole vers celle de la concurrence. Il fallait donc établir un régime réglementaire autodestructeur. L'objectif de la régulation était de créer une structure de marché dans laquelle la régulation n'était plus nécessaire. Cette régulation, conçue comme étant temporaire, se fondait sur cinq objectifs : la protection contre le monopole, l'efficacité et l'innovation, l'encadrement réglementaire, la promotion de la concurrence et la fixation d'un montant des recettes et des perspectives. La régulation devait jouer le « rôle d'écran protecteur vis-à-vis des pressions politiques et bureaucratiques, en fournissant un cadre

voir *infra* p. 105 et s. Pour une étude détaillée des « *Next Steps Agencies* », voir : Stevens A. : « Royaume-Uni : les Agences d'exécution et leur impact sur le *Civil Service* », *R.F.A.P.*, n°55, 1990, p. 485.

⁴³⁵ Steven Littlechild, Professeur d'Economie appliquée et Président Honoraire de l'Université de Birmingham, 1975-89, Directeur Général de l'*Electricity Supply* 1989-98. Littlechild S. : « *Regulation of British Telecommunications Profitability* », *Department of Industry*, Londres, HMSO, 1983. « Le Professeur Steven Littlechild, avec le Professeur Michael Beesley, avaient posé quinze ans plus tôt les fondements théoriques de l'approche britannique de la régulation », in Henry C. Quinet E., *Concurrence et service public*, textes des Conférences Jules Dupuit présidées par Marcel Boiteux, L'Harmattan, p. 57.

d'intervention minimal, fondé sur des règles explicites, transparentes et dans une large mesure simples et automatiques »⁴³⁶. Pour ce faire, un régulateur indépendant des pouvoirs publics devait être nommé dans chaque secteur⁴³⁷.

Il fut d'abord demandé à l'*Office of Fair Trading* (O.F.T.)⁴³⁸, autorité de la concurrence, d'envisager la possibilité de réguler les réseaux privatisés. Celui-ci ne s'estima pas en mesure de développer l'expertise technique nécessaire pour encadrer les futurs opérateurs. Cette position de l'O.F.T. a pu être analysée comme le facteur déclencheur de la création d'autorités de régulation indépendantes pour assurer la surveillance des services publics en réseaux au Royaume-Uni : « il fallut donc créer des institutions *ad hoc*. Dans la mesure où chaque Département ministériel géra à sa manière la privatisation et la mise sur pied du système de régulation, le résultat fut la création de multiples institutions, indépendantes des administrations traditionnelles »⁴³⁹. Suite au refus de l'O.F.T., le Gouvernement publia en juillet 1982 un Livre blanc⁴⁴⁰ proposant la vente de cinquante et un pour cent de British Telecom et la création d'un Office, l'*Office of Telecommunications* (OFTEL), organisme de régulation.

En instituant des ARI, le gouvernement britannique se libérait, face à l'opinion publique, de toute responsabilité sur la bonne marche des *public utilities* et de toute mesure impopulaire. Néanmoins, la facilité relative avec laquelle le gouvernement conservateur a pu procéder à la redistribution des pouvoirs de décision, en l'absence de contraintes juridiques ou constitutionnelles, et sans être tenu d'assortir les réformes de mécanismes de responsabilité appropriés, met en lumière une carence fondamentale du dispositif constitutionnel britannique.

⁴³⁶ Poyer L. : « La régulation des entreprises de réseaux au Royaume-Uni », *Rev. conc. consom.*, n° 95, janvier-février 1997, p. 15.

⁴³⁷ En ce sens : Rapport de la Commission présidée par Stoffaës C., *Services Publics, questions d'avenir*, Commissariat général du plan, La Documentation Française, Odile Jacob, p. 155.

⁴³⁸ L'O.F.T. est historiquement le premier Département gouvernemental non ministériel (N.M.G.D.) (Voir *infra* p. 105 et s.), instauré en 1973. Autorité de la concurrence, dont les compétences sont partagées avec la *Merger and Monopolies Commission* et le *Secretary of State*, il ne dispose pas de droit d'enquête mais compte parmi ses fonctions celle de recueillir les remarques relatives aux pratiques non compétitives. L'O.F.T. servira en partie de modèle aux autres N.M.G.D.

⁴³⁹ Dumez H. Jeunemaître A. : « La régulation des monopoles au Royaume-Uni, le modèle de référence ? », précité, p. 171.

⁴⁴⁰ Livre Blanc publié en juillet 1982 par le *Cabinet Office* : Cm 8610.

Les grandes lois de privatisation des *public utilities* ont donc toutes prévues des autorités de régulation indépendantes pour leur secteur⁴⁴¹, sur le modèle, cette fois de l'OFTEL. Celui-ci, comme toutes les autorités de régulation indépendantes qui l'ont suivi « a été créé, en partie, sur le modèle déjà existant du Bureau du commerce loyal (O.F.T.) »⁴⁴². En partie seulement, comme le souligne le Professeur Veljanovski, car cette création n'aura pas été sans s'inspirer du « modèle repoussoir » nord-américain.

B Le « modèle repoussoir », l'expérience des Etats-Unis

D'après Hervé Dumez et Alain Jeunemaître, « l'étude des expériences de régulation montre que la solution classique, celle de l'emprunt d'un modèle de référence, est utilisée en transposant l'expérience d'autres pays. Mais elle montre aussi que, peut-être encore plus souvent, les expérience étrangères servent de « modèles repoussoirs » permettant de définir *a contrario* les traits du dispositif finalement mis en place »⁴⁴³. En effet, au moment où les privatisations ont été envisagées, même si le Royaume-Uni savait qu'aucun autre pays n'avait tenté ce type d'expérience au préalable, une mission d'étude a été envoyée aux Etats-Unis pour observer le système de régulation par les *Independent Regulatory Agencies*, mises en place au milieu du siècle. Le « modèle états-unien » a par conséquent servi de modèle repoussoir pour la régulation indépendante britannique.

Plusieurs conclusions ont été tirées de l'étude de ce modèle. Le système de régulation par les autorités de régulation indépendantes était trop lent, trop procéduralisé, trop juridictionnalisé et peu incitatif à l'égard de la régulation par les coûts. En comparatistes avertis, les britanniques décidèrent que le « modèle états-unien » était le modèle qu'il ne fallait pas suivre⁴⁴⁴. Ils ont donc « rejeté le système de régulation trouvé outre-mer, en particulier aux Etats-Unis »⁴⁴⁵, en faveur d'un système plus rapide et moins bureaucratique.

⁴⁴¹ *Telecommunications Act*, 1984 ; *Gas Act* 1986 ; *Electricity Act* 1989, c29, Partie I, Section 1 ; *Water Act*, 1989, c15, Partie I, Section 5.

⁴⁴² Veljanovski C., *Selling the State : Privatisation in Britain*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1987, 237 pp.

⁴⁴³ Dumez H., Jeunemaître A. : « Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques modèles de référence », *R.I.D.E.*, 1999/1, p. 14. Finalement, en reprenant les notions dégagées par Mireille Delmas-Marty, il est possible de dire que le modèle britannique est un modèle hybride entre les traditions nationales et le modèle américain. En effet, elle met en avant la « nécessité de distinguer la transplantation unilatérale de l'hybridation qui suppose la réciprocité de l'échange », Delmas-Marty M. : « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, Chron. p. 951.

⁴⁴⁴ En ce sens : Rapport 439 (97-98), Commission d'enquête du Sénat sur la politique énergétique en France, précité, Première partie, Titre I, Chapitre II, paragraphe 2.

⁴⁴⁵ En ce sens : Bradley, Wilford, David : *Constitutional and Administrative Law*, précité, chapitre 14.

Ainsi, le système de régulation britannique, largement « inspiré de l'exemple des Commissions Fédérales américaines »⁴⁴⁶, va chercher à analyser les critiques qui leur ont été adressées et en tenant compte de sa propre expérience des *Public Bodies*, va adopter une approche croisée et pragmatique, en adaptant ce modèle à ses traditions et institutions⁴⁴⁷.

Aux observations tirées de la lenteur du système nord-américain, les britanniques vont répondre par une personnification du régulateur. En effet, la structure collégiale des IRA américaines⁴⁴⁸ a souvent produit des séquences de décisions lentes à venir et parfois incohérentes. Retenant cette leçon, les britanniques ont confié à un individu, le « régulateur », l'entière responsabilité des décisions préparées par l'Office dont il est le Directeur Général⁴⁴⁹ ce qui permet d'éviter les lenteurs bureaucratiques des décisions collégiales. Ce souci d'efficacité du régulateur au Royaume-Uni a sûrement été influencé par les nouvelles idées, développées à cette période, dans la doctrine du « Nouveau Management Public » (*New Public Management*). Cette doctrine, issue des Etats-Unis et diffusée à la fin des années 80 par l'O.C.D.E., plus particulièrement dans les pays anglo-saxons, met l'accent sur l'introduction dans l'appareil administratif d'une culture de management imprégnée d'efficacité⁴⁵⁰. L'efficacité dans le « modèle britannique » d'ARI se caractérise par la souplesse du système de régulation personnalisée.

Le « modèle états-unien » a aussi été décrit comme excessivement procédural. En témoignent les règles entourant la prise de décision des agences⁴⁵¹. Ce système, dominé par les juristes est réputé, de ce fait, lent et très coûteux. *A contrario* les britanniques ont choisi un système rapide de décisions, se démarquant de la bureaucratie traditionnelle. Ainsi, le régulateur dispose, en pratique, d'un pouvoir discrétionnaire important, du fait de l'absence de dispositions le contraignant à justifier ses décisions⁴⁵². Cette lacune procédurale a été très

⁴⁴⁶ ENA, *Services Publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne*, Tome II, précité, p. 504.

⁴⁴⁷ Comme le souligne Nicolas Curien : « C'est en tenant compte de l'expérience de la F.C.C. que l'OFTEL, l'Office de Régulation des Télécommunications au Royaume-Uni a été conçu dans son organisation et dans son fonctionnement. ». Curien N. : « La libéralisation des Télécommunications en Europe », in Henry C. Quinet E., *Concurrence et service public*, textes des Conférences Jules Dupuit présidées par Marcel Boiteux, L'Harmattan, Chapitre 16, p. 356.

⁴⁴⁸ Voir *supra* p. 64 et s.

⁴⁴⁹ En ce sens : Henry C., chapitre 3, « Enjeux et formes de la régulation des services publics dans l'Union Européenne. », in Henry C. Quinet E., *Concurrence et service public*, textes des Conférences Jules Dupuit présidées par Marcel Boiteux, L'Harmattan, p. 57.

⁴⁵⁰ Sur cette doctrine et son influence au Royaume-Uni : Marcou G. : « De l'idée de service public au service d'intérêt général », in Marcou G., Moderne F., *L'idée de service public dans le droit des Etats membres de l'Union Européenne*, Coll. Logique juridique, L'Harmattan, 2002.

⁴⁵¹ Voir : *Federal Administrative Procedure Act* (5 U.S.C. 551-596, 701-706), *supra* p. 81 et s.

⁴⁵² Même si OFFER et OFWAT ont pris l'initiative de publier des Codes de procédure de leur instruction des litiges, OFGAS et OFTEL ne laissaient transparaître aucun élément. Le manque de transparence dans la

critiquée⁴⁵³. Selon la majorité de la doctrine britannique, « trop de matières sont laissées à la discrétion des régulateurs, qui ne sont tenus à aucune contrainte en termes de transparence »⁴⁵⁴. Certains appelaient même de leurs vœux le développement d'un code de bonnes conduites (*best practices*) et d'un ensemble de principes cohérents, sur un support légal⁴⁵⁵.

Le corollaire de cette absence de procédures concrètes et obligatoires est bien un manque de motifs de recours contre les décisions des régulateurs. Les britanniques ont estimé que le « modèle repoussoir » états-unien était lent et très coûteux du fait des nombreux recours juridictionnels intentés contre les décisions des régulateurs⁴⁵⁶. Ils décidèrent donc de choisir un processus dans lequel les juridictions joueraient un rôle mineur⁴⁵⁷. En effet, le rôle du juge a été purement technique dans le peu de cas qu'ils ont eu à traiter⁴⁵⁸. Il s'agissait d'une fonction relativement formelle qui avait pour objet de s'assurer que le régulateur n'avait pas fait preuve d'irrationalité, que les faits pertinents, et uniquement eux, avaient été pris en compte, et enfin que l'opérateur avait été auditionné. Le contrôle exercé sur les actes au Royaume-Uni était relativement limité. Sur la légalité externe, il était assez restreint du fait de l'absence de procédures strictes, et sur la légalité interne il se cantonnait à ce qu'il serait possible de qualifier d'« erreur manifeste » sur la décision, sans contrôle entier du fond⁴⁵⁹. Dans les années 80, le courant majoritaire pensait que la légitimité d'une autorité administrative était nettement affaiblie si celle-ci devait subir des interventions et des contrôles, mêmes judiciaires. Actuellement, il convient de se ranger derrière ceux qui estiment

procédure des régulateurs a été une des grandes critiques du système britannique. Il a même été soutenu que « pour ne pas voir leurs décisions annulées, les régulateurs sont incités à ne pas publier leurs règles et procédures et à ne pas justifier leurs décisions », Dumez H. Jeunemaître A. : « La régulation des monopoles au Royaume-Uni, le modèle de référence ? », précité, p. 176.

⁴⁵³ L'*Utilities Act* 2000 (2000, c. 27) a réformé ce système et exige désormais la motivation d'un plus grand nombre d'actes.

⁴⁵⁴ Feintuck M. « La régulation des services publics en Grande-Bretagne, passé, présent et avenir en Europe », in *Europe, concurrence et services publics*, Masson, Paris, A. Collin, 1995, p. 141. Dans le même sens : Feldman D., *English Public Law*, Oxford English Law, Edited by David Feldman, Oxford University Press, 2004, Chapitre 5, « *procedural duties were crude or non-existent in this early model. In practice the regulators, in particular the DG of Telecommunications went for beyond this in their consultative procedures, but the legal requirements remained very weak* »; Foster C. D., *Privatization, Public Ownership and the regulation of Natural Monopoly*, Blackwell edition, 1992, p. 227: « *Unlike American Law, British Law has repeatedly refused to demand that ministers and administrators give their reasons for their decisions* ».

⁴⁵⁵ Un « *Regulatory Reform Act* ». En ce sens : Feldman D., *English Public Law*, précité, Chapitre 5.

⁴⁵⁶ En effet, aux Etats-Unis, le paragraphe 706 de l'U.S. Code habilite la Cour compétente à traiter toute question de droit, à interpréter toute disposition constitutionnelle ou statutaire et à déterminer le sens ou l'applicabilité des dispositions de l'action d'une agence, même si le juge n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur ses actes. Voir *supra* p. 85 et s.

⁴⁵⁷ En ce sens : Dumez H., Jeunemaître A. : « Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques modèles de référence », précité, p. 15.

⁴⁵⁸ Comme le souligne David Feldman : « *In practice, the Courts have granted agencies considerable latitude in matters of regulatory judgment* », in Feldman D., précité, Chapitre 5.

⁴⁵⁹ En ce sens : Poyer L. : « La régulation des entreprises de réseaux au Royaume-Uni », précité, p. 15.

que l'autorité est d'autant plus légitimée et protégée des risques de capture qu'elle respecte des règles procédurales adaptées, sous le contrôle de légalité exercé par le juge. En revanche, celui-ci doit s'adapter et s'astreindre à une obligation de rapidité pour ne pas paralyser le marché⁴⁶⁰.

Enfin, le Professeur Littlechild⁴⁶¹ a observé que la formule de régulation des prix, le « *Cost plus* », était relativement peu incitative aux Etats-Unis. L'inconvénient de ce système résidait dans le fait que la régulation par plafonds du taux de rendement du capital (dénommé aussi « *Rate cap* ») incitait l'entreprise régulée à gonfler son capital et à limiter son efficacité, au niveau où elle était autorisée à en tirer profit. Le système nord-américain conduisait aussi à des compromis toujours discutables sur le taux adéquat de rémunération du capital et sur la mesure de celui-ci. Fort de cette expérience, le Professeur Littlechild proposa au Gouvernement britannique une nouvelle formule (RPI-X)⁴⁶², connue sous le nom de « *Price cap* ». Il entendait charger le régulateur de la fixation des plafonds de prix que les opérateurs ne pourraient dépasser. Il est vrai que cette dernière réflexion *a contrario* relève plus des modalités de la régulation que de la structure régulatrice, mais elle témoigne bien de l'utilisation de la comparaison par le système britannique pour en tirer le meilleur, déterminer les faiblesses des autres modèles, et en déduire sa propre ligne de conduite.

Les différents points observés illustrent que le modèle sur lequel sont fondés les autorités de régulation indépendantes au Royaume-Uni est la résultante, d'une part, des observations réalisées sur le modèle des Etats-Unis⁴⁶³, instrumentalisé comme un « modèle repoussoir » et, d'autre part, d'une tradition d'externalisation des tâches administratives à des autorités indépendantes, les *Public Bodies*. La diversité des *Public Bodies* amène à une observation de leurs caractères, pour distinguer la place accordée aux ARI dans la structure administrative britannique.

⁴⁶⁰ Sur le contrôle juridictionnel des actes des ARI de nos jours, voir *infra* p. 466 et s.

⁴⁶¹ Notamment, Littlechild S. : « *Regulation of British Telecommunications Profitability* », précité. Mais aussi lors de ses recommandations et de son rapport acceptés par le Gouvernement en février 1983. Voir : OFTEL history, disponible sur : <http://www.ofcom.org.uk/static/archive/oftel/about/history.htm>.

⁴⁶² Dans cette formule, RPI (*Retail Price Index*) est l'indice du coût de la vie (ou évolution des prix de détail), et X est le facteur de réduction fixé par le régulateur, il doit tenir compte des gains de productivité, des efforts d'investissements à réaliser et des coûts répercutés directement sur le consommateur. Le problème, aux premières fixations de prix par les régulateurs, fut que le facteur X était sous-évalué, ce qui permit aux opérateurs de faire de très gros bénéfices profitant aux actionnaires et au détriment des consommateurs. On a alors pensé à cette période à une collusion entre le régulateur et le régulé.

⁴⁶³ Il ne s'agissait pas ici d'observer les différences entre les deux modèles, mais bien d'analyser en quoi le système britannique s'est inspiré *a contrario* du système nord-américain. Pour une comparaison des modèles états-unien et britannique des services publics de réseau et de leurs organismes de régulation : voir : Sabart G., *Les services publics de réseau (Public utilities) ; essai de comparaison entre les Etats-Unis, la France et la Grande-Bretagne*, thèse, Université d'Aix-Marseille III, septembre 2003, dactyl.

Section II : La place du régulateur indépendant personnifié

Comme le reconnaît l'ensemble de la doctrine britannique, catégoriser les agences ou autorités indépendantes est une entreprise assez périlleuse. En effet, les textes législatifs instituant les autorités de régulation indépendantes au Royaume-Uni ne s'embarrassent pas de savoir à quelle catégorie juridique elles appartiennent. De plus, « la description est d'autant plus compliquée par l'absence, en droit public britannique, d'un ensemble commun de principes, procéduraux ou substantiels, donnant une structure cohérente à l'action de ces institutions »⁴⁶⁴.

Néanmoins, il semble qu'un consensus se forme, entre les catégories élaborées par le gouvernement dans ses publications officielles et la doctrine britannique, sur l'appartenance des autorités de régulation indépendantes des *public utilities* à la catégorie des *Non-Ministerial Government Department*. Cette classification impliquerait *a priori* d'être dépendants du gouvernement et rattachés à un ministre, mais, en pratique, leur indépendance est effective. Cette indépendance implique donc que le statut des ARI ait les mêmes caractéristiques que celui des *Non-Departmental Public Bodies*, tout en étant classé, de manière critiquable, dans les *Non-Ministerial Government Department*. Il convient donc de relever le paradoxe assez surprenant entre l'indépendance supposée des ARI et leur classification en tant que département gouvernemental (§1). Si l'insertion des ARI dans une catégorie juridique bien définie est laborieuse, la pratique de la régulation des *public utilities* fut aussi relativement conflictuelle à ses débuts (B). En effet, la personnification de l'autorité comporte en elle-même certains inconvénients qui ont amené sa perte.

§1 Appartenance controversée à la catégorie juridique des *Non-Ministerial Government Department* (N.M.G.D.)

Le paradoxe de la nature juridique des autorités de régulation indépendantes au Royaume-Uni tient au fait qu'elles appartiennent formellement à la catégorie juridique reconnue des *Non-Ministerial Government Department* (B), mais que leurs caractéristiques, notamment leur indépendance statutaire, leur fait suivre un régime juridique semblable à celui

⁴⁶⁴ Feldman D. : *English Public Law*, précité, Chapitre 5. David Feldman cite en exemples, en parlant des principes structurants, le *Federal Administrative Procedure Act* de 1946 pour les Etats-Unis et l'ensemble des principes substantiels encadrant les services publics en France.

des *Non-Departmental Public Bodies* (A). Il est, dès lors, possible de penser à une autonomie du modèle de l'Autorité de Régulation Indépendante des *public utilities* dans les *Non-Ministerial Government Department*.

A Des caractéristiques semblables aux N.D.P.B.

La définition courante retenue pour les N.D.P.B. est celle qui leur a été donnée par le rapport Pliatzky en 1980⁴⁶⁵. Il les définit comme des « institutions qui ont un rôle dans le gouvernement national, mais qui ne sont pas des départements ou des parties du gouvernement, et qui, par conséquent agissent plus ou moins à distance (ou à portée de bras) des Ministres »⁴⁶⁶. L'externalisation par rapport au gouvernement est donc de mise. Cette définition est devenue la définition officielle reprise par le Gouvernement. En témoignent les différents rapports annuels du *Cabinet Office* sur les *Public Bodies* qui utilisent cette même définition⁴⁶⁷. Néanmoins, le rapport du *Cabinet Office* sur les *Public Bodies* en 2005 utilise cette dernière définition, non pas pour les N.D.P.B., mais pour l'ensemble des *Public Bodies*. Il faudrait en conclure que le critère de détermination des *Public Bodies* est donc cette distance vis-à-vis des Ministres. Le rapport conforte cette idée puisqu'il ajoute que c'est la raison pour laquelle le *Cabinet Office* a exclu de l'étude les N.M.G.D.⁴⁶⁸.

Le critère de l'éloignement, voire de l'indépendance face aux ministres est donc le critère qui réunit l'ensemble des *Public Bodies*. Cette idée avait déjà été soulignée par Sir Norman Chester qui expliquait que le seul élément commun de ces organismes était leur responsabilité indirecte et limitée à l'égard des autorités publiques⁴⁶⁹.

La notion de *Public Bodies* est, en fait, une catégorie générique incluant en son sein trois types d'organismes : les *Public Corporations and National Industries*, les *National Health Services Bodies* puis les *Non Departmental Public Bodies*. Cette dernière se divise en trois sous-catégories : les *Executive Bodies*, les *Advisory Bodies* et enfin les *Tribunals*. Si le critère de détermination est l'indépendance face aux ministres, il est légitime de se poser la

⁴⁶⁵ L. Pliatzky, *Report on Non-Departmental Public Bodies*, précité.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ Voir par exemple : *Cabinet Office : Public Bodies 1999*, p. VI.

⁴⁶⁸ *Cabinet Office : Public Bodies 2005*, p. IV. « Une Entité Publique ne fait pas partie du Gouvernement, mais prend en charge des fonctions à portée de bras du Gouvernement central. C'est pourquoi les Départements Non Ministériels et les Agences Exécutives sont exclues de cette base de données ». Traduction libre de : « *A public body is not part of Government department, but carries out its function to a greater or lesser extent at arm's length from central government. This is the reason for non-Ministerial departments and executive agencies being excluded from this database* ».

⁴⁶⁹ Sir Norman Chester : « *Fringe Bodies, Quangos and all that* », précité, p. 51.

question d'une possible appartenance des autorités de régulation indépendantes britanniques des *public utilities* à l'ensemble des *Public Bodies*. Comme le soulignent certains auteurs, « les régulateurs sont une curiosité constitutionnelle, des organismes *sui generis*, parfois décrits comme des N.M.G.D., une appellation qui contraste avec une autre description des régulateurs comme étant indépendants du Gouvernement »⁴⁷⁰.

Cette qualification d'organisme *sui generis* ne peut qu'être renforcée par les propos du *Department of Trade and Industry* dans le mémorandum sur les régulateurs économiques qui affirme que « la majorité des régulateurs (OFGEM, OFWAT, O.R.R. et POSTCOMM) sont des N.M.G.D. », sauf OFCom qui serait une Corporation Publique (*Public Corporation*)⁴⁷¹. Ceci contredit la classification officielle du gouvernement qui inclut formellement OFCom dans les N.M.G.D.⁴⁷².

B Une appartenance formelle aux N.M.G.D.

Au Royaume-Uni, il ne semble y avoir aucune difficulté à ce qu'un organisme soit à la fois indépendant et considéré comme un département gouvernemental. Ceci pourrait s'expliquer par le fait que de nombreux départements gouvernementaux n'ont pas à leur tête un ministre. Ils font cependant partie de regroupements gouvernementaux dont le département central est dirigé par un ministre.

C'est bien le cas des ARI, faisant formellement partie des *Non Ministerial Government Department*. Comme le souligne une partie de la doctrine britannique⁴⁷³, selon la classification gouvernementale⁴⁷⁴ la catégorie des N.D.P.B. exclut, ce qui est controversé précise-t-elle, les N.M.G.D., d'une part, et les « *Next Steps Agencies* », d'autre part. La catégorie des N.M.G.D. incluait, à l'époque des régulateurs indépendants personnifiés des *public utilities*, le Directeur Général d'OFTEL, celui d'OFFER et celui d'OF GAS⁴⁷⁵. Il

⁴⁷⁰ Bradley, Wilford, David, *Constitutional and Administrative Law*, précité, Chapitre 14.

⁴⁷¹ *Department of Trade and Industry*, « *Memorandum on the Economic Regulators* », dans le cadre de: House of Lords, Select Committee on the Constitution, 6th report of Session 2003-2004: « *The Regulatory State: ensuring its accountability* ». Vol. 1, 6 mai 2004.

⁴⁷² Voir sur: http://www.cabinetoffice.gov.uk/ministerial_responsibilities/nm_departments.aspx, la liste des N.M.G.D.

⁴⁷³ Bradley, Wilford, David, *Constitutional and Administrative Law*, précité, Chapitre 14.

⁴⁷⁴ En témoigne, par exemple le *Freedom of Information Act 2000*, qui s'applique aux départements gouvernementaux, ainsi qu'aux *Public Bodies*, dont la liste exhaustive est indiquée en annexe 1. L'observation de cette liste montre que les ARI n'y figurent pas. Il faut donc en déduire logiquement leur appartenance aux départements gouvernementaux.

⁴⁷⁵ Dans le même sens, voir : Feldman D., *English Public Law*, précité, Chapitre 5.

convient aussi de noter que les ARI ne sont pas les seuls organismes classés dans la catégorie des N.M.G.D. D'autres organismes aussi variés que le *Crown Estate*⁴⁷⁶ ou la *Charity Commission for England and Wales*⁴⁷⁷, dont les activités, modalités de fonctionnement et d'indépendance sont divers, en font partie.

Cet éclatement des structures par catégorie empêche une détermination précise du régime juridique des ARI. Cependant, une conclusion partielle peut être tirée : les ARI sont des départements gouvernementaux non ministériels (N.M.G.D.) qui bénéficient du caractère d'externalité des entités publiques non départementales (N.D.P.B.), c'est-à-dire qu'elles évoluent « *at arm's length* » (« à distance » ou « à portée de main » selon la traduction utilisée) du gouvernement. Pour reprendre le rapport de la Chambre des Lords⁴⁷⁸ : « le régulateur (...) est indépendant à l'intérieur du gouvernement plus qu'indépendant à l'égard du gouvernement *per se* ». L'indépendance statutaire conférée au régulateur est donc le moyen de garantir l'externalité de la fonction de régulation par rapport aux Ministres.

Ainsi de la catégorie juridique des N.M.G.D. découle un régime juridique spécifique. Il faudra dès lors se reporter aux différents textes législatifs instituant les ARI pour le déduire. L'examen de ces textes révèle d'une part que l'indépendance du régulateur personnifié n'est pas évoquée mais organisée, et d'autre part que son organisation n'a pas offert les garanties de distance nécessaires par rapport aux acteurs institutionnels comme économiques. Il s'en est suivi une pratique assez conflictuelle de la régulation qui a démontré l'échec du modèle personnalisé.

§2 Les débuts difficiles de la régulation des *public utilities*

Le « modèle britannique » de régulation s'était avant tout démarqué du « modèle américain » par sa structure personnalisée (A). En effet, le législateur britannique avait confié à une personne la tâche de surveiller ces secteurs, récemment privatisés, alors que le législateur

⁴⁷⁶ Le *Crown Estate* est un portefeuille ministériel composé d'immeubles, forêts, littoraux, etc., qui génère des revenus au Trésor britannique chaque année, depuis le *Crown Estate Act* 1961.

⁴⁷⁷ La *Charity Commission* est le régulateur indépendant des activités caritatives en Angleterre et aux Pays de Galles, son objectif est de replacer les oeuvres caritatives au coeur de la société.

⁴⁷⁸ House of Lords, Select Committee on the Constitution, 6th report of Session 2003-2004: « *The Regulatory State: ensuring its accountability* ». Vol. 1, 6 mai 2004, paragraphe 40. « si le régulateur est indépendant pour certaines fins particulières, il reste néanmoins sous la haute responsabilité du Gouvernement et du Parlement pour l'ensemble du système de régulation. Il est indépendant à l'intérieur du gouvernement plus qu'indépendant à l'égard du gouvernement *per se* ».

nord-américain l'avait confié à une commission bipartite⁴⁷⁹. Certains avaient même émis la possibilité d'identifier les autorités de régulation indépendantes des *public utilities* au Royaume-Uni grâce au critère de la personnification⁴⁸⁰. Cette identification n'a plus de sens aujourd'hui car la régulation personnifiée s'est avérée très conflictuelle et n'a pas perduré (B). Elle a été remplacée par un système dans lequel règne la collégialité⁴⁸¹.

A Le principe de la personnification de la régulation

Si la caractéristique principale du « modèle britannique » de régulation était bien la personnification des pouvoirs en une seule main, d'autres traits pouvaient se distinguer.

Les régulateurs britanniques avaient un statut d'Officier Public et étaient nommés pour cinq ans par le ministre compétent sur le secteur⁴⁸². A partir de 1998, la consultation du Commissaire aux nominations publiques (*Commissioner for Public Appointments*), fut nécessaire pour que le Directeur Général soit définitivement nommé⁴⁸³. Le système de nomination des régulateurs britanniques, leurs pouvoirs, missions et compétences, étaient déterminés par un acte législatif (*Act of Parliament*)⁴⁸⁴, généralement celui qui ordonnait la privatisation de l'entreprise publique. Ce fondement légal est d'ailleurs encore une des caractéristiques commune à tous les organismes de régulation des *public utilities* au Royaume-Uni.

L'indépendance qui est généralement attribuée aux ARI britanniques réside principalement dans l'autonomie statutaire dont elles bénéficient, plus que dans une reconnaissance explicite. A la différence de ce qu'il a fait avec beaucoup d'autres agences à statut réglementaire, le pouvoir exécutif ne peut pas supprimer unilatéralement un régulateur indépendant sans un acte émanant du pouvoir législatif.

⁴⁷⁹ Voir *supra* p. 64 et s.

⁴⁸⁰ Feldman D., *English Public Law*, précité Chapitre 5.

⁴⁸¹ Voir *infra* p. 282 et s.

⁴⁸² Voir, par exemple : *Electricity Act 1989* (1989, c. 29), Part I, Section 1. *Telecommunications Act 1984* (1984, c. 12), Section 1.

⁴⁸³ Procédure requise pour toutes les nominations des Départements Gouvernementaux depuis l'*Order in Council* de novembre 1995, mais qui ne concerne les *utility regulators* que depuis 1998. Cette procédure reste relativement formelle.

⁴⁸⁴ Cependant, par opposition aux IRA américaines, instituées au départ sous impulsion du pouvoir législatif qui se méfiait de l'interventionnisme économique du gouvernement, les AIR britanniques doivent toutes leur création à une volonté émanant au départ du pouvoir exécutif.

L'indépendance n'est donc pas mentionnée dans les textes, le législateur s'est contenté de l'organiser. Par exemple, le régulateur britannique était protégé du pouvoir politique par une irrévocabilité pendant le mandat. Il n'y avait que deux cas pour lesquels cette règle ne jouait pas : l'incapacité et la faute⁴⁸⁵. Cette dernière hypothèse étant exceptionnelle, elle ne devait pas être directement liée à l'accomplissement de leurs fonctions. Ensuite, l'interdiction de renouveler un mandat avait pour objectif d'évincer les considérations politiques à court terme au profit d'une gestion raisonnable⁴⁸⁶.

Les ministres choisissaient en général des experts dans le domaine en question ou des personnes reconnues pour leurs compétences professionnelles ou académiques. Ces personnalités devaient, en théorie, présenter certaines garanties d'indépendance. Il apparaît cependant qu'ils étaient assez proches du pouvoir⁴⁸⁷. Cette proximité constituait un des défauts du « modèle de régulation » britannique. L'absence de dilution de responsabilités sur un ensemble de Commissaires impliquait une présomption de politisation. La doctrine a souvent parlé de *patronizing*, expression anglo-saxonne qui décrit une nomination discrétionnaire dans un but protecteur. Il y avait donc peu de doutes, au Royaume-Uni, sur l'imbrication entre le pouvoir exécutif et le régulateur supposé indépendant⁴⁸⁸. Par conséquent, le modèle britannique révèle l'échec de l'externalisation comme facteur de l'indépendance. En effet, à la différence du modèle nord-américain, l'indépendance insuffisamment organisée n'a pu garantir l'externalisation de la régulation par rapport au pouvoir exécutif. Dans le même sens, l'imbrication des compétences du régulateur et des ministres témoignait de l'absence d'une réelle externalisation de la régulation.

Les régulateurs britanniques étaient assistés par des offices composés de fonctionnaires⁴⁸⁹ disposant de la même inamovibilité que le Directeur Général⁴⁹⁰ et soumis au

⁴⁸⁵ Voir, par exemple : *Telecommunications Act 1984* (1984, c. 12), Section 1, paragraphe 3. De même : *Electricity Act 1989* (1989 c. 29), Partie I, Section 1.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ En ce sens : Varin K. : « Les services publics au Royaume-Uni », in Quin C., Jeannot G., (dir.), *Un service public pour les européens ? Diversité des traditions et espaces de convergence*, Ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement, La Documentation Française, Paris, 1997. Même réflexion pour les *Quangos* en général : Moderne F. : « Etude comparée », in Colliard C.-A., Timsit G. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, précité, p. 202.

⁴⁸⁸ En ce sens, le « modèle américain » de régulation impliquant un système biparti, n'a pas été suivi. Il serait aussi possible de comparer le choix britannique avec le choix français dans lequel le Parlement joue un rôle de nomination, voir *infra* p. 283 et s.

⁴⁸⁹ En 1998, les Offices comptaient respectivement: OFGAS, pour le gaz: 26 personnes en 1989, 70 personnes en 1998; OFFER, pour l'électricité : 210 personnes en 1998 ; OFTEL, pour les télécommunications : 116 personnes en 1989, 160 en 1998 ; OFWAT, pour l'eau : 180 personnes en 1998. Sources pour 1989 : Hogwood B. : « Evolutions des organismes de réglementation en Grande-Bretagne », *RISA*, n° 4, 1990, p. 719 et s. Sources pour 1998 : Dumez H., Jeunemaître A. : « Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques modèles de référence », précité, p. 24.

droit privé⁴⁹¹. Cependant, la pratique montre que l'inamovibilité des fonctionnaires, gage d'indépendance, pesait relativement peu face à l'origine des fonctionnaires. En effet, ceux-ci étaient, dans une large part, des fonctionnaires détachés de départements gouvernementaux⁴⁹².

Pour exercer leurs fonctions, les régulateurs disposaient, comme les IRA américaines et d'autres N.M.G.D. britanniques, d'un ensemble de pouvoirs qualifiés de quasi-exécutifs, quasi-législatifs et quasi-judiciaires⁴⁹³. En effet, le régulateur indépendant bénéficiait souvent d'un pouvoir d'injonction (*enforcement*) sous la forme d'un acte provisoire avant enquête (*preliminary order*) puis d'un acte définitif (*final order*)⁴⁹⁴. Le régulateur pouvait aussi accorder, modifier et surveiller l'accomplissement des termes de la licence dans le cadre de ses pouvoirs quasi-exécutifs⁴⁹⁵. Il fixait des standards de performance qui devaient être garantis par les fournisseurs de services, sous peine d'indemnisation du consommateur⁴⁹⁶ et disposait de la capacité d'édicter des *statutory instrument*, forme de législation déléguée sous le contrôle du Parlement britannique⁴⁹⁷. En ce sens, le régulateur bénéficiait du pouvoir d'édicter des actes contraignants de portée générale, quoique techniques. Enfin, il était chargé d'arbitrer les conflits (*determination of disputes*) entre les consommateurs et un fournisseur de services, pouvoir quasi-judiciaire⁴⁹⁸.

Les missions confiées au régulateur indépendant étaient assez diverses et souvent antagonistes. Comme le soulignait le Professeur Veljanovsky⁴⁹⁹ « la prolifération d'agences de réglementation n'est pas gouvernée par une seule série d'objectifs clairement définis ». L'ARI britannique se trouvait souvent à la place d'un arbitre entre, d'une part, les intérêts des consommateurs, et d'autre part, ceux des actionnaires. Ces missions peuvent se synthétiser en trois tâches principales avec des degrés de compétence variés en fonction de chaque régulateur : accorder et modifier les licences⁵⁰⁰, protéger les consommateurs, et assurer une

⁴⁹⁰ Voir par exemple: *Electricity Act 1989* (1989 c. 29), Part I, Section 1, paragraphe 3.

⁴⁹¹ Varin K. « Les services publics au Royaume-Uni », in Quin C., Jeannot G., (dir.), *Un service public pour les européens ? Diversité des traditions et espaces de convergence*, précité.

⁴⁹² En ce sens: Poyer L. : « La régulation des entreprises de réseaux au Royaume-Uni », précité, p. 14.

⁴⁹³ La doctrine évoque le mélange de pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires. En ce sens: Bradley, Wilford, David, *Constitutional and Administrative Law*, précité, Chapitre 14.

⁴⁹⁴ Voir par exemple: *Electricity Act 1989* (1989 c. 29), Partie I, Section 25, paragraphes 1 et 2.

⁴⁹⁵ Voir par exemple : Pouvoirs de GEMA, p. 12 de Bradley, Wilford, David, *Constitutional and Administrative Law*, précité, Chapitre 14.

⁴⁹⁶ Voir par exemple: *Electricity Act 1989* (1989 c. 29), Partie I, Section 39.

⁴⁹⁷ Sur ce point, voir : Bradley, Wilford, David, *Constitutional and Administrative Law*, précité, Chapitre 14, p. 12 ; Feldman D., *English Public Law*, précité, Chapitre 5, p. 314.

⁴⁹⁸ Voir par exemple: *Electricity Act 1989* (1989 c. 29), Partie I, Section 23, paragraphe 1.

⁴⁹⁹ Veljanovsky C. : « *Selling the State : Privatization in Britain* », précité.

⁵⁰⁰ La mission d'octroi d'une licence est souvent partagée avec le Ministre, celle de la modifier se fait avec l'accord de l'entreprise régulée ou avec l'accord de la M.M.C. Voir par exemple : *Electricity Act 1989* (1989, c. 29), Partie I, Section 6 et Sections 12 à 14.

concurrence effective⁵⁰¹. C'est surtout dans leur fonction de fixation des prix et de promotion de la concurrence que les régulateurs se sont trouvés dans une position d'arbitrage assez controversée. En ce sens, le système de régulation personnifiée a eu des débuts très conflictuels.

B Une régulation personnifiée conflictuelle

La pratique de la régulation personnifiée a rapidement montré les inconvénients de cette structure. Il est possible de déceler plusieurs types de problèmes : une régulation conflictuelle amplifiée par la concentration des critiques sur une seule personne, une concentration trop forte de pouvoirs en une seule main et enfin la difficulté d'un arbitrage équitable et éclairé entre des intérêts divergents, face aux pressions subies par une seule et même personne.

Les premiers conflits se sont déroulés entre Brian Carsberg, le régulateur du secteur des télécommunications, et British Telecom (B.T.), ancien monopole public, privatisé depuis le *Telecommunications Act 1984*. En 1985, Brian Carsberg, imposa une formule de prix, apparemment sous-évaluée. Les profits de B.T. et, par ricochet, ceux des actionnaires, furent spectaculaires. En 1989, le régulateur lança une étude sur les communications internationales, sources de gros profits pour B.T. La conclusion de cette étude amena Brian Carsberg à annoncer un durcissement de la formule de prix. Le conflit se déclara avec Ian Vallance, Président de B.T. à cette époque, qui critiquait l'absence de stabilité et de clarté de la contrainte, empêchant une gestion sereine et à long terme de l'opérateur.

Le régulateur et B.T. ont aussi eu à s'affronter sur un autre plan. Le premier, tentant d'introduire une certaine concurrence sur le marché, le second, essayant de freiner ce mouvement en jouant sur une asymétrie d'information. Il s'agissait, pour Mercury, filiale de Cable and Wireless, seul compétiteur de B.T. dans les années 80, d'utiliser les infrastructures essentielles de B.T. La procédure consensuelle de fixation des conditions d'interconnexion traîna en longueur du fait de la mauvaise volonté de B.T. Brian Carsberg décida, comme les textes le lui autorisaient, de passer à la rédaction d'une proposition de décision (*draft determination*) fixant les conditions et tarifs d'interconnexion. Ces conditions fixées délibérément de manière à favoriser Mercury, le nouvel entrant, ont poussé B.T. à cesser de

⁵⁰¹ Voir, par exemple : *Telecommunications Act 1984* (1984, c. 12), Section 3 ; *Electricity Act 1989* (1989, c. 29), Partie I, Section 1.

retenir son information et à jouer cartes sur table, pour obtenir des tarifs moins contraignants⁵⁰².

Le secteur gazier connut aussi ses périodes conflictuelles. Ainsi, Sir James Mac Kinnon, homme d'affaires britannique, premier régulateur indépendant du secteur, voulut faire émerger la concurrence sur le marché. Il demanda alors à British Gas (B.G.) de publier ses tarifs, d'arrêter les discriminations entre ses clients et de réduire ses parts de marché⁵⁰³. La réaction de B.G. fut violente et la lutte fut âpre entre l'ARI et les deux présidents⁵⁰⁴ successifs de B.G. Finalement, celle-ci céda, mais la concurrence eût quand même du mal à s'installer et B.G. continuait à dominer le marché. Cette impasse conduisit Sir James Mac Kinnon à demander le démantèlement de l'entreprise à partir de 1992. Après des années de lutte, de discussions et de négociations, de nouveaux entrants ont fait leur place. Aujourd'hui le secteur gazier britannique est considéré comme un secteur très compétitif.

Enfin, Steven Littlechild, Professeur d'économie à l'Université de Birmingham, considéré comme l'un des pères fondateurs de la philosophie de la régulation au Royaume-Uni, fut nommé premier Directeur Général de l'OFFER. En fixant pour la première fois un plafond de prix calculé selon la formule (RPI-X), Steven Littlechild a craint de léser les compagnies régionales de distribution (RECs) et en particulier leurs actionnaires. Il sous-évalua donc la formule de prix, ce qui fut salué par une hausse des cours de la Bourse de dix pour cent dans les vingt-quatre heures et de cent pour cent dans les six mois⁵⁰⁵. Ces plafonds fixés en juillet 1994, en principe pour cinq ans, devenaient politiquement intenable, le régulateur fut obligé de décider de les réviser dès avril 1995. Comme pour le secteur des communications téléphoniques, il y eut une levée de boucliers. En effet, le principe même de la fixation tarifaire avait été violé, l'intangibilité des plafonds pour une période fixée à l'avance avait été méconnue⁵⁰⁶.

⁵⁰² Voir sur ce point : Henry C., chapitre 3, « Enjeux et formes de la régulation des services publics dans l'Union Européenne. », in Henry C. Quinet E. (dir.), *Concurrence et service public*, précité, p. 57.

⁵⁰³ Veljanovsky Cento rapporte ainsi les paroles de Sir James Mac Kinnon : « L'intention initiale, telle qu'elle figure dans le *Gas Act* de 1986 et le prospectus de BG, était que la concurrence devait émerger, il se peut que très peu aient pensé que cela arriverait un jour, mais personne ne peut dire que cela n'avait pas été clairement affiché ». Veljanovsky C. : « *The future of industry regulation in the UK. A report of an independant inquiry* », London, European Policy Forum, January 1993.

⁵⁰⁴ Sir Denis Rooke puis Robert Evans.

⁵⁰⁵ A cette époque, une possible capture du régulateur par les entreprises régulées a été évoqué.

⁵⁰⁶ Voir : Henry C., chapitre 3, « Enjeux et formes de la régulation des services publics dans l'Union Européenne. », in Henry C. Quinet E., (dir.), *Concurrence et service public*, précité, p. 58.

L'ensemble de ces conflits fut bien évidemment relayé par les médias, vu la notoriété des acteurs, et prit par conséquent l'ampleur d'un débat public. La personnification de la régulation a favorisé ce type de conflits, car il est plus facile de soupçonner une personne, souvent proche d'une partie du monde politique, d'être partisan ou même capturé par les intérêts des opérateurs, qu'une Commission bipartite comme aux Etats-Unis. De même, les conflits entre les régulateurs et les présidents d'anciens monopoles publics, ont souvent pris la tournure, par le biais des médias, de conflits personnifiés, entrant même dans certains domaines de la vie privée. A partir de la fin des années 90, l'idée fut émise de diluer la représentativité dans un Office pour empêcher ce type de règlement de comptes. Cette situation souvent conflictuelle a donc suscité bon nombre de questions, notamment sur l'organisation et la finalité des régulateurs.

D'autres reproches ont été adressés à la régulation personnifiée. Tout d'abord une concentration trop forte de pouvoirs dans les mains d'un seul. Le régulateur fut accusé d'abuser de ses pouvoirs, en droit par rapport au domaine du législateur et en fait par rapport à ce que le marché aurait pu faire tout seul. Ensuite, la critique a été portée sur une mauvaise utilisation de ses pouvoirs, favorisant les actionnaires et les dirigeants d'opérateurs au détriment de la promotion de la concurrence et de la protection des consommateurs⁵⁰⁷. Enfin, une utilisation trop fréquente des médias pour légitimer le travail de la régulation fut dénoncée, « créant un environnement conflictuel et prêtant occasionnellement le flanc à ce que [les détracteurs de la régulation personnifiée] considèrent comme des déclarations irresponsables pouvant porter préjudice à la valeur des actions des entreprises »⁵⁰⁸.

Dans un sens contraire, suite à l'affaire B.T., beaucoup de dirigeants politiques, que ce soit dans le parti travailliste ou conservateur, ont demandé un renforcement de l'autorité et de l'indépendance des ARI. Il fallait, d'un côté, éviter les inconvénients et les distorsions de concurrence générés par l'asymétrie d'information au profit de l'opérateur dominant. D'un autre côté, il fallait renforcer l'indépendance du régulateur pour qu'il arbitre correctement, sans pression politique, entre les intérêts des consommateurs et ceux des actionnaires des opérateurs.

Même si la personnification de la régulation a montré la typicité du « modèle britannique », celle-ci n'a pas perduré. En effet, le changement de gouvernement en 1997 a

⁵⁰⁷ En ce sens : Lesquins J.-L. : « Tutelle et Régulation », *Rev. conc. consom.*, janvier-février 1997, p. 8.

⁵⁰⁸ Mac Gowan F. « La réforme des entreprises d'utilité publique au Royaume-Uni. L'impact sur les services publics », in *Europe, Concurrence et Service Public*, Masson, Paris, A. Collin, 1995.

marqué sa préférence pour une régulation par des commissions. Le Département du commerce et de l'industrie (*Department of Trade and Industry*) publia en 1998 un Livre vert intitulé « Une bonne affaire pour le consommateur : la modernisation de la structure de régulation des services publics »⁵⁰⁹, dans lequel il proposait, soit d'annexer aux régulateurs individuels de l'énergie et des télécommunications une commission consultative, soit de les remplacer par des commissions ou des comités exécutifs. Après consultation publique⁵¹⁰, la conclusion du gouvernement fut de remplacer les régulateurs individuels par un bureau exécutif composé d'un président (*chairman*) et de deux autres membres. Les Directeurs Généraux ont donc progressivement disparu⁵¹¹ pour faire place à des commissions, dans le cadre d'une modernisation des structures de la régulation. L'*Utilities Act 2000*⁵¹² a remplacé, depuis le premier octobre 2001, le régulateur du gaz et celui de l'électricité par une commission, la *Gas and Electricity Markets Authority* (GEMA) assistée d'un office, issu de la fusion de l'OFGAS et de l'OFFER : l'*Office of Gas and Electricity Markets* (OFGEM). De même le *Communications Act 2003*⁵¹³, crée l'*Office of Communications* (OFCom) qui remplace l'ancien régulateur indépendant assisté par l'OFTEL.

⁵⁰⁹ Traduction libre de: « *A fair deal for consumers : modernizing the framework for utility regulation* ». Department of Trade and Industry, Green paper, « *A fair deal for consumers : modernizing the framework for utility regulation* », (Cm 3898, 1998, Stationery Office, London), mars 1998.

⁵¹⁰ Department of Trade and Industry, « *A fair deal for consumers : modernizing the framework for utility regulation. The response to consultation* », », (Cm 3898, 1998, Stationery Office, London), juillet 1998; voir point 70.

⁵¹¹ L' *Enterprise Act 2002* a remplacé, en premier, le Directeur Général de l'O.F.T. par un Office.

⁵¹² *Utilities Act 2000*, (2000, c 27) Partie I, Section 1.

⁵¹³ *Communications Act 2003*, (2003, c 21), Partie I, Section 1.

Conclusion du chapitre

Le Royaume-Uni, à l'heure de privatiser ses services publics organisés en réseaux s'est inspiré du « modèle états-unien » pour en prendre les idées positives, dégager les éléments critiqués, et l'adapter à sa propre tradition d'externalisation de certaines activités à des entités qualifiées d'indépendantes. Ce phénomène d'hybridation des droits a donné lieu à l'introduction, en Europe, des premières autorités de régulation indépendantes de services publics en réseaux.

Cependant, l'étude des ARI britanniques, dont la particularité tient au fait qu'il s'agit d'une entité personnifiée, démontre qu'elles n'appartiennent à aucune catégorie juridique réellement déterminée. Il en résulte certaines incertitudes sur leur indépendance, notamment au regard des textes qui se contentent de l'organiser de manière parcimonieuse, à défaut de l'affirmer. De plus, en raison des difficultés rencontrées pendant les premières années de pratique de la fonction de régulation, ce qui peut être considéré comme le « modèle britannique » de régulation n'a pas perduré. En effet, la personnification de la régulation comporte en elle-même une série d'inconvénients qui tiennent au soupçon de capture et à la trop forte concentration de pouvoirs en une seule main.

La régulation personnifiée a donc disparu, sous l'influence de la pratique et d'un désir de modernisation, mais le « modèle britannique » ne finit pas pour autant de rayonner. Comme le souligne le Professeur Littlechild, « selon ma propre expérience, l'exemple britannique est de plus en plus respecté outre-mer. En particulier, le succès de la “régulation indépendante” est admiré avec quelque envie »⁵¹⁴. De même Jean-Louis Lesquins évoque le très fort pouvoir d'imprégnation du modèle anglo-saxon, et, ce qui est important, « par l'intermédiaire des textes communautaires »⁵¹⁵.

Le Royaume-Uni constitue ainsi un « modèle de référence » en Europe, car il a été pionnier dans la privatisation des services publics et leur régulation indépendante. Il est

⁵¹⁴ Mémoire du Professeur Stephen Littlechild, annexé au sixième rapport de la Session 2003-2004, du *Select Committee* de la *House of Lords* : « *The regulatory State : ensuring its accountability* », Volume 1, HL Paper 68-I.

⁵¹⁵ En ce sens : Lesquins J.-L. : « Tutelle et Régulation », précité, p. 8. La même idée est évoquée par Thierry Tuot : « (...) Grande-Bretagne, où est né le modèle du régulateur [indépendant], (...) modèle qui a beaucoup inspiré la Commission européenne », Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 221.

devenu le laboratoire européen d'une nouvelle forme de régulation, en témoignent les études menées par exemple par l'Ecole nationale d'administration en France⁵¹⁶, ou les rapports des commissions d'enquête parlementaires, qui évoquent le « modèle anglais de la régulation »⁵¹⁷. Comme le soulignent Hervé Dumez et Alain Jeunemaître, « au moment où le gouvernement français doit transposer en droit national les directives européennes concernant les services publics, c'est le modèle britannique des autorités de régulation qui joue le rôle de "modèle repoussoir" »⁵¹⁸. En effet, sous l'impulsion du droit communautaire, les pays d'Europe continentale ont libéralisé les services publics en réseaux et se sont donc trouvés dans une situation analogue à celle du Royaume-Uni quelques années auparavant. Ils n'ont pas manqué de se servir de ce « modèle de référence » pour en déduire leur propre structure de régulation⁵¹⁹.

⁵¹⁶ ENA : *Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne*, Tome II, précité.

⁵¹⁷ Commission d'enquête, Rapport « La politique énergétique de la France : passion ou raison ? », précité, première partie, point 2.

⁵¹⁸ Dumez H. Jeunemaître A. : « La régulation des monopoles au Royaume-Uni, le modèle de référence ? », précité, p. 171.

⁵¹⁹ En ce sens, Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », Etudes et Documents, n° 52, La Documentation française, p. 283.

Conclusion du titre

Si le modèle de régulation indépendante, né aux Etats-Unis, a pu bénéficier d'un consensus général dans ce pays, ce n'est qu'au prix d'une indépendance effective, reconnue et garantie par la jurisprudence. Cette indépendance est la garantie de l'externalisation de la fonction de régulation par rapport au pouvoir exécutif. L'externalisation de cette nouvelle fonction s'est vue contrebalancée par ce qui a été qualifié d'« équilibre interpolable ». Ainsi, un strict contrôle interne doublé d'un contrôle externe des *Independent Regulatory Authorities* a pu permettre à la régulation indépendante de faire face aux critiques conceptuelles et fonctionnelles qui lui ont été adressées. De ces critiques, les britanniques, à l'heure de privatiser leurs *public utilities*, ont retenu quelques éléments, notamment la lenteur et le caractère démesurément procédural du système mis en place. S'inspirant du « modèle états-unien » comme d'un « modèle repoussoir », les britanniques ont adapté leurs propres traditions d'externalisation de certaines fonctions à des commissions indépendantes et développé leur modèle de régulation indépendante. Sa principale caractéristique fut la personnification de la régulation indépendante entre les mains d'un directeur à la tête d'un *Office*. Il n'a pas perduré en l'état et a fait place à une régulation indépendante collégiale.

Comme le souligne Michel Matheu, « c'est donc avec deux modèles, américain et britannique, présents à l'esprit, que la plupart des pays européens ont bâti leurs systèmes dans les années 90. Ce concept de régulateur indépendant a constitué la référence privilégiée »⁵²⁰. Effectivement, les modèles nord-américain et britannique ont en commun le fait de confier à une autorité de régulation indépendante la surveillance des secteurs de *public utilities*. Celle-ci est indépendante pour garantir une certaine externalité, par rapport au pouvoir exécutif. Si le facteur de l'indépendance est bien dans les deux cas l'externalisation de la fonction de régulation, aux Etats-Unis, elle a été voulue par le Congrès, au Royaume-Uni, elle a été décidée à l'origine par le gouvernement.

⁵²⁰ Mathieu M. : « L'Europe à l'école américaine et britannique » in « Services publics et marché : l'ère des régulateurs », dirigé par Alain Vernholes, *Sociétal*, n°30, 4^{ème} trimestre 2000, p.46. Dans la même optique le Professeur Marie-Claire Ponthoreau relève que le mimétisme pousse les Etats à se rallier au modèle juridique des pays dominants (...). Parmi les Etats dominants, le monde anglo-saxon serait toutefois plus puissant car la *common law* serait, en particulier dans le domaine économique, plus efficace que les droits romano-germaniques », in Ponthoreau M.-C. : « Trois interprétations de la globalisation juridique, approche critique des mutations du droit public », *A.J.D.A.*, 2006, p. 20.

Ces deux modèles ont influencé à la fois les autorités communautaires, dans un mouvement qualifié de vertical ascendant, mais aussi les autres systèmes d'Europe continentale dans un mouvement horizontal.

Néanmoins, il convient de distinguer la régulation indépendante, telle que conçue par les modèles anglo-saxons, de la régulation indépendante telle qu'appréhendée en Europe continentale sous l'influence du droit communautaire. La première s'entend comme un choix de politique institutionnelle, confier la régulation à une entité externalisée par rapport au pouvoir exécutif. La seconde trouve son fondement dans l'impartialité requise implicitement par le droit communautaire pour l'autorité chargée de réguler les services publics organisés en réseaux.

Ni le droit communautaire, ni les droits des Etats membres n'ont exigé l'externalisation de la régulation des services publics organisés en réseau. L'externalisation de la régulation est actuellement de mise en Europe continentale, mais elle n'est pas le principal facteur qui a conduit à la généralisation de l'indépendance de la régulation dans les Etats membres étudiés. Ce principal facteur tient à l'exigence de l'impartialité de l'organe chargé des fonctions de régulation. L'impartialité, sous-jacente dans les textes comme dans la jurisprudence, est donc le fondement du choix porté sur la figure de l'autorité administrative indépendante, pour prendre en charge la fonction de régulation en Europe continentale. En effet, l'indépendance est le seul moyen pour arriver à garantir mais aussi à afficher l'impartialité du régulateur.

TITRE II : L'IMPARTIALITE EN EUROPE CONTINENTALE

En Europe continentale l'impartialité est le facteur qui justifie, d'une part, que le droit communautaire interdise le cumul des fonctions d'opérateur et de régulateur entre les mêmes mains et, d'autre part, la création de la figure juridique de l'autorité administrative indépendante. En effet, l'indépendance des autorités de régulation trouve son fondement dans un autre principe qu'il est possible de qualifier de politique administrative⁵²¹ : l'impartialité de la régulation⁵²². Or, certains Etats membres intervenaient, par le biais de leur opérateur historique, sur les marchés des postes, de l'énergie et des communications électroniques dont la libéralisation avait été décidée au sein de l'Union européenne. Par conséquent, sous l'impulsion du droit communautaire, ils ont dû « recycler »⁵²³ la figure de l'autorité administrative indépendante, connue en Europe continentale, en « autorité de régulation indépendante ».

L'impartialité envisagée pour les organes chargés de réguler les services publics organisés en réseaux, qu'il est possible de rapprocher du principe d'impartialité administrative, ne peut cependant pas lui être assimilée. En effet, la première se veut absolue, alors que l'impartialité administrative ne peut pas toujours l'être⁵²⁴. Ce dernier point explique le peu de retentissement du principe d'impartialité. En effet, qualifié à mots couverts de principe général du droit dans l'ordre juridique français⁵²⁵, il est apprécié différemment dans les autres pays européens. Implicite en Allemagne, il s'y confond avec le principe de neutralité. En Espagne, il se confond avec le principe d'objectivité, ou peut être déduit des

⁵²¹ Politique administrative puisqu'il porte sur les relations de l'administration avec ses administrés. Par opposition à l'externalisation qui est un principe de politique institutionnelle, c'est-à-dire qu'il concerne principalement les relations de pouvoirs entre les institutions.

⁵²² Les termes impartialité de la régulation et impartialité du régulateur seront indistinctement employés puisque l'impartialité du régulateur implique *de facto* l'impartialité de son action, la régulation.

⁵²³ Expression utilisée par le Professeur J.-F. Brisson, « La réception en droit national des autorités de régulation », in Journée d'études du 20 février 2004, Université Montesquieu - Bordeaux IV, « Autorités de régulation et droit européen », *J.C.P. E.*, n° 2, supplément au J.C.P., n° 19 du 6 mai 2004, p. 15.

⁵²⁴ Il est possible de citer, en exemple, l'intérêt général qui ne se satisfait pas toujours de l'impartialité, ou le choix du cocontractant dans le domaine des marchés publics qui ne respecte pas non plus toujours le principe d'impartialité.

⁵²⁵ Voir, en ce sens, la controverse sur la qualification de l'impartialité comme principe général du droit (P.G.D.) en France : Degoffé M. : « L'impartialité de la décision administrative », *R.F.D.A.*, 14 (4) juillet-août 1998, p. 711. Mitard E. : « L'impartialité administrative », *A.J.D.A.*, 20 juin 1999, p. 478. Quiriny B. : « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *R.D.P.*, n° 2, du 1^{er} mars 2006, p. 375. La Section du rapport et des études du Conseil d'Etat se fonde sur : CE, Sect., 20 juin 1958, *Louis, Rec.*, p. 368, pour dire que le principe d'impartialité est un P.G.D. Voir : Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », Etudes et Documents, n° 52, La Documentation française, p. 381.

garanties d'impartialité des fonctionnaires en exercice. En Italie, le principe d'impartialité de l'administration figure explicitement dans la Constitution. Pour certains auteurs, il pourrait d'ailleurs s'agir du seul ancrage constitutionnel des autorités indépendantes⁵²⁶.

La complexité de l'impartialité vient du fait qu'elle renvoie à d'autres notions plus juridiques, comme l'égalité, la neutralité ou l'objectivité. Cela explique pourquoi le juge et le législateur ne s'y réfèrent que très peu, préférant plutôt les notions précédentes⁵²⁷. Cependant, l'impartialité ne se confond pas avec la neutralité ou l'objectivité. Que ce soit dans le domaine de la régulation des services publics organisés en réseaux, ou dans celui de la protection de certaines libertés publiques, l'Etat doit nécessairement être impartial, et non pas neutre ou objectif.⁵²⁸

De plus, ce qu'exige implicitement le droit communautaire et ce qui a présidé à la création d'A.A.I. en Europe continentale, relève de l'impartialité objective et non pas de l'impartialité subjective. Cette dernière est un « principe d'action des fonctionnaires publics inhérent à l'exercice de compétences administratives »⁵²⁹. Le juge sanctionne son non respect en droit administratif français par le détournement de pouvoir. Ainsi, une décision administrative est entachée de partialité subjective lorsque le comportement de l'agent est en cause. L'impartialité objective est plutôt un principe de fonctionnement des organes administratifs. « Il s'agit de préserver les garanties qu'offrent la composition d'un organe administratif et la procédure conduisant à une décision »⁵³⁰. L'impartialité objective doit se « donner à voir »⁵³¹. En ce sens, l'impartialité considérée ici serait plutôt un principe de politique administrative⁵³², un principe éthique plutôt que juridique⁵³³, participant, tout comme l'égalité et la liberté à la définition de l'Etat de droit⁵³⁴. Dès lors, l'impartialité, sous-

⁵²⁶ Longobardi N. : « Les Autorités Administratives Indépendantes, laboratoire d'un nouveau droit administratif », *L.P.A.*, 27 août 1999, n° 171, p. 4, et *L.P.A.*, 30 août 1999, n° 172, p. 6.

⁵²⁷ En témoignent les directives de libéralisation qui ne citent pas le principe d'impartialité mais préfèrent plutôt utiliser des concepts comme l'égalité des chances entre opérateurs ou le « conflit d'intérêts » qui finalement n'est que la traduction négative du principe d'impartialité.

⁵²⁸ Sur la différence et la complémentarité entre ces trois termes, voir *infra* p. 177 et s.

⁵²⁹ Mitard E. : « L'impartialité administrative », précité, p. 480.

⁵³⁰ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 383.

⁵³¹ *Ibid.* Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome II.

⁵³² Ce principe a d'ailleurs fait l'objet d'un objectif de campagne électorale, l'« Etat impartial » a été mis en avant notamment par Raymond Barre pendant la campagne de 1988 (*Le Monde*, 5 avril 1988, p. 5) et François Mitterrand (*La Lettre aux français*, imprimerie l'Avenir graphique, 1988, p. 8).

⁵³³ En ce sens, Mitard E. : « L'impartialité administrative », précité, p. 478.

⁵³⁴ Quiriny B., préc., spéc. p. 376. La Cour européenne des droits de l'homme définit ces termes comme suit : « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6§1 de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle

entendue objective, sera définie dans les propos qui suivent comme l'apparence externe de celui qui est censé ne pas favoriser l'un au détriment de l'autre.

L'impartialité connaît un nouveau jour à la fin du XXème siècle. Elle est, en effet, le fondement non seulement de la création, en Europe continentale, d'une figure juridique nouvelle, les autorités administratives indépendantes⁵³⁵, mais aussi de l'émergence du principe spécifique de séparation du régulateur et de l'opérateur sur les marchés libéralisés, en droit communautaire. Les législateurs d'Europe continentale n'ont pas choisi l'indépendance des autorités de régulation des services publics comme un principe souhaitable en soi, mais bien pour satisfaire une exigence d'impartialité⁵³⁶, imposée par le droit communautaire, sous couvert du principe de séparation du régulateur et de l'opérateur. Le choix de l'indépendance de l'autorité a donc été le moyen de parvenir à une régulation impartiale⁵³⁷.

C'est sous l'effet de la libéralisation communautaire des services publics organisés en réseaux que s'est révélée la nécessité de garantir la séparation de l'opérateur et du régulateur. Pour ne pas « favoriser l'un au détriment de l'autre », autrement dit l'opérateur public au détriment de l'opérateur privé, la Cour de Justice relayée ensuite par le droit dérivé ont imposé le principe de séparation des fonctions. Le droit communautaire est donc un facteur déterminant dans la généralisation de la régulation indépendante en Europe continentale (Chapitre I). Les législateurs européens, prenant acte de cette obligation, ont tout naturellement porté leur attention sur la figure juridique, déjà éprouvée mais souvent

circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime » : §30 C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack*, Série A, n° 53 ; Tavernier P., *J.D.I.*, 1985, p.210.

⁵³⁵ « L'administration est soumise à une exigence pleine et entière d'impartialité ; le principe d'impartialité constitue un principe général de notre droit » « La première justification, à savoir offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'Etat, est probablement la raison la plus importante et en tout cas le motif transversal de la création de l'essentiel des autorités administratives indépendantes. Elle est née d'une méfiance à l'égard du pouvoir politique et du pouvoir administratif », in Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 275 et 381.

⁵³⁶ Comme le souligne le rapport de la promotion Marc Bloch de l'E.N.A. : « Pour gage de l'impartialité de l'Etat, une autonomie envers le pouvoir exécutif est conférée à ces nouveaux organes [instances de régulation] », in E.N.A., *Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne*, promotion Marc Bloch (1995-1997), la documentation française, p. 505.

⁵³⁷ En témoignent les propos du Ministre français délégué à la poste, aux télécommunications et à l'espace, François Fillon, en 1996 : « Pourquoi une institution indépendante ? Parce que l'opérateur principal sur le marché, celui qui assurera le service public, restera sous le contrôle de l'Etat. Cette raison est déterminante : l'Etat ne saurait demeurer l'actionnaire majoritaire de France Télécom et prétendre en même temps faire respecter la loi du marché avec toute l'impartialité requise (...) ». F. Fillon, discussion sur le projet de loi de réglementation des télécommunications, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 7 mai 1996, J.O. débats, p. 2877.

contestée, de l'autorité administrative indépendante (Chapitre II), seule capable d'assurer une régulation impartiale des marchés en voie de libéralisation⁵³⁸.

⁵³⁸ « Cette recherche de l'indépendance, entendue d'abord comme impartialité, fait des A.A.I. la forme juridique adaptée tant à la régulation de nouveaux secteurs ouverts à la concurrence, lorsque les opérateurs historiques sont encore détenus par l'Etat, qu'à la protection des droits fondamentaux », Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, Tome I, p. 20.

Chapitre I : L'impartialité de la régulation imposée par le droit communautaire

Le droit communautaire impose l'impartialité de l'organe chargé de réguler les services publics organisés en réseaux. Cependant, le principe d'impartialité n'apparaît jamais explicitement en droit positif, il ne se matérialise que par le biais d'une exigence qui en découle directement, la séparation entre l'opérateur et le régulateur.

Comme le souligne le rapport d'activité du Conseil d'Etat en 2001, « juridiquement, la transposition [des] directives n'emporte pas l'obligation de créer une nouvelle institution spécialisée dans la régulation du secteur en cause »⁵³⁹. Cependant, le processus de libéralisation des services publics, engagé sous l'impulsion communautaire a partie liée avec l'émergence et la généralisation des autorités de régulation indépendantes en Europe continentale⁵⁴⁰.

La libéralisation, vue depuis une perspective communautaire, s'est réalisée en deux temps : il a fallu, tout d'abord, supprimer les monopoles commerciaux, ou les droits exclusifs des entreprises publiques qui n'étaient pas strictement nécessaires. Ensuite, tout a été mis en œuvre pour introduire sur ces marchés une concurrence praticable⁵⁴¹. Dans cette optique, le cumul, par les entreprises publiques, des fonctions de réglementation et d'opération sur un

⁵³⁹ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 272 : « Juridiquement, la transposition [des] directives n'emporte pas l'obligation de créer une nouvelle institution spécialisée dans la régulation du secteur en cause, ni même de créer une institution organiquement séparée des administrations centrales. [L'essentiel de la législation communautaire] n'impose que la mise en place d'une instance indépendante des parties (...) ». La Section Rapport et Etudes du Conseil d'Etat ajoute : « Une vaste palette de choix était ainsi théoriquement offerte aux gouvernements dans leur exercice de transposition : créer un régulateur au sein même de l'exécutif ; accorder tous les pouvoirs de régulation à l'autorité chargée de veiller au respect de la concurrence, quitte à créer, en son sein des sections spécialisées ; instaurer un régulateur indépendant. Dans les faits, c'est à l'aune du degré de contrôle économique que les Etats détiennent sur les opérateurs historiques que telle ou telle formule s'impose inexorablement au législateur ».

⁵⁴⁰ « Une analyse plus fine montrerait d'ailleurs que l'émergence de la notion de régulation et la montée en puissance des autorités qui en ont la charge ont fidèlement suivi le processus de désengagement de l'Etat de la sphère économique au cours des vingt dernières années », Autin J.-L. : « Les autorités de régulation, autorités administratives indépendantes ? », in *Environnements*, Mélanges en l'honneur du Professeur J.-P. Colson, P.U.G., 2004, p. 440 et s.

⁵⁴¹ La concurrence praticable est analysée comme « la dose de concurrence nécessaire pour que soient atteints les objectifs du Traité et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant les conditions analogues à celles d'un marché intérieur ». Dans ce cadre, le juge admet que « la nature et l'intensité de la concurrence puisse varier en fonction des produits ou services en cause et de la structure des marchés sectoriels concernés », C.J.C.E., 25 octobre 1977, *Metro SB-Grossmärkte GmbH et Co KG c/ Commission des Communautés européennes* (dit « Metro I »), aff. 26/76, concl. Reischl G., 9 juin 1977, Rec. 1977, p. 1875 ; Frignani A., C.D.E., 1978, p. 461. Pour une critique, Glais M., Laurent P., *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p. 10, selon lesquels la doctrine de la concurrence praticable « se complaît dans le flou et n'hésite pas à faire l'apologie discutable des imperfections du marché. En fait, la concurrence praticable, c'est un peu l'auberge espagnole ».

même marché, devait être prohibé car avantageux⁵⁴². Il en a été de même du cumul, par le ministère actionnaire de l'entreprise publique, des fonctions de réglementation et d'opération. En effet, une concurrence non faussée ne peut être garantie que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée. L'exigence d'impartialité exclue que l'Etat soit à la fois régulateur et opérateur, juge et partie, dans le même secteur. L'impartialité est donc le fondement même de l'indépendance imposée par le droit communautaire aux autorités régulant un marché libéralisé de services publics⁵⁴³. Les Etats membres ont dû, dès lors, choisir entre conserver le contrôle des opérateurs historiques ou réguler le marché directement. La première solution a eu les faveurs des gouvernements en place. La régulation indépendante des services publics, née à cette époque, est donc consubstantielle de la libéralisation des réseaux, à partir du moment où l'Etat décide de garder un certain contrôle dans un des opérateurs⁵⁴⁴.

Le droit communautaire, exigeant implicitement l'impartialité de l'autorité en charge de ces secteurs, en est venu à les qualifier d'« autorité réglementaire nationale ». Ensuite, sous l'influence combinée de la dénomination anglo-saxonne, de la particularité des fonctions de ces nouvelles autorités ainsi que de la reconnaissance d'une fonction de régulation dans la plupart des Etats membres, ces autorités ont pris la dénomination d'« autorité de régulation nationale ». Cependant, cette qualification ne préjuge en rien de la nature de l'autorité. Un seul élément est requis par le droit communautaire, l'impartialité, sous couvert d'indépendance, du régulateur vis-à-vis des opérateurs (Section I). Le reste n'est que la conséquence des différentes situations nationales (Section II).

⁵⁴² Comme le souligne la Commission : « l'obligation de séparer les fonctions de réglementation du secteur des télécommunications des fonctions d'exploitation assurées par l'organisme national de télécommunications est sans aucun doute l'exigence qui a le plus fondamentalement contribué à la réforme et à la libéralisation des marchés des télécommunications de l'UE ». Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, du 4 avril 1995, COM (95) 113 final, spéc. p. 23.

⁵⁴³ L'impartialité comme fondement même de l'indépendance exigée par le droit communautaire aux autorités de régulation est explicitement reconnue dans l'exposé des motifs de 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 services de communications électroniques. Point 11 : « Conformément au principe de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, les Etats membres devraient garantir l'indépendance de la ou des autorités réglementaires nationales, afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions ».

⁵⁴⁴ En ce sens, Thierry Tuot, ancien directeur général de la CRE, explique à propos de l'Etat interventionniste que « c'est nécessairement parce qu'il est incapable d'agir en toute impartialité sur le marché qu'il doit recourir à d'autres formes que celles de ses actions traditionnelles », Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 221.

Section I : L'impartialité du régulateur pour garantir l'égalité des chances entre opérateurs

Les motifs avancés par la Cour de Justice pour soutenir le principe de séparation de l'opérateur et du régulateur, conséquence même de la libéralisation des services publics organisés en réseaux, tiennent à la sauvegarde de l'objectif d'égalité des chances entre opérateurs. En effet, il faut, selon elle, éviter d'octroyer à une entreprise agissant sur le marché le pouvoir de fixer des règles, ou de contrôler leur respect. Cette situation lui conférerait un avantage évident sur ses concurrents. Elle serait, dès lors, « juge et partie » ce qui ne va pas dans le sens d'une concurrence optimale. L'objectif d'égalité des chances entre opérateurs sur les marchés de services publics, ainsi affirmé, revient donc à interdire le cumul des fonctions d'opérateur et de régulateur. Par analogie, c'est bien l'impartialité du régulateur que vise la Cour dans un premier temps (§1).

Le droit dérivé, dans un second temps (§2), sans évoquer explicitement le principe d'impartialité de la régulation⁵⁴⁵, a fait émerger, en parallèle, la fonction de régulation issue des directives et l'organe en charge de celle-ci. L'analyse des textes montre ainsi clairement l'autonomisation progressive de la fonction de régulation confiée à un organe spécifique dont la caractéristique majeure est son indépendance vis-à-vis du secteur régulé. Le principe de séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur va donc s'obtenir en confiant la fonction de régulation à une « autorité réglementaire nationale indépendante ». Cette « nouvelle » figure juridique va devenir, ce qui est connu aujourd'hui comme « autorité de régulation nationale ». L'explication avancée de ce changement lexical tient, en partie, dans la distension du lien avec le pouvoir exécutif.

⁵⁴⁵ Ceci n'est plus le cas dans les dernières propositions de la Commission : « Les Etats membres garantissent l'indépendance de l'autorité de régulation et veillent à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente », article 1^{er} paragraphe 12 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, du 19 septembre 2007, COM (2007) 528 final. De même, « Les Etats membres veillent à ce que les autorités nationales de régulation exercent leurs pouvoirs de manière indépendante, impartiale et transparente », article 1^{er} paragraphe 3 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 697 final. Voir aussi article 1^{er} paragraphe 14 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, du 19 septembre 2007, COM (2007) 529 final.

§1 La condamnation jurisprudentielle du cumul des fonctions de réglementation et d'exploitation

Le caractère anti-concurrentiel inhérent au cumul des fonctions de réglementation et d'exploitation a été révélé pour la première fois par la jurisprudence. La Cour a d'abord condamné les abus commis par les entreprises publiques qui étaient à la fois opérateur et régulateur d'un même marché (A). Implicitement, c'est la situation de cumul de fonctions qui était visée. Sa jurisprudence a ensuite glissé vers la condamnation même du cumul, par une entreprise publique, de ces deux fonctions (B).

A La condamnation des dérives du cumul des fonctions

La C.J.C.E. a tout d'abord condamné les effets anti-concurrentiels des mesures prises par les entreprises publiques cumulant les fonctions de réglementation et d'exploitation d'un même marché. En effet, dans l'arrêt rendu le 20 mars 1985, *République Italienne contre Commission*⁵⁴⁶, elle approuve une décision de la Commission⁵⁴⁷ qui condamnait « British Telecom » (B.T.) pour abus de position dominante dans l'exercice de ses activités réglementaires.

En l'espèce, B.T., entreprise publique, détenait le monopole légal de la gestion des systèmes de télécommunications et disposait, à ce titre, d'un pouvoir normatif. L'entreprise avait adopté deux règlements visant à neutraliser l'avantage économique issu de la réexpédition de messages, organisée par des agences privées, ses concurrentes directes sur le même marché.

L'Italie soutenait que l'activité réglementaire d'un organisme de droit public ne saurait être considérée comme une activité d'entreprise. Cette affirmation soulevait en fait deux questions. La première était de savoir si une entreprise publique pouvait être soumise aux règles de la concurrence. La deuxième était de savoir si l'exercice d'un pouvoir normatif pouvait être une activité susceptible de tomber sous le coup de l'article 86 T.C.E. Une fois résolues les deux premières interrogations, il fallait déterminer si ce pouvoir normatif faisait partie de l'activité d'entreprise de B.T.

⁵⁴⁶ C.J.C.E., 20 mars 1985, *République Italienne c/ Commission*, aff. 41/83, concl. Darmon M., 16 janvier 1985, Rec. 1985 p. 873 ; Schulte-Braucks R., « L'arrêt "British Telecom" : première pierre d'un droit européen des télécommunications », *R.M.C.*, 1986, p. 594.

⁵⁴⁷ Décision du 10 décembre 1982 (J.O.C.E. n° L 360, du 21 décembre 1982, p. 36).

Sur la première question, le traité pose le principe que les entreprises publiques sont soumises aux règles de la concurrence dans la mesure où leur application ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie⁵⁴⁸. Cependant, la Cour a ajouté une deuxième limite à l'application du droit de la concurrence communautaire aux entreprises publiques⁵⁴⁹ : elles n'y sont soumises que dans la mesure où elles exercent une « activité économique »⁵⁵⁰. La Cour a considéré, sans surprise⁵⁵¹, que l'activité par laquelle B.T. gère les installations publiques de télécommunications et les met, moyennant paiement de redevances, à la disposition des usagers, constituait bien une activité économique.

⁵⁴⁸ Article 86 TCE : « 1 Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus. 2 Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté (...) ». Il faut noter que la Cour rejette le moyen tiré de la violation de l'article 86§2 au motif que la condamnation des règlements litigieux ne compromettrait pas, d'un point de vue économique, l'accomplissement de la mission particulière confiée à B.T.

⁵⁴⁹ La définition de l'entreprise publique a été précisée par une importante directive du 25 juin 1980 sur la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques (directive n° 80/723, J.O.C.E., n° L 195 du 29 juillet 1980). Il suffit, selon l'article 2 de la directive, que la puissance publique puisse exercer sur l'entreprise, directement ou indirectement, une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. Cette définition a été validée par la Cour dans l'arrêt : C.J.C.E., 6 juillet 1982 : République Française c/ Commission, aff. jtes 188/80 à 190/80, concl. Reischl G., 4 mai 1982, Rec., p. 2545 ; Bazex M., *R.T.D.E.*, 1983, p. 638 ; P.K., « Remarques relatives à l'arrêt de la Cour de justice du 6 juillet 1982 concernant la transparence des relations financières des entreprises publiques avec l'Etat », *La vie judiciaire*, 1982, n° 1903, p. 10.

⁵⁵⁰ Cette définition large de l'entreprise, basée sur un critère fonctionnel, a quand même permis d'exclure de son champ d'application ce qui relève des fonctions d'autorité (C.J.C.E., 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92, , concl. G. Tesaurò, 10 novembre 1993, Rec., p. 43 ; Hermitte M. A., *J.D.I.*, 1995, p. 691 ; Lhuillier G., D., 1995, p. 34 ; Moussé J., « Le régime juridique des redevances de route et la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue française de droit aérien et spatial*, 1994, n°1, p. 7 ; Partsch P. E., *J.T.D.E.*, 1994, p. 58 ; Vogel L., *R.M.C.U.E.*, 1995, p. 46.) et des fonctions exclusivement sociales de l'Etat (C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. jtes. C-159 et 160/91, concl. G. Tesaurò, 29 septembre 1992, Rec. 1993, p. I-367 ; Bolze C., *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1993, p. 429 ; Chenillet P., « Assurance vieillesse, Communauté européenne et libre concurrence », *R.D.S.S.*, 1993, p. 556 ; Hermitte M. A., *J.D.I.*, 1994, p. 503 ; Laigre P., « Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises? », *Dr. soc.*, 1993, p. 488.).

⁵⁵¹ Il faut cependant noter que les règlements en question ont été édictés pour deux d'entre eux par le *United Kingdom Post Office*, administration postale britannique qui a été remplacée par B.T. en 1981 (*British Telecommunications Act*, 1981). La Cour considère les deux organismes comme des entreprises nationales. Cet arrêt marque donc, pour la première fois, la soumission des activités de l'administration au droit communautaire de la concurrence. Voir aussi : C.J.C.E., 4 mai 1988 : *Corinne Bodson c/ S.A. Pompes funèbres des régions libérées*, aff. C-30/87, concl. Da Cruz Vilaca, 11 février 1988, Rec., p. 2479 ; Boutard-Labarde M. C., *J.C.P.*, 1988 II 21145 ; Hermitte M.-A., *J.D.I.*, 1989, p. 434 ; Saint-Esteben R., « Développements récents des droits français et communautaires de la concurrence », *Droit et pratique du commerce international*, 1989, p. 152.

La deuxième question n'a pas été abordée explicitement par la Cour. Cependant, depuis l'arrêt *Inno*⁵⁵², le problème de l'applicabilité des règles de concurrence aux activités normatives, qu'elles soient le fait d'une législation nationale ou de l'exercice d'une prérogative de puissance publique exercée par une entreprise, a été résolue par l'affirmative. L'Avocat Général Darmon l'a expliqué dans ses conclusions sur l'affaire *République Italienne contre Commission* à partir d'un raisonnement *a contrario*⁵⁵³. Selon lui, estimer que l'article 82 n'est pas applicable au pouvoir normatif exercé par B.T. « reviendrait à écarter l'application des dispositions du Traité garantissant le respect du principe fondamental de libre concurrence chaque fois que l'activité des entreprises comporte l'exercice de prérogatives de puissance publique ». Il a rappelé, en ce sens, la jurisprudence *Inno*, fondée sur l'obligation qui pèse sur les Etats de ne pas mettre en péril l'effet utile des articles 81 et 82⁵⁵⁴.

Enfin, la Cour a estimé que le pouvoir normatif conféré à B.T. était limité à la fixation des tarifs et autres modalités et conditions de prestations qu'elle fournit aux usagers. Elle en a déduit que ce pouvoir réglementaire faisait partie intégrante de l'activité d'entreprise de B.T. et relevait ainsi de l'article 82⁵⁵⁵. La position de la Commission, qui estimait que l'exercice de cette activité réglementaire constituait un abus de position dominante au sens de l'article 82, a

⁵⁵² Pt. 30 à 34 C.J.C.E., 16 novembre 1977 : SA G.B.-Inno-B.M. c/ ATAB, aff. C-13/77, Reischl G., 21 septembre 1977, Rec., p. 2115 ; Dhaeyer B., *J.T.*, 1978, p. 156 ; Focsaneanu L., « Réglementations nationales de prix et droit communautaire - Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes - Prix de produits industriels », *R.M.C.*, 1986, p. 281. Voir aussi : C.J.C.E., 10 janvier 1985 : Leclerc c/ Au Blé Vert (« Leclerc I »), aff. C-229/83, concl. Darmon M., 3 octobre 1984, Rec., p. 1 ; Blaise J-B., « Respect des articles 85 et 86 du traité par les Etats membres. Législation interne relative au prix du livre et aux prix de l'essence », *R.T.D.E.*, 1985, p. 559 ; Delvolvé J-L., « Légalité des réglementations nationales des prix et responsabilité des Etats membres et des entreprises au regard du droit communautaire de la concurrence (art. 37, 5 alinéa 2, 85, 86, 90 du traité de Rome) », *Gaz. Pal.*, 1985, III, p. 473 ; Devellennes Y., *J.C.P. G.*, 1985, II, 20395 ; Dubouis L., « La France face à l'Europe du livre et de l'essence », *R.F.D.A.*, 1985, p. 289 ; Gavalda Ch., *R.T.D.E.*, 1985, p. 180 ; Philip Ch., « A propos des arrêts Leclerc: la France découvre-t-elle la Cour de justice ? », *Revue d'intégration européenne*, 1986, p. 5 ; Waelbroeck D., « Application des règles de concurrence du traité de Rome à l'autorité publique », *R.M.C.*, 1987, p. 25.

⁵⁵³ Conclusions Darmon, sur C.J.C.E., 20 mars 1985 : *République Italienne c/ Commission*, aff. 41/83, Rec., p. 878, précitées.

⁵⁵⁴ *Ibid.* L'Avocat Général considère en effet que « les entreprises ne peuvent échapper à l'application des règles de concurrence du traité du seul fait que leur comportement a été rendu possible par la puissance publique ». Il cite en ce sens : C.J.C.E., 16 novembre 1977 : SA G.B.-Inno-B.M. c/ ATAB., aff. C-13/77, Rec., p. 2115, spéc. pt. 30-34 (préc.). Le raisonnement de cet arrêt se fonde sur l'interprétation de l'article 82 lu en combinaison avec l'article 10 alinéa 2. Conformément à l'article 10 alinéa 2, les Etats membres s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du traité. Même si l'article 82 ne s'adresse qu'aux entreprises, le traité impose aux Etats membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition. C'est ainsi que l'article 86 prévoit que les Etats membres en ce qui concerne les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du traité. Dans le même sens, les Etats membres ne sauraient édicter de mesure permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par le Traité. Ainsi, l'article 82 interdit l'exploitation abusive d'une position dominante même si un tel abus est favorisé par une disposition législative nationale. Ce raisonnement est très facilement transposable à l'entreprise publique B.T. On interprétera cette fois les dispositions combinées des articles 82 et 86§1 TCE.

⁵⁵⁵ Cons. n° 17 et 19.

donc été confirmée. British Telecom, en édictant des règlements interdisant à ses concurrents de réexpédier les messages, abusait effectivement de sa position dominante.

Par cet arrêt, la Cour, sans interdire le principe même du cumul des fonctions de réglementation et d'exploitation, en condamne ses dérives. Comme le souligne le Professeur Robert Kovar, « les conditions d'exercice de ce pouvoir par l'entreprise lui laissent une marge d'appréciation qui laissent penser qu'elle peut le détourner de son objet et en faire un élément de stratégie sur le marché en le détournant du service d'intérêt général »⁵⁵⁶. La Cour a très logiquement condamné, dans un premier temps, les comportements abusifs de l'entreprise qui détourne le pouvoir réglementaire de son objet. Dans un deuxième temps, sa position a glissé subtilement vers la condamnation du principe même du cumul des fonctions.

B La condamnation du principe même de cumul des fonctions

La Cour a validé la position de la Commission et apporté quelques éclaircissements sur la notion de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation contenue dans la directive du 16 mai 1988⁵⁵⁷. Son article six impose que la formalisation, le contrôle et l'agrément des terminaux de télécommunications, soient effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou des services dans le domaine des télécommunications. La France, considérant que la Commission avait outrepassé ses pouvoirs et méconnu les règles du traité, a exercé un recours en annulation, notamment contre la disposition imposant la séparation de l'exploitation et de la réglementation. Cette disposition fut cependant validée par la Cour, dans l'arrêt *République française contre Commission*⁵⁵⁸.

Il est vrai que le cumul des fonctions de réglementation et d'exploitation implique, *de facto*, un avantage par rapport aux concurrents opérant sur le même marché. Le risque que l'opérateur disposant de ce pouvoir l'utilise dans le but, direct ou indirect, de fausser le libre jeu de la concurrence est alors permanent. En effet, « il peut être suspecté de non objectivité

⁵⁵⁶ Kovar R. : « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D.E.*, n° 3, 1996, p. 495.

⁵⁵⁷ Directive du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications (88/301/CEE, J.O.C.E. n° L 131, p. 73), directive dite « Terminaux ».

⁵⁵⁸ C.J.C.E., 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, aff. C-202/88, concl. Tesouro G., 13 février 1990, Rec., p. I-1223 ; Bazex M., « L'article 90§3 du Traité CEE ou le grand chambardement », *Gaz. Pal.*, 1991, III, p. 271 ; De Guillenchmidt M., Bonichot J.-C., *L.P.A.*, 1991, n° 62, p. 26 ; Fiquet A., *C.J.E.G.*, 1992, p. 43 ; Hermitte M.-A., *J.D.I.*, 1992, p. 463 ; Le Mire P., *A.J.D.A.*, 1991, p. 540 ; Mattera, A., « L'arrêt "Terminaux de télécommunications" du 19 mars 1991 : interprétation et mise en oeuvre des articles 30, 36 et 90 du traité CEE », *R.M.U.E.*, 1991, n° 3, p. 245 ; Nedjar D., « Les compétences de la Commission des Communautés européennes et la situation des entreprises publiques », *R.F.D.A.*, 1992, p. 291.

puisque'il a un intérêt évident dans les normes qu'il crée »⁵⁵⁹. Rien ne l'empêche, dès lors, d'édicter des réglementations qui soient favorables à son activité commerciale et qui, de ce fait, influencent négativement la fourniture de biens ou de services de ses concurrents.

Dans cette optique, la Cour considère que confier à une entreprise, qui commercialise des appareils terminaux, la tâche de formaliser des spécifications techniques, de les contrôler et de les soumettre à agrément « revient à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils terminaux susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ses concurrents »⁵⁶⁰. Cet avantage méconnaîtrait par conséquent l'objectif d'égalité des chances. La Cour valide donc l'article six au motif qu'« un système de concurrence non faussée ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée ».

Comme le souligne le Professeur Michel Bazex, « classiquement, c'est par rapport à l'exigence d'égalité de traitement que se détermine l'application des règles de concurrence, de non-discrimination, etc. La Cour évoque en l'espèce l'égalité des chances. Le changement a certainement un sens mais lequel ? Et jusqu'à quel point ? Là encore ce sera à la jurisprudence ultérieure de le préciser »⁵⁶¹. C'est chose faite grâce à l'arrêt *R.T.T.* du 13 décembre 1991⁵⁶². Cet arrêt est venu confirmer, pour une situation antérieure à la directive précitée et à la lumière des règles de concurrence du traité, que le principe d'égalité des chances empêche le cumul, par un même opérateur, des fonctions d'exploitation et de réglementation.

Il s'agissait dans cette affaire d'un régime national octroyant à un organisme public⁵⁶³, la Régie des télégraphes et des téléphones belges (R.T.T.), le pouvoir d'agréer, en vue de leur raccordement au réseau, les appareils téléphoniques qu'il n'avait pas fournis lui-même. La R.T.T. détenant le monopole, sous l'autorité hiérarchique du ministre, de l'établissement et de l'exploitation du réseau public de téléphones, se livrait aussi au commerce d'appareils téléphoniques. La juridiction belge, sur le fondement de l'article 234 T.C.E., demanda à la

⁵⁵⁹ Laget-Annamayer A., *La régulation des services publics en réseaux, Télécommunications et électricité*, thèse, L.G.D.J., Bruylant, 2002, spéc. p. 65.

⁵⁶⁰ C.J.C.E., 19 mars 1991 : *République française c/ Commission*, précité, pt 51.

⁵⁶¹ Bazex M. : « L'article 90§3 du Traité CEE ou le grand chambardement », *Gaz. Pal.*, 1991, III, doct., p. 272.

⁵⁶² C.J.C.E., 13 décembre 1991, *RTT c/ GB INNO BM SA*, aff. C-18/88, Concl. Darmon M., 15 mars 1989, Rec., p. I-5941 ; Bolze C., « Droit communautaire de l'entreprise », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1993, p. 436 ; Deleporte B., *Gaz. Pal.*, 1992, I, p. 469.

⁵⁶³ L'organisme public, la Régie des télégraphes et des téléphones belges, était chargé, sous l'autorité hiérarchique du ministre, de l'établissement et de l'exploitation du réseau public de téléphones et se livrait aussi au commerce d'appareils téléphoniques.

Cour d'apprécier la compatibilité de ce régime avec les ex-articles 3 sous g), 86 et 82 du Traité.

Le raisonnement de la Cour s'appuie sur la lecture combinée des articles 82⁵⁶⁴ et 86⁵⁶⁵ du Traité. L'article 82 prohibe les abus de position dominante, mais ne s'adresse en principe qu'aux entreprises. Les mesures étatiques sont par nature exclues de son champ d'application. Cependant, le Traité impose aux Etats membres, par le biais de l'article 86§1, de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence⁵⁶⁶. L'Etat ne doit donc pas édicter ou maintenir de mesure qui impliquerait un abus de position dominante⁵⁶⁷. Se pose alors la question de savoir quelles sont les situations qui impliquent, au sens de la Cour, un abus de position dominante.

Il est de jurisprudence constante qu'une entreprise qui bénéficie d'un monopole légal peut être considérée comme occupant une position dominante, au sens de l'article 82 T.C.E.⁵⁶⁸. Cette position dominante n'est pas, en elle-même, incompatible avec l'article 82⁵⁶⁹, seul un abus de cette situation est prohibé. Cependant, la Cour avait déjà considéré que le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver, sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une entreprise tierce constituait un tel abus⁵⁷⁰. Par analogie, elle relève en l'espèce que l'extension, sans nécessité objective, du monopole déjà existant à une activité auxiliaire⁵⁷¹, le marché des

⁵⁶⁴ Article 82 TCE : « Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. (...) »

⁵⁶⁵ Article 86§1 TCE : « Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus (...) ».

⁵⁶⁶ En ce sens : C.J.C.E., 16 novembre 1977 : *Inno c/ ATAB*, précité, pt. 31.

⁵⁶⁷ C.J.C.E., 13 décembre 1991, *RTT c/ GB INNO BM SA*, précité, pt. 20.

⁵⁶⁸ C.J.C.E., 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, concl. Jacobs F. G., 15 janvier 1991, Rec., p. I-1979 ; Carnelutti A., *Gaz. Pal.*, 1992, I, p. 200 ; Hermitte M.-A., *J.D.I.*, 1992, p. 467.

⁵⁶⁹ C.J.C.E., 30 avril 1974, *Sacchi*, aff. 155/73, concl. Reischl G., 20 mars 1974, Rec., p. 409 ; Wauters A., Matthys J.-C., Colard A., *R.D.I.D.C.*, 1975, p. 316.

⁵⁷⁰ En ce sens : C.J.C.E., 3 octobre 1985, *CBEM*, aff. 311/84, concl. Lenz C.-O., 11 juillet 1985, Rec., p. 3261.

⁵⁷¹ La Cour a distingué les deux marchés que sont l'établissement et l'exploitation du réseau public de télécommunications, sur lequel la R.T.T. détient son monopole, puis le raccordement au réseau des appareils fournis ou agréés par elle. La position dominante de la R.T.T., matérialisée par son monopole, s'exerce sur le marché de l'établissement et l'exploitation du réseau public de télécommunications, alors que l'abus est caractérisé sur le marché du raccordement et de la commercialisation des terminaux. Il s'agit ici de l'application du principe selon lequel le marché pertinent pour constater l'existence d'une position dominante n'est pas nécessairement celui sur lequel se manifestent les comportements abusifs. En ce sens : C.J.C.E., 3 juillet 1991, *Akzo Chemie*, aff. C-62/86, concl. Lenz C.-O., 19 avril 1989, Rec., p. I-3359 ; Bolze C., « Abus de position dominante », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1992, p. 310 ; Vogel L., *J.C.P.*, 1992, II, 21855. Les requérants ont aussi essayé de faire jouer l'exemption de l'article 86§2 TCE : « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission

appareils téléphoniques, qui peut très bien être exercée par une entreprise tierce, est prohibée. Cette extension pourrait, en effet, éliminer ou fausser la concurrence.

Appliquant ici son raisonnement tiré de la lecture combinée des articles 82 et 86 du Traité, la Cour en déduit que l'Etat membre ne peut « mettre, par des mesures législatives, réglementaires ou administratives, les entreprises publiques ou les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs dans une situation dans laquelle ces entreprises ne pourraient pas se placer elles-mêmes par des comportements autonomes sans violer les dispositions de l'article 86 ». La Cour s'appuie ici sur le principe d'égalité entre entreprises privées et entreprises publiques, raison d'être de l'article 86§1 T.C.E.

En somme, l'existence des droits exclusifs n'est pas directement remise en cause dans cet arrêt. Ce qui est condamné, c'est leur extension injustifiée par le biais d'une mesure étatique. Celle-ci place l'entreprise publique dans une situation de conflit d'intérêts, car elle détient à la fois le pouvoir de commercialiser les appareils et ceux de déterminer la normalisation des règles techniques, de contrôler et de délivrer l'agrément aux appareils concurrents⁵⁷². Elle dispose, par conséquent, d'un avantage sur ses concurrents. Cette position de la Cour amène deux séries de réflexions.

Tout d'abord, l'avantage généré par le cumul des fonctions d'exploitation et de réglementation, méconnaît l'objectif avoué de la Commission comme du Conseil⁵⁷³ : l'égalité

particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ». La Cour exclut cet argument en estimant que « la restriction de la concurrence sur le marché des appareils téléphoniques ne peut être regardée comme justifiée par une mission de service public d'intérêt économique général au sens de l'article 90, paragraphe 2 ». Pour une application positive de cet article, voir : C.J.C.E., 19 mai 1993, *Procédure pénale c/ Paul Corbeau*, aff. C-320/91, concl. Tesauo G., 9 février 1993, Rec., p. I-2533 ; Cartou L., « La Poste - Le monopole en question - Sa légitimité et ses limites », *L.P.A.*, 1993, n° 147, p. 22 ; Courtois C., « Perspectives ouvertes dans le cadre des services réservés par les arrêts Corbeau et Commune d'Almelo », *Juris PTT*, 1994, p. 17 ; Defalque L., « Le Traité de la C.E.E. interdit-il la création, le maintien ou l'extension de monopoles nationaux? », *J.T.D.E.*, 1993, p. 42 ; Hamon F., *A.J.D.A.*, 1993, p. 866 ; Hermitte M.A., *J.D.I.*, 1994, p. 513 ; Wachsmann A., Berrod F., « Les critères de justification des monopoles : un premier bilan après l'affaire Corbeau », *R.T.D.E.*, 1994, p. 39. Voir aussi : Kovar R. : « La Cour de Justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée », *Chronique, Europe*, juillet 1994, p. 1, et août-septembre 1994, p. 1.

⁵⁷² Comme le souligne l'Avocat Général, la question posée est celle de savoir si un Etat « peut confier à un commerçant le soin de décider, au travers d'un agrément technique, si les produits proposés par les autres commerçants pourront concurrencer les siens (...). L'adage "Nul ne peut être juge et partie" paraît être en toile de fond de cette question ». En ce sens : concl. Darmon sur C.J.C.E., 13 décembre 1991, *RTT c/ GB INNO BM SA*, précité, spéc. p. 5957. La Cour énonce aussi le principe dans l'exposé des faits de la même affaire, pt. 12.

⁵⁷³ Le Conseil considère qu'un des grands objectifs d'une politique des télécommunications est de « développer un marché commun permettant aux administrations des télécommunications et à d'autres prestataires de service de faire face à la concurrence dans l'égalité des chances ; à cette fin, il convient notamment d'établir une nette distinction entre les activités de réglementation et d'exploitation (...) ». Résolution du Conseil, du 30 juin 1988, concernant le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications d'ici à 1992 (J.O.C.E. n° C 257, du 4 octobre 1988, p. 1). La Commission laisse déjà en 1987 transparaître l'objectif de

des chances entre opérateurs publics et privés sur les marchés concurrentiels. La Cour le reprend à son compte et le confirme, comme elle l'avait déjà fait dans l'arrêt *France c/ Commission* : « un système de concurrence non faussée, tel que celui prévu par le traité, ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre opérateurs est assurée »⁵⁷⁴.

L'utilisation par la Cour de l'égalité des chances trouve sa justification dans une conception téléologique de la concurrence. En effet, pour que celle-ci ne soit pas faussée dans des domaines d'intervention étatique, l'essentiel n'est pas uniquement que les entreprises se livrent à une concurrence loyale, mais aussi que l'Etat ne mette pas l'une d'entre elles dans une position avantageuse par rapport aux autres. L'Etat doit avoir un comportement impartial. Cependant, la Cour a vraisemblablement préféré le concept d'égalité des chances à celui d'égalité de traitement car ce dernier n'est pas adapté dans un marché émergent ou dans un marché anciennement soumis à des droits spéciaux ou exclusifs. Classiquement, le principe d'égalité de traitement suppose une abstention de la part de l'Etat ou des prestations identiques. L'égalité des chances suppose, en revanche, que l'Etat fasse tout ce qui est en son pouvoir pour placer les opérateurs d'un marché en voie de libéralisation dans une situation où leurs chances sont équivalentes et où la concurrence est loyale⁵⁷⁵. L'action des pouvoirs publics peut donc se traduire par un traitement spécifique, parfois au détriment de l'opérateur public, en lui retirant, par exemple, ses droits spéciaux ou exclusifs⁵⁷⁶. Comme le souligne la doctrine, le concept d'égalité des chances a une connotation plus sociologique qu'économique

l'égalité des chances dans le Livre vert : « la séparation des activités de réglementation et d'exploitation des administrations des télécommunications (...) afin de permettre une participation équitable des administrations des télécommunications et d'autres prestataires de services », « (...) la création d'un marché de dimension communautaire (...) en vue de donner des chances égales à tous les acteurs du marché », in Communication de la Commission : « Vers une économie européenne dynamique », Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications du 30 juin 1987, COM (87) 290 final, spéc. p. 13 et 98.

⁵⁷⁴ Voir : C.J.C.E., 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, précité, pt. 51. Formulation reprise au point 25 de : C.J.C.E., 13 décembre 1991, *RTT c/ GB INNO BM SA*, aff. C-18/88, précité. A ce propos : Lombard M. : « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et privés », *D.* 1994, Chronique p. 163, spéc. p. 169 : « L'égalité des chances est en effet rompue dans la concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés lorsque les premiers sont tout à la fois compétiteurs et arbitres sur le même terrain ».

⁵⁷⁵ Si l'on considère un marché en voie d'ouverture sur lequel l'entreprise disposant de droits spéciaux est aussi en charge de la spécification technique dont elle a la possibilité d'abuser vis-à-vis de ses concurrents, alors le principe d'égalité de traitement impose que l'Etat surveille que la spécification technique n'implique pas une discrimination en faveur de l'opérateur public. Le principe d'égalité des chances, quant à lui, implique que la charge de la spécification technique soit retirée à l'entreprise publique pour qu'elle se trouve dans une situation de concurrence équivalente à celle des opérateurs privés agissant sur le marché.

⁵⁷⁶ Tel est l'objectif des directives visant à la réalisation d'un marché commun des télécommunications imposant aux Etats membres la suppression des droits spéciaux ou exclusifs sur le marché des terminaux de télécommunications. Il en va de même de l'imposition ou du maintien d'obligations aux entreprises disposant d'une puissance significative sur un marché.

ou juridique⁵⁷⁷. Alors que le principe d'égalité de traitement est objectif, le principe d'égalité des chances serait plutôt subjectif et comportemental⁵⁷⁸.

Ensuite, l'arrêt condamne l'extension du monopole au marché des appareils téléphoniques, sans justification objective, car contraire à l'ex-article 86 lu en combinaison avec l'article 86§1. Cependant, une extension d'un monopole, en elle-même, ne fausse pas obligatoirement la concurrence. En effet, la R.T.T. soutient qu'une infraction à l'ex-article 90§1 n'aurait pu être constatée que si l'Etat membre avait favorisé un abus effectivement commis par l'entreprise. L'Avocat Général, dans le même sens, estime que l'attribution d'un droit exclusif à une entreprise publique n'est pas par principe contraire à l'article 86 T.C.E., sauf si cette attribution impose ou favorise un abus de position dominante, ou en renforce les effets⁵⁷⁹. Il conclut, après vérification, à l'absence d'abus de position dominante. La Cour estime quant à elle que c'est l'extension du monopole au marché des appareils téléphoniques, sans justification objective, qui est prohibée comme telle par les ex-articles 86 et 90§1. Cette conception amène à penser que le droit exclusif nouvellement accordé, sur le marché des appareils téléphoniques, est consubstantiellement empreint d'abus. Il engendre, par nature, un comportement abusif ou sa potentialité. En effet, l'entreprise publique est dans une situation dans laquelle elle est susceptible d'utiliser son avantage dans un sens contraire aux règles du Traité.

La Cour, par ce raisonnement, inscrit l'arrêt *R.T.T.* dans la lignée des arrêts *Höfner*⁵⁸⁰ et *E.R.T.*⁵⁸¹ rendus la même année. Le premier énonce qu'un Etat membre viole l'article 90§1, lu en combinaison avec l'article 86, lorsque « l'entreprise en cause est amenée, par le simple

⁵⁷⁷ Deleporte B., note sous C.J.C.E., 13 décembre 1991, *RTT c/ GB Inno BM SA*, *Gaz. Pal.*, n° 199-200, Tome I, 17 juillet 1992, p. 466.

⁵⁷⁸ Sur les principes d'égalité des chances et d'égalité de traitement, voir : Laget-Annamayer A., *La régulation des services publics en réseaux, Télécommunications et électricité*, précitée, p. 69.

⁵⁷⁹ Conclusions Darmon, sur C.J.C.E., 13 décembre 1991, *RTT c/ GB INNO BM SA*, précitées, pt. 20. L'Avocat Général se fonde sur la jurisprudence relative à la lecture combinée des ex-articles 85 et 90§1 TCE. Cette lecture conduit à interdire toute mesure étatique qui impose, favorise ou engendre la conclusion d'une entente, ou en renforce les effets. C.J.C.E., 30 avril 1986, *Ministère Public c/ Asjes*, dit « *Nouvelles frontières* », aff. jtes. C-209-84 à 213-84, concl. Lenz C.O., 24 septembre 1985, *Rec.*, p. 1425 ; Dagtoglou Prodromos D., « Air Transport after the Nouvelles Frontières Judgment, Du droit international au droit de l'intégration », *Liber amicorum* Pierre Pescatore, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft - Baden-Baden, 1987, p. 115 ; Dutheil de la Rochère J., « Application des règles de concurrence du traité CEE à la fixation des tarifs de transport aérien », *R.T.D.E.*, 1986, p. 519 ; Guillaume G., « L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 30 avril 1986 sur les transports aériens et ses suites », *Revue française de droit aérien*, 1987, n° 1, p. 13 ; Henrotte-Estienne E., « Les règles de concurrence du traité CEE s'appliquent au transport aérien », *C.D.E.*, 1986, p. 361 ; Hermitte M.-A., *J.D.I.*, 1987, p. 462 ; Montier P., « La déréglementation en matière aérienne », *Gaz. Pal.*, 1987, III, p. 142.

⁵⁸⁰ C.J.C.E., 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, précité.

⁵⁸¹ C.J.C.E., 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, concl. Lenz C.O., 23 janvier 1991, *Rec.*, p. I-2925 ; Bolze, C., « Droit communautaire de l'entreprise », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1993, p. 436 ; De Guillenchmidt, M., Bonichot, J.-C., *L.P.A.*, 1991, n° 97, p. 13 ; Hermitte M.-A., *J.D.I.*, 1992, p. 470.

exercice du droit exclusif qui lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive »⁵⁸². Le deuxième estime contraire à l'article 90§1 l'octroi par un Etat membre d'un droit exclusif, dès lors que ce droit est susceptible « de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à enfreindre l'article 86 du traité (...) »⁵⁸³. Dans le premier cas, c'est l'exercice du droit exclusif qui amène nécessairement l'entreprise dans une situation d'abus de position dominante. La doctrine a évoqué à ce propos la « théorie de l'abus automatique »⁵⁸⁴ ou la « présomption d'abus de position dominante »⁵⁸⁵. Dans le deuxième cas, le droit exclusif est susceptible de créer une situation dans laquelle l'entreprise est amenée à enfreindre les dispositions de l'ex-article 86. Cette situation peut être qualifiée d'abus quasi-automatique car l'abus n'est pas obligatoire, il reste contingent, mais potentiel.

La jurisprudence *R.T.T.* peut être analysée à la lumière de l'affaire *E.R.T.* La mesure nationale crée un droit exclusif dans une situation telle que l'entreprise est tentée d'exercer un comportement abusif. En effet, étant opératrice et réglementant aussi le marché en cause, l'entreprise se trouve dans une situation de « conflit d'intérêt » qui a son origine dans le droit exclusif lui-même. C'est donc le droit exclusif qui rend possible l'atteinte à la concurrence. Cette situation de « conflit d'intérêt » implique donc un « abus quasi-automatique » de position dominante. L'Avocat Général Tesauro a lui-même souligné cette situation dans ses conclusions sous l'arrêt *Decoster*⁵⁸⁶. Il évoque l'arrêt *RTT c/ GB-Inno-BM SA* et estime que : « la confusion, ou le cumul, dans le chef d'un même organisme, des fonctions de commercialisation, d'une part, et de réglementation et de contrôle, d'autre part, si elle altère l'égalité des chances entre les opérateurs concurrents, se traduit, automatiquement, par une discrimination (...) ».

Cette argumentation, sans dénigrer son utilité dans le domaine de la libéralisation des marchés anciennement soumis à des droits spéciaux ou exclusifs, se situe à la frontière entre la condamnation de l'abus de position dominante et la condamnation de la position dominante elle-même. En effet, en théorie, la position dominante n'est pas condamnable, c'est le comportement, c'est-à-dire l'abus, qui est condamné. Dans le cadre de l' « abus quasi-

⁵⁸² C.J.C.E., 23 avril 1991, *Höfner*, précité, pt. 29.

⁵⁸³ C.J.C.E., 18 juin 1991, *ERT*, précité, pt. 37.

⁵⁸⁴ L'expression est attribuée à Marc Van der Woude : in Van der Woude M., « *Competing for Competence* », *E.L.R., Competition Law Checklist*, 1991, p. 60. Voir aussi: Schapira J. Le Tallec G., Blaise J.-B., Idot L. : *Droit européen des affaires*, tome I, 5^{ème} édition, 1999, p. 346.

⁵⁸⁵ Dubouis L., Blumann C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 4^{ème} édition, Montchrestien, 2006, n° 937.

⁵⁸⁶ C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Francine Decoster, épouse Gillon*, aff. C-69/91, concl. Tesauro G., 3 juin 1992, Rec., p. I- 5335, spéc. p. I-5362; Hancher L., *C.M.L.R.*, 1994, p. 857 ; Taylor S.M., « *Article 90 and Telecommunications Monopole* », *E.L.R.*, 1994, p. 322.

automatique » l'objectif est bien d'empêcher à l'Etat membre de donner à une entreprise en position dominante les moyens juridiques de commettre des abus. Il s'agit donc plus d'une politique préventive que d'une politique répressive. En effet, en ayant une vision téléologique des dispositions relatives à la concurrence dans le Traité, cette lecture est compréhensible puisqu'elle permet de prévenir des comportements qui sont très difficilement répréhensibles. Il est matériellement très compliqué, en termes de preuve, de faire la différence entre une entreprise publique qui édicte volontairement une réglementation qu'elle est la seule en mesure de satisfaire et une entreprise publique dont la réglementation est nécessaire et non discriminatoire.

La théorie de l'« abus quasi-automatique » est donc l'outil utilisé pour parvenir à une égalité des chances entre opérateurs, sur un marché en voie d'ouverture à la concurrence. Ce lien entre la méconnaissance de l'objectif d'égalité des chances – caractérisé ici par le conflit d'intérêt – et l'« abus quasi-automatique », n'est pas explicite dans l'arrêt *R.T.T.* La Cour de Justice l'a précisé dans une affaire ultérieure, dite *Silvano Raso*⁵⁸⁷. Elle y explique que le droit exclusif accordé à une compagnie portuaire de fournir de la main d'oeuvre temporaire aux autres entreprises opérant sur le port, alors qu'elle les concurrence directement sur le marché des services portuaires, la place dans une situation de conflit d'intérêts. Par le simple exercice de ce droit, elle se trouve en mesure de fausser à son profit l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques. Ces droits sont donc susceptibles de créer une situation dans laquelle l'entreprise est amenée à commettre des abus incompatibles avec l'article 82 T.C.E.⁵⁸⁸. L'arrêt *R.T.T.* est donc le premier cas de figure qui inscrit une situation de conflit d'intérêt - impliquant la méconnaissance de l'objectif d'égalité des chances entre opérateurs - dans le cadre de la théorie de l'« abus quasi-automatique » de position dominante. La Cour indique, enfin, la marche à suivre pour parer à une telle situation et assurer une concurrence effective sur le marché. La formalisation des spécifications techniques, le contrôle de leur application et l'agrément devraient être effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens ou des services concurrents dans le domaine des télécommunications⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ C.J.C.E., 12 février 1998, *Procédure pénale c/ Silvano Raso*, aff. C-163/96, concl. Fennelly N., 9 octobre 1997, Rec., p. I-533 ; Arhel P., « Activité des juridictions communautaires en matière d'ententes et d'abus de position dominante », *Rev. conc. consom.*, 1998, n° 106, p. 38, *L.P.A.*, 1999, n° 51, p. 10 ; Bonassies P., *Le droit maritime français*, 1999, hors série, n° 3, p. 21 ; Idot L., *Europe*, avril 1998, p. 17 ; Nicoletta M., « Opérations portuaires : droit exclusif de mettre à la disposition d'autres entreprises concurrentes de la main-d'oeuvre temporaire », *Gaz.Pal.*, 1998, II, p. 649.

⁵⁸⁸ C.J.C.E., 12 février 1998, *Procédure pénale c/ Silvano Raso*, précité, pt. 27 à 29.

⁵⁸⁹ C.J.C.E., 19 mars 1991 : *République française c/ Commission*, précité, pt. 52 ; C.J.C.E., 13 décembre 1991, *RTT c/ GB INNO BM SA*, précité, pt. 26.

L'arrêt *R.T.T.* a donné à la Cour l'occasion de poser la première pierre jurisprudentielle de l'interdiction du cumul des fonctions de réglementation et d'exploitation sur le même marché, à propos d'une situation antérieure à l'adoption de la directive « Terminaux »⁵⁹⁰. Ainsi, une disposition nationale qui ne garantit pas l'indépendance de la réglementation, du contrôle et de l'agrément des terminaux, et qui donne lieu de ce fait à des situations de conflit d'intérêts, est, dans certaines circonstances, incompatible avec les articles 3 g), 82 et 86 du Traité. Elle réaffirmera cette conception, de même que la teneur et les contours du principe d'indépendance, dans une série d'arrêts postérieurs⁵⁹¹.

D'autres organismes nationaux de réglementation, dans le domaine des télécommunications, ont par conséquent vu leurs pratiques condamnées sur la base de ce raisonnement. Ce fut le cas, par exemple, en France, pour la Direction générale des télécommunications du Ministère français des postes et télécommunications, dans les arrêts *Taillandier*⁵⁹² et *Decoster*⁵⁹³. Avec ces jurisprudences, le principe d'impartialité ne s'applique plus exclusivement aux entreprises qui cumulent les fonctions d'opération et de réglementation, mais peut être étendu au pouvoir exécutif lui-même lorsqu'il agit sur le marché et en fixe les règles⁵⁹⁴. Le mouvement jurisprudentiel d'interdiction du cumul des fonctions de réglementation et d'exploitation, dans le domaine des télécommunications, fut ensuite relayé par une dissociation des fonctions dans le droit dérivé. D'autres organismes nationaux de réglementation ont encore vu leurs pratiques condamnées, pour non respect du principe de dissociation, mais cette fois, sur le fondement du droit dérivé.

§2 De la consécration textuelle de l'impartialité de la régulation à l'autorité de régulation nationale indépendante

Le principe de séparation des fonctions est entré dans le droit dérivé sous l'effet conjugué, d'une part, du consensus entre les institutions communautaires et, d'autre part, de l'influence du contexte international. En effet, ce principe fut largement discuté au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.) et il a été formellement affirmé par le

⁵⁹⁰ Directive 88/301/CEE, précitée.

⁵⁹¹ Voir *infra* p. 234 et s.

⁵⁹² C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Annick Taillandier, épouse Nény*, aff. C-92/91, concl. Tesouro G., 3 juin 1992, Rec., p. I-5383 ; Hancher L., *C.M.L.R.*, 1994, p. 857 ; Taylor S. M., « *Article 90 and Telecommunications Monopolies, European Competition* », *E.L.R.*, 1994, p. 322.

⁵⁹³ C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Francine Decoster, épouse Gillon*, précité.

⁵⁹⁴ Sur ce point et la liaison établie avec l'indépendance du régulateur vis-à-vis de la direction du ministère concerné, voir *infra*, p. 239 et s.

document de référence du Groupe de négociations sur les télécommunications de base de 1996⁵⁹⁵. L'idée de la séparation des fonctions a, par conséquent, fait sa première apparition en droit dérivé à partir de la fin des années quatre-vingt. Le Conseil l'a formellement consacrée en tant que « principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation », dans la directive du 5 juin 1992⁵⁹⁶. Ce principe s'est ensuite matérialisé dans la figure de l'autorité de réglementation nationale indépendante, dont les caractéristiques témoignent d'une prise de conscience, de la part des autorités communautaires, de sa nécessaire impartialité. Enfin, cette nouvelle figure juridique va évoluer progressivement vers celle d'autorité de régulation nationale indépendante (ARI). Le changement terminologique, le passage de la « réglementation » à la « régulation », révèle, sans doute, le souci communautaire d'utiliser un lexique beaucoup moins lié au pouvoir exécutif. En effet, historiquement, dans la plupart des Etats membres, la réglementation est consubstantielle du pouvoir exécutif, alors que la régulation, concept moderne⁵⁹⁷, marque un certain détachement par rapport à celui-ci dans les pays non anglophones. La question qui se pose alors est de savoir si la notion de régulation a précédé le détachement du pouvoir exécutif ou si c'est le détachement constaté qui a entraîné l'utilisation de ce nouveau vocabulaire. En tout état de cause, cette évolution n'aurait jamais vu le jour sans le facteur fondamental de l'impartialité de la régulation. Enfin, le droit communautaire n'empêche pas les Etats membres de choisir leur propre mode de régulation, par exemple en confiant les fonctions de régulation à plusieurs entités⁵⁹⁸, mais révèle quand même une certaine incitation à l'individualisation et à l'autonomisation de la fonction dans un souci d'efficacité institutionnelle.

⁵⁹⁵ Document de référence du Groupe de négociations sur les télécommunications de base du 24 avril 1996. Disponible sur le site Internet : http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/telecom_f/tel23_f.htm. Le point 5 dispose de l'indépendance des organes réglementaires : « L'organe réglementaire est distinct de tout fournisseur de services de télécommunications de base et ne relève pas d'un tel fournisseur. Les décisions des organes réglementaires et les procédures qu'ils utilisent seront impartiales à l'égard de tous les participants sur le marché ».

⁵⁹⁶ Considérant 14 de la directive 92/44/CEE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (J.O.C.E., n° L 165, du 19 juin 1992, p. 27).

⁵⁹⁷ En ce sens : Cohen-Tanugi L. : « L'émergence de la notion de régulation », in Frison-Roche M.-A., Cohen-Tanugi L. (dir.) : « La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels », Colloque D.G.C.C.R.F., du 25 mars 1998, *L.P.A.* n°82, 10 juillet 1998, p. 4.

⁵⁹⁸ Ce ne sera peut-être plus le cas si les propositions de la Commission sont adoptées. En effet, celle-ci exige que « chaque Etat membre désigne une seule autorité de régulation nationale », article 1^{er} paragraphe 12 de la proposition modifiant la directive 2003/54/CE, précitée. Voir aussi article 1^{er} paragraphe 14 de la proposition de directive modifiant la directive 2003/55/CE, précitée.

A De la séparation des fonctions à la notion d'autorité réglementaire nationale indépendante

Le Livre vert de la Commission, sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications⁵⁹⁹, a été le premier à formuler la nécessité, dans certains Etats membres qui ne l'assuraient pas, de dissocier les fonctions de réglementation et d'exploitation. Il dispose en effet qu'une « distinction nette doit être établie entre les fonctions réglementaires et les fonctions opérationnelles »⁶⁰⁰. Selon la communication, les administrations des télécommunications ne peuvent être à la fois responsables de la réglementation et acteurs du marché ou « juges et partie »⁶⁰¹. Le principe d'impartialité s'inscrit déjà à cette époque comme le fondement de la régulation indépendante. Cette nécessaire dissociation des fonctions est une condition préalable essentielle à toute application effective des règles de concurrence aux prestataires de services de télécommunications.

La séparation des fonctions réglementaires et opérationnelles est entrée dans le droit positif par le biais de la directive du 16 mai 1988⁶⁰², dans le domaine des marchés de terminaux de télécommunications. Son article six imposait que la formalisation, le contrôle et l'agrément des terminaux de télécommunications, soient effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou des services dans le domaine des

⁵⁹⁹ Communication de la Commission : « Vers une économie européenne dynamique », Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications du 30 juin 1987, COM (87) 290 final. Le Livre vert de la Commission a posé les jalons du programme visant à ouvrir progressivement un marché concurrentiel des télécommunications. Les objectifs fixés visaient d'une part à garder l'infrastructure - qui demande des investissements très importants et lents à amortir - de même que le service de base et celui de la téléphonie vocale, sous forme de droits exclusifs. D'autre part, tous les autres services (sauf quelques restrictions qui subsistent concernant la commutation par paquets, le télex et la téléphonie mobile) étaient soumis à la concurrence. Cette mise à disposition du réseau monopolisé aux concurrents correspond au principe de la fourniture d'un réseau ouvert, connu sous sa dénomination anglaise « *Open Network Provision* » ou O.N.P. Sur ce point : Hatzopoulos V. : « L'«*Open Network Provision*» (ONP) moyen de la dérégulation », *R.T.D.E.*, 30 (1) janv.-mars 1994, p. 63 et s. L'O.N.P., est le principe d'une fourniture d'un réseau ouvert qui permet la mise à disposition du réseau de l'opérateur historique aux nouveaux opérateurs, en dissociant la propriété du réseau et la fourniture du service ayant comme support ce réseau, il permet ainsi de distinguer la disposition de l'infrastructure de son exploitation commerciale.

⁶⁰⁰ Communication de la Commission : « Vers une économie européenne dynamique », précitée, spéc. p. 70.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 70.

⁶⁰² Directive 88/301/CEE, précitée. La Commission, sur le fondement des pouvoirs qu'elle détient de l'article 86§3, a arrêté la directive du 16 mai 1988, qui ouvre le marché des appareils et combinés téléphoniques à la concurrence, ce qui représentait à l'époque un volume d'activité de huit milliards d'écus. Elle impose aux Etats membres de supprimer les droits spéciaux ou exclusifs qu'ils accordent aux entreprises et d'assurer, pour le premier janvier 1991, l'ouverture complète du marché.

télécommunications⁶⁰³. En développant le raisonnement tiré de la combinaison des articles 82 et 86§1 T.C.E.⁶⁰⁴, la Commission, dans l'exposé des motifs, a estimé que pour assurer une application transparente, objective et non discriminatoire des spécifications techniques et des procédures d'agrément, la mise en forme et le contrôle de ces règles devaient être organisés par des organismes indépendants des concurrents sur le marché en question⁶⁰⁵. Ainsi, vu le conflit d'intérêt évident⁶⁰⁶, la Commission préconisait de charger de la réglementation une entité, indépendante du gestionnaire du réseau et de tout autre concurrent sur le marché en question.

L'interprétation de l'article six de cette directive a fait l'objet de plusieurs recours devant la C.J.C.E. Comme évoqué précédemment, la Cour a estimé que cet article était conforme aux exigences du Traité dans l'affaire des « Terminaux »⁶⁰⁷. Elle a précisé que « la Commission était fondée à demander que le contrôle de leur application et l'agrément soient effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou services concurrents dans le domaine des télécommunications »⁶⁰⁸. La C.J.C.E. a ensuite eu à connaître des situations particulières de certains Etats membres. Elle a considéré, en ce sens, que le fait de confier la procédure d'agrément à la Régie belge des télégraphes et des téléphones⁶⁰⁹, ou à la Direction générale des télécommunications du Ministère français des postes et télécommunications⁶¹⁰, n'était pas conforme à l'exigence d'indépendance de la directive⁶¹¹.

⁶⁰³ La Commission, considérant que le traité lui octroyait des compétences pour surveiller les relations entre les Etats membres et les entreprises publiques ou les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, en matière de concurrence et d'élimination des restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent, a utilisé l'article 86§3 TCE pour élaborer cette directive. Le processus d'adoption d'une directive sur la base juridique de cet article n'implique aucune intervention du Conseil, contrairement à la procédure classique de l'article 95. Voir en ce sens : C.J.C.E., 19 mars 1991 : *République française c/ Commission*, précité. Cet arrêt clarifie la compétence de la Commission. La Cour rappelle que l'article 86§3 confère à la Commission le pouvoir d'édicter des règles générales précisant les obligations découlant de l'article 86§1 du traité. Cette compétence spéciale a un objet différent et plus spécifique que celui des compétences attribuées notamment par les articles 95 et 83. Voir : Nedjar D. : « Les compétences de la Commission des Communautés européennes et la situation des entreprises publiques », *R.F.D.A.* 8(2) mars-avril 1992 ; Pais Antunes L.-M., « L'article 90 du Traité CEE, obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission », *R.T.D.E.*, 27(2) avr.-juin 1991, p. 187 ; Bazex M. : « L'article 90§3 du Traité CEE ou le grand chambardement », précité, p. 271.

⁶⁰⁴ Voir *supra* p. 132 et s.

⁶⁰⁵ Directive 88/301/CEE, précitée, cons. 9.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, cons. 17.

⁶⁰⁷ C.J.C.E., 19 mars 1991 : *République française c/ Commission*, précité.

⁶⁰⁸ C.J.C.E., 19 mars 1991 : *République française c/ Commission*, aff. C-202/88, précité, pt. 52.

⁶⁰⁹ C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procureur du Roi c/ J.M. Lagauche e.a.*, aff. C-46/90 et C-93/91, concl. Lenz C.O., 2 décembre 1992, Rec. 1993, p. I-5267 ; Defalque L., *J.T.D.E.*, 1993, p. 76 ; Hancher L., *C.M.L.R.*, 1994, p. 857.

⁶¹⁰ C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Annick Taillandier, épouse Nény*, précité. De même : C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Francine Decoster, épouse Gillon*, précité.

⁶¹¹ Il en est de même, dans l'arrêt *Tranchant*, à propos du Laboratoire d'essai et d'agrément faisant partie du Centre National d'études des télécommunications (C.N.E.T.), C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Tranchant*, aff. C-

La Commission a ensuite généralisé la dissociation des fonctions à l'ensemble des services de télécommunications, par le biais de la directive du 28 juin 1990⁶¹². Son article sept impose aux Etats membres d'assurer que l'attribution des autorisations d'exploitation, le contrôle des agréments et des spécifications obligatoires, l'attribution des fréquences et la surveillance des conditions d'utilisation soient effectuées par une entité indépendante des organismes de télécommunications. Pour la première fois le principe de dissociation prend une certaine envergure. Comme le souligne le Professeur Laurence Idot, « sans les directives communautaires imposant le principe de séparation des fonctions, nous n'aurions pas vu apparaître les autorités de régulation dans les secteurs tels que les télécommunications, l'énergie et demain les transports ferroviaires. En France, en l'absence de droit communautaire, l'A.R.T. ou la C.R.E. n'auraient pas vu le jour »⁶¹³.

Le Conseil, en 1986, s'était d'abord abstenu d'imposer la dissociation des fonctions⁶¹⁴, mais il n'a pas manqué, par la suite, de marquer sa volonté de suivre la Commission. Il l'exprime, d'une part, dans la résolution du 30 juin 1988⁶¹⁵, en soulignant que pour faire face à la concurrence dans l'égalité des chances, il convient d'établir une nette distinction entre les activités de réglementation et d'exploitation. D'autre part, il a concrétisé cette position en faisant de l'idée de séparation des fonctions un véritable « principe », dans une directive fondatrice, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées⁶¹⁶.

91/94, concl. Tesouro G., 6 juin 1995, Rec. 1995, p. I-3922 ; Fourgoux J.C., *D.*, 1996, p. 2 ; Idot L., *Europe*, janvier 1996, p. 22.

⁶¹² Directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (J.O.C.E. n° L 192/10 du 24 juillet 1990, p. 10). L'article premier de la directive impose aux Etats membres d'assurer l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux pour la fourniture de services de télécommunications en garantissant le droit, pour tout opérateur économique, de fournir ces services. Cependant, la téléphonie vocale, le service télex, la radiotéléphonie mobile, la radiomessagerie et les communications par satellite restent encore exclus de son champ d'application.

⁶¹³ Idot L., rapport de synthèse, in Idot L., Poillot-Peruzzetto S., (dir.): « Internormativité et réseaux d'Autorités », actes du colloque du 24 octobre 2003 à l'Université de Toulouse I, *L.P.A.*, 5 octobre 2004, n° 199, p. 65. Dans le même sens : « La volonté affichée par les autorités communautaires, à travers diverses directives qui jalonnent les années 1980 et 1990, de séparer les fonctions de réglementation, de régulation et d'opération sur la marché a trouvé sa transposition dans notre ordre juridique avec la création d'organismes justement distincts des administrations classiques et dénommées « autorités de régulation », Autin J.-L. : « Les autorités de régulation, autorités administratives indépendantes ? », in *Environnements*, Mélanges en l'honneur du Professeur J.-P. Colson, précité, p. 440 et s.

⁶¹⁴ Directive 86/361/CEE du Conseil, du 24 juillet 1986, concernant la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux de télécommunications (J.O.C.E. n° L 217, du 5 août 1986, p. 21).

⁶¹⁵ Résolution du Conseil du 30 juin 1988 concernant le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications d'ici à 1992 (J.O.C.E., n° C 257/1 du 4 octobre 1988, p. 1), spéc. pt. 5.

⁶¹⁶ Directive 92/44/CEE, précitée.

Cette directive du 5 juin 1992 a une double particularité. Elle consacre le « principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation » et elle en déduit une conséquence institutionnelle importante. Conformément à ce principe, les « autorités réglementaires nationales » joueront un rôle important dans la mise en oeuvre de la directive. Pour la première fois la notion d'« autorité réglementaire nationale » (A.R.N.) est évoquée et elle est intimement liée, dans un rapport de cause à effet, au principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation. Elle est définie dans le deuxième article de la directive : « autorité réglementaire nationale : dans chaque Etat membre, l'organe ou les organes qui sont juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants des organismes de télécommunications et auxquels l'Etat membre confie, entre autres, les fonctions réglementaires relevant de la présente directive (...) ». La notion d'« autorité réglementaire nationale » a, depuis cette directive, une définition et une consistance juridique. Il s'agit d'un organe indépendant des opérateurs du marché à qui l'Etat confie les fonctions réglementaires relevant de l'application de la directive⁶¹⁷.

A ce stade, il n'est pas encore possible d'affirmer que la directive 92/44/CEE impose la création d'une autorité de régulation indépendante (ARI), mais seulement que les « autorités réglementaires nationales » de chaque Etat membre participeront à la mise en oeuvre de la directive. Il semble que la ou les « autorités réglementaires nationales » peuvent être aussi bien une administration nationale, présentant les garanties d'indépendance fonctionnelle et de séparation juridique, qu'une ARI.

⁶¹⁷ Les directives postérieures reprennent la formule de l'« autorité réglementaire nationale » et l'étendent à de nouvelles fonctions participant de la libéralisation du marché des télécommunications. Directive 95/62/CEE du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.) à la téléphonie vocale, (J.O.C.E., n° L 321 du 30 décembre 1995, p. 6), directive dite « Téléphonie vocale ». Directive 97/13/CE du Parlement Européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, (J.O.C.E., n° L 117 du 7 mai 1997, p. 5), directive dite « licences ». Directive 97/33/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.), (J.O.C.E., n° L 199 du 26 juillet 1997, p. 32), spéc. articles 4, 5, 9, 12, directive dite « interconnexion ».

La directive « Postes »⁶¹⁸, vient confirmer cette idée dans l'exposé des motifs. En effet, le trente-neuvième considérant est très explicite quant au choix laissé aux Etats membres pour désigner l'« autorité réglementaire nationale ». Il mérite d'être cité dans son intégralité : « considérant qu'il importe, pour le bon fonctionnement du service universel ainsi que pour le jeu d'une concurrence non faussée dans le secteur non réservé, de séparer l'organe de réglementation, d'une part, et l'opérateur, d'autre part ; qu'aucun opérateur postal ne doit être à la fois « juge et partie » ; qu'il appartient à l'Etat membre de définir le statut d'une ou plusieurs autorités réglementaires nationales, qui peuvent être une autorité publique ou une entité indépendante désignée à cet effet ». Ainsi, deux solutions se distinguent pour garantir le principe de dissociation des fonctions : confier la réglementation à une autorité publique ou à une entité indépendante désignée à cet effet. Cependant, l'article premier de la directive crée un doute en introduisant de manière non équivoque la notion d'« autorités réglementaires nationales indépendantes » sans plus de précisions. L'indépendance doit-elle être considérée vis-à-vis des opérateurs ou vis-à-vis de l'administration possédant l'opérateur historique⁶¹⁹ ? La communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'Etat relatives aux services postaux⁶²⁰ vient appuyer l'idée que l'indépendance doit être considérée par rapport aux opérateurs. Cependant, au regard de la situation à cette époque, c'est-à-dire l'existence d'un opérateur public en situation de monopole dans la plupart des Etats membres, le choix de l'autorité de régulation indépendante paraissait inéluctable⁶²¹. Les directives postérieures ont confirmé cette hypothèse.

Dans le secteur énergétique, la notion d'« autorité réglementaire nationale » n'a pas été reprise dans les premières directives de libéralisation. En effet, la directive

⁶¹⁸ Directive 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (J.O.C.E., n° L 15, du 21 janvier 1998, p. 14). Conformément aux objectifs énoncés dans la Résolution du Conseil du 7 février 1994 sur le développement des services postaux communautaires (94/C 48/02), l'action de la Communauté dans ce domaine devait assurer à la fois la promotion de la libéralisation graduelle et maîtrisée du marché postal et la garantie durable de la fourniture du service universel. La directive du 15 décembre 1997 met en place un cadre réglementaire complet des services postaux européens. Elle définit les caractéristiques minimales du service postal universel que doit garantir chaque Etat membre sur son territoire et fixe des limites communes pour les services qui peuvent être réservés dans chaque Etat membre aux prestataires du service universel. Ces limites tiennent à deux paramètres que sont le poids et la valeur ajoutée qui doivent être réunies pour que le service puisse être réservé et non pas ouvert à la concurrence. Un calendrier pour la libéralisation progressive est mis en place, ce qui n'a pas pour effet d'empêcher les Etats membres qui le désirent, de prévoir des mesures plus libérales.

⁶¹⁹ Sur ce point voir *infra* p. 239 et s.

⁶²⁰ Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'Etat relatives aux services postaux (J.O.C.E., n° C 39, du 6 février 1998, p. 2), spéc. p. 17.

⁶²¹ En ce sens : Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 274.

« électricité »⁶²² n'évoque pas la possibilité de confier certaines fonctions à une A.R.N. dans l'exposé des motifs. Cependant, certains articles traduisent le souci d'un accès au réseau respectant les principes de transparence et de non-discrimination. En ce sens, elle n'impose aux Etats membres que la désignation d'une autorité ou un organisme public ou privé, indépendant des activités de production, de transport et de distribution, qui soit responsable de l'organisation et de la surveillance de la procédure d'appel d'offres⁶²³. Le principe de séparation entre l'opérateur et le régulateur est donc en toile de fond. De même, l'autorité, ou une autre ayant les mêmes caractères, devait régler les litiges concernant les contrats ou les négociations relatives à l'accès au réseau ou à l'achat d'électricité. La directive « électricité » conçoit donc la régulation indépendante du secteur comme une simple surveillance du bon fonctionnement de l'« interconnexion » et des tractations, sur le principe de la transparence et de la non-discrimination, dans l'optique d'éviter toute fausse concurrence⁶²⁴.

La directive « gaz »⁶²⁵ est encore plus minimaliste que la directive « électricité » sur ce point. En effet, elle impose aux Etats membres de prendre en charge certaines fonctions ou de désigner une autorité compétente pour les exercer⁶²⁶. L'autorité compétente n'a pas à être indépendante, sauf si elle se confond avec l'autorité compétente pour régler rapidement les litiges relatifs aux négociations portant sur l'accès au réseau⁶²⁷.

Les premières directives « électricité » et « gaz » sont, par conséquent, beaucoup moins explicites sur la nécessité de confier certaines fonctions de réglementation à une autorité indépendante de l'exploitation du réseau. En effet, le terme même d'autorité

⁶²² Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E., n° L 27 du 30 janvier 1997, p. 20). Le domaine énergétique est sans doute le domaine qui a connu la plus grande résistance de la part des Etats membres, que ce soit dans la négociation comme dans la transposition. Il fallut attendre plus de quatre années de négociations pour parvenir à un accord, matérialisé par la Position commune arrêtée par le Conseil le 25 juillet 1996 (Position commune (CE) n° 56/96, en vue de l'adoption de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E., n° C 315 du 24 octobre 1996, p. 18). Ces négociations ont abouti à l'adoption du premier ensemble de directives libéralisant les marchés énergétiques avec la directive du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et dans le domaine gazier de la directive du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (J.O.C.E., n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 1)).

⁶²³ Directive 96/92/CE, précitée, article 6 alinéa 5.

⁶²⁴ Directive 96/92/CE, précitée, article 22 : « Les Etats membres créent des mécanismes appropriés et efficaces de régulation, de contrôle et de transparence afin d'éviter tout abus de position dominante, au détriment notamment des consommateurs, et tout comportement prédateur. Ces mécanismes tiennent compte des dispositions du traité, et plus particulièrement de son article 6 ».

⁶²⁵ Directive 98/30/CE, précitée, qui se centre sur le stockage, le transport, la fourniture et la distribution.

⁶²⁶ Ces fonctions sont la délivrance d'autorisations de construction et/ou d'exploitation d'installations, de fourniture de gaz naturel, la vérification de la transparence comptable par l'accès à la comptabilité des entreprises de gaz naturel.

⁶²⁷ Directive 98/30/CE, précitée, article 21.

réglementaire nationale n'y figure pas, et il est possible d'observer que les autorités qui pourraient s'en rapprocher sont plus considérées comme des organes de règlement des litiges ou de surveillance des procédures d'appel d'offres que comme de véritables autorités de régulation indépendantes. La raison est assez simple, le faible degré d'ouverture du secteur n'a pas fait apparaître les fonctions de régulation correspondantes. Il n'en est cependant pas de même de la deuxième vague de libéralisation du secteur énergétique qui va introduire une dernière et toute nouvelle notion : l'« autorité de régulation nationale »⁶²⁸.

B De l'autorité réglementaire nationale à l'autorité de régulation nationale

Même si la notion de « régulation » est apparue dans le vocabulaire institutionnel dès les premières directives de libéralisation du domaine énergétique, le changement sémantique, et le passage de l'« autorité réglementaire nationale » à l'« autorité de régulation nationale », a eu lieu pendant la phase d'élaboration des directives « électricité » et « gaz » de la deuxième vague⁶²⁹. En effet, dès l'exposé des motifs, les directives exposent que « l'existence d'une régulation efficace assurée par une ou plusieurs autorités de régulation nationales constitue un élément important pour garantir l'existence de conditions d'accès au réseau non discriminatoires »⁶³⁰.

Cependant, en s'attardant sur l'évolution de ce texte, il est possible de remarquer que ce changement sémantique ne se retrouve pas dans la première proposition de directive de la Commission du 13 mars 2001⁶³¹. L'avis du Comité économique et social du 17 octobre 2001 n'utilise pas non plus le terme de « régulation » mais bien celui, consacré dans le domaine des postes et télécommunications, d'« autorité réglementaire nationale indépendante »⁶³².

⁶²⁸ Selon Stéphane Rodrigues, cette notion n'est pas nouvelle puisque la Commission les dénommait déjà instances de régulation sectorielles. Voir : Rodrigues S. : « Apport(s) du droit communautaire au droit de la régulation des services publics », in Marcou G., Moderne F., (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome I, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2005, p. 115.

⁶²⁹ Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 37). Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 57).

⁶³⁰ Directive 2003/54/CE, précitée, cons. 15. Directive 2003/55/CE, précitée, cons. 13.

⁶³¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, du 13 mars 2001, modifiant les directives 96/92/CE et 98/30/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel (COM (2001) 125 final, J.O.C.E., n° E 240, du 28 août 2001, p. 60).

⁶³² Avis du Comité économique et social du 17 octobre 2001 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 96/92/CE et 98/30/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel, et la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (J.O.C.E., n° C 36 du 8 février 2002, p. 10).

Il faudra attendre les conclusions de la présidence du Conseil européen de Barcelone, des 15 et 16 mars 2002⁶³³, pour que la notion d'organisme de régulation soit consacrée. En effet, le Conseil européen, dans le domaine énergétique, engage le Conseil et le Parlement européen à adopter les propositions en instance concernant la phase finale de l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz, ce qui comporte notamment « la mise en place, dans chaque Etat membre et dans le cadre réglementaire adéquat, d'un organisme régulateur en vue d'assurer, en particulier, le contrôle effectif des conditions de fixation des tarifs »⁶³⁴.

La Commission, dans sa deuxième proposition, et suivant en cela la série d'amendements adoptée par le Parlement européen, le 13 mars 2002 en première lecture, évoque pour la première fois la figure de l'« autorité de régulation nationale ». Cette autorité de régulation nationale n'a pas, formellement, les mêmes caractéristiques que l'« autorité réglementaire nationale ». Elle doit uniquement être indépendante du secteur régulé, que ce soit le gaz ou l'électricité⁶³⁵. La proposition sera reprise dans ces mêmes termes par les deux directives de 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel⁶³⁶.

La même évolution se rencontre dans le domaine des communications électroniques. Il était possible d'imaginer que ce changement de terminologie aurait pris corps dans ce secteur. Il a, en effet, subi une refonte en 2002 et connaît, de surcroît, un stade de libéralisation plus développé. Cependant, la dernière directive « cadre » du 7 mars 2002⁶³⁷ ne montre qu'une continuité sémantique avec l'utilisation de la figure de l'« autorité réglementaire nationale ». En revanche, quelques mois plus tard, prenant peut-être appui sur les déclarations du Conseil européen de Barcelone⁶³⁸, la Commission, dans sa décision du 29 juillet 2002⁶³⁹, va créer le « Groupe des régulateurs européens » composé d'un représentant de la Commission

⁶³³ Conclusions de la présidence du Conseil européen de Barcelone, 15 et 16 mars 2002 (SN 100/1/02 REV 1).

⁶³⁴ *Ibid*

⁶³⁵ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 96/92/CE et 98/30/CE concernant des règles communes pour les marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel (présentée par la Commission conformément à l'article 250, paragraphe 2 du traité CE) (COM (2002) 304 final, J.O.C.E., n° E 227, du 24 septembre 2002, p. 393).

⁶³⁶ Directive 2003/54/CE, précitée. Directive 2003/55/CE, précitée.

⁶³⁷ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33).

⁶³⁸ Conclusions de la présidence du Conseil européen de Barcelone, 15 et 16 mars 2002, précitée.

⁶³⁹ Décision de la Commission, du 29 juillet 2002, instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, (J.O.C.E., n° L 200, du 30 juillet 2002, p. 38), spéc. art. 4.

européenne ainsi que d'un représentant de chaque « autorité réglementaire nationale »⁶⁴⁰. Le mélange lexical est à son paroxysme et démontre que la qualification de « régulation » ne reflète pas toujours la fonction mise en oeuvre⁶⁴¹.

Plusieurs arguments peuvent expliquer le passage de la qualification d'« autorité réglementaire » à celle d'« autorité de régulation ». L'un d'entre eux témoigne d'un lien direct entre l'émergence des autorités de régulation et le principe d'impartialité.

C Le lien entre l'émergence des autorités de régulation et le principe d'impartialité

Quatre hypothèses peuvent être avancées pour tenter d'expliquer l'absence d'homogénéité dans la lettre du *corpus* juridique communautaire. Il est probable que ce soit l'accumulation de ces arguments qui ait marqué le passage de la notion de réglementation à celle de régulation. Cependant, de la dernière hypothèse, il est possible de déduire un lien direct entre l'émergence des autorités de régulation et le principe d'impartialité.

En premier lieu, l'argument historique et de droit comparé : les institutions européennes, constatant le degré d'ouverture des marchés en Europe, et se référant probablement aux exemples anglo-saxons, n'ont fait que tirer de ces expériences les leçons sémantiques. Comme le souligne Stéphane Rodrigues, le législateur européen a été « influencé à l'origine par le vocabulaire anglo-saxon qui tend à désigner par le terme *regulation*, de manière plus restrictive, l'organisation de l'ouverture à la concurrence de secteurs anciennement régis par des monopoles publics »⁶⁴². En effet, la doctrine économique nord-américaine employait ce terme pour désigner la forme de l'intervention publique dans l'économie, ainsi que les organes en charge de cette intervention : les « *Independent Regulatory Agencies* »⁶⁴³. La notion a ensuite pénétré le droit britannique par un phénomène d'inspiration / adaptation, au moment de la privatisation et de la libéralisation des marchés de leurs services publics organisés en réseaux, les « *public utilities* »⁶⁴⁴. Enfin, comme le

⁶⁴⁰ Sur les Groupes de régulateurs européens, voir *infra*, p. 692 et s. , 696 et s.

⁶⁴¹ Dans le domaine postal, la Commission ne commence à parler de « régulateurs nationaux », sans même utiliser l'expression « autorité de régulation nationale », qu'à partir de son deuxième rapport : Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive postale (directive 97/67/CE modifiée par la directive 2002/39/CE) (SEC(2005) 388 ; COM (2005) 102 final).

⁶⁴² Rodrigues S. : « Apport(s) du droit communautaire au droit de la régulation des services publics », in Marcou G., Moderne F., (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, précité, p. 116.

⁶⁴³ Voir *supra* p. 48 et s.

⁶⁴⁴ Voir *supra* p. 45 et s.

souligne le Professeur Laurence Idot, « dans la majorité des hypothèses, le contenu de la norme communautaire est nécessairement influencé tant par les règles nationales issues des Etats membres que par les normes internationales, voire par le droit des Etats tiers »⁶⁴⁵. La notion d'« autorité réglementaire nationale » s'est donc transformée, sous l'influence de la réussite du modèle « anglo-saxon », pour devenir « autorité de régulation nationale » en droit communautaire. Le rapport du Conseil d'Etat, en 1992, relevait déjà une réalité souvent négligée : « Le droit communautaire ne sort pas de nulle part... »⁶⁴⁶. Sa formule reprend ici tout son sens. De même, dans le sens des influences croisées que subit la logique d'élaboration normative au sein du système communautaire, il convient d'évoquer les propos du Professeur Jean-Bernard Auby : « les institutions européennes sont le creuset par lequel passent les influences juridiques des droits nationaux »⁶⁴⁷. D'autres hypothèses, complémentaires ou autonomes, peuvent aussi être avancées pour expliquer cette évolution lexicale.

En second lieu, il est possible d'évoquer le constat, de la part des autorités communautaires, que les Etats membres avaient, pour la plupart, déjà adapté leurs législations nationales en créant un organe indépendant en charge de la régulation du secteur. Sans compter les régulateurs personnifiés britanniques, à partir de 1996, l'Autorité pour l'énergie électrique et le gaz (A.E.E.G.)⁶⁴⁸ en Italie, la Commission nationale de l'énergie (C.N.E.) en Espagne⁶⁴⁹ ou la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG) en Belgique⁶⁵⁰ avaient déjà été créées. Il en était de même en France, à partir de l'année 2000, pour la Commission de régulation de l'électricité (CRE)⁶⁵¹. Sachant que les différentes lois instituant ces organismes leur donnaient comme fonction, ou comme dénomination, celle de régulation du marché en cause, l'appellation communautaire n'a alors été que le reflet des situations et des choix nationaux⁶⁵².

⁶⁴⁵ Idot L., rapport de synthèse, in Idot L., Poillot-Peruzzetto S., (dir.), « Internormativité et réseaux d'Autorités », précité, p. 65.

⁶⁴⁶ Conseil d'Etat, Rapport Public 1992, « L'Europe : l'adaptation du droit français au droit communautaire », E.D.C.E., n° 44, La Documentation française, p. 223.

⁶⁴⁷ Propos tenus par le Professeur Jean-Bernard Auby lors de la réunion tenue à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV qui a précédé l'écriture de l'ouvrage : Melleray F. (dir.) : *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007, 374 pp.

⁶⁴⁸ « *Autorità per l'energia elettrica e il gas* », créée le 4 décembre 1996 et opérationnelle depuis le 23 avril 1997, par la Loi n° 481 du 14 novembre 1995.

⁶⁴⁹ La « *Comisión Nacional de Energía* » est l'entité « régulatrice » du système énergétique espagnol, créée par la Loi 34/1998 du 7 octobre 1998.

⁶⁵⁰ La Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG), en Belgique, a été créée par la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

⁶⁵¹ Article 28, Loi n° 2000 – 108 du 10 février 2000.

⁶⁵² La doctrine française utilise la notion d'autorité de régulation indépendante depuis 1987. Voir : Cohen-Tanugi L. : « Une doctrine pour la régulation », *Le Débat*, nov.-déc. 1988, p. 56. De Margerie G. : « Un nouveau type d'autorités », *Le Débat*, nov.-déc. 1988, p. 88.

Enfin, il est aussi probable que la Commission, prenant acte du large consensus formé autour de la notion de régulation, ait décidé de transcrire dans les textes ce qui relève d'une nouvelle modalité d'intervention de la puissance publique sur les marchés. En effet, comme précisé précédemment⁶⁵³, la notion régulation économique dans le domaine des services publics en réseaux peut se définir comme « l'ensemble des interventions des pouvoirs publics visant à instaurer la concurrence – autant qu'il est nécessaire – dans un secteur où elle n'existait pas ou très peu, et à concilier l'exercice loyal de cette concurrence avec les missions d'intérêt général dont sont investis les services publics en réseaux »⁶⁵⁴.

Comme l'a démontré Aurore Laget-Annamayer⁶⁵⁵, un secteur soumis à une régulation économique se caractérise par la réunion de trois éléments : un domaine d'intervention recouvrant des activités économiques dans lesquelles il y a à la fois pluralité d'opérateurs entre lesquels il s'agit d'organiser la concurrence et la volonté de l'autorité publique de faire prévaloir certains objectifs d'intérêt général et de service public ; une gamme de moyens allant de l'intervention en amont comme en aval de l'activité économique ; le pouvoir donné à une instance spécialisée, indépendante du secteur, d'utiliser les moyens précédents dans le secteur considéré. A ce titre, trois objectifs de la régulation ont été dégagés⁶⁵⁶ : permettre, dans un secteur en voie de libéralisation, l'introduction d'un certain degré de concurrence, notamment par l'accès non-discriminatoire des opérateurs sur le marché ou l'allocation des ressources rares ; veiller ensuite au caractère dynamique et loyal de la concurrence ; assurer enfin le respect effectif des missions de service public.

A la lecture des directives « électricité » et « gaz » de 2003⁶⁵⁷, mais le secteur des télécommunications comme celui des postes ne résistent pas non plus à l'analyse, il s'agit bien de domaines régulés par une autorité indépendante des industries en présence. En effet, les directives « électricité » et « gaz » confient à une autorité l'organisation équitable du marché par l'introduction de la concurrence dans le secteur (garantir l'existence de conditions

⁶⁵³ Voir *supra* p. 12.

⁶⁵⁴ Voir : Rapport Bergougnoux, « Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », avril 2000, p. 147.

⁶⁵⁵ Voir : préface de Jacques Fournier, Laget-Annamayer A. : *La régulation des services publics en réseaux*, précitée, p. VII.

⁶⁵⁶ En ce sens : Lasserre B. : « Quelle réglementation pour les télécommunications françaises ? », *Droit de l'informatique et des télécommunications*, n° 3, 1994, p. 82.

⁶⁵⁷ Directive 2003/54/CE, précitée. Directive 2003/55/CE, précitée.

d'accès au réseau non discriminatoires⁶⁵⁸ ; organisation, suivi et contrôle de la procédure d'appel d'offres pour la production d'électricité⁶⁵⁹ ...), la surveillance du caractère loyal et dynamique de la concurrence (la fixation ou l'approbation des méthodes utilisées pour calculer ou établir les tarifs de transport ou de distribution⁶⁶⁰), puis la garantie du respect des obligations de service public (les autorités de régulation veillent à la dissociation comptable entre les activités de transport et de distribution dans une même entreprise verticalement intégrée, pour éviter les subventions croisées⁶⁶¹ ; elles peuvent surveiller la sécurité de l'approvisionnement⁶⁶²). La logique fonctionnelle pousse donc à qualifier l'autorité en charge de l'ensemble de ces fonctions d'« autorité de régulation nationale ».

En dernier lieu, l'hypothèse la plus probable s'évalue à travers le prisme de l'entité chargée de la fonction de régulation⁶⁶³. Il est dès lors possible de considérer que l'emploi de la notion de régulation révèle un détachement de la fonction par rapport à l'organe exécutif⁶⁶⁴. En effet, la régulation se conçoit comme une fonction dont les liens avec l'exécutif sont beaucoup plus distendus que ceux de la fonction de réglementation. Comme le soulignait déjà Laurent Cohen-Tanugi, « idéologiquement, les autorités régulatrices indépendantes ont partie liée avec le libéralisme politique et le souci de tenir l'Etat détenteur du pouvoir politique à l'écart de la gestion directe de certaines activités »⁶⁶⁵.

Ainsi, les autorités communautaires ont constaté que les Etats membres intervenaient et, pour une grande part d'entre eux, voulaient continuer à intervenir sur les marchés de services publics en réseaux. Elles en ont déduit que ceux-ci devaient logiquement confier la fonction à un organe indépendant, pour satisfaire le principe d'impartialité. Mais comment qualifier juridiquement une entité indépendante de l'exécutif d'« autorité réglementaire » ? Cette fonction de réglementation est consubstantiellement liée à l'exercice du pouvoir exécutif dans tous les Etats membres⁶⁶⁶. Le choix lexical des autorités communautaires s'est donc tout naturellement porté sur la qualification d'« autorité de régulation ». Même si la

⁶⁵⁸ Les autorités de régulation, indépendantes du secteur du gaz sont notamment chargées de surveiller : « les règles relatives à la gestion et à l'attribution de la capacité d'interconnexion », article 25, directive 2003/55/CE, précitée. Directive 2003/54/CE, précitée, article 23.

⁶⁵⁹ Directive 2003/54/CE, précitée, article 7.

⁶⁶⁰ Directive 2003/54/CE, précitée, article 23. Directive 2003/55/CE, précitée, article 25.

⁶⁶¹ Directive 2003/54/CE, précitée, article 23.

⁶⁶² Directive 2003/54/CE, précitée, article 4. Directive 2003/55/CE, précitée, article 5.

⁶⁶³ Fonction de régulation : voir introduction, *supra*, p. 4 et s.

⁶⁶⁴ Il faut entendre ici organe exécutif comme l'organe traditionnellement en charge du pouvoir exécutif puisque les autorités de régulation détiennent aussi, par délégation législative, une parcelle de pouvoir exécutif.

⁶⁶⁵ Cohen-Tanugi L. : « Une doctrine pour la régulation », précitée, spéc. p. 57.

⁶⁶⁶ Il suffit simplement de citer la définition du règlement : « Texte de portée générale émanant de l'autorité exécutive (...) », in Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 8^{ème} éd. 2007.

réalité juridique démontre le contraire, les liens qui persistent entre les gouvernements et les ARI⁶⁶⁷, cette notion moderne⁶⁶⁸ a l'avantage de ne pas impliquer, *de facto*, la présence de l'Etat, du moins aux yeux du grand public. L'emploi de la notion de régulation témoignerait, par conséquent, de la réalité d'une nouvelle modalité de l'action publique sur les marchés de services publics en réseaux, par le biais d'autorités de régulation indépendantes de l'exécutif.

La question qui se pose, dès lors, est celle de savoir si l'avènement de la notion de régulation a précédé ou a suivi la distension du lien entre l'exécutif et l'autorité en charge de la régulation des marchés. L'avènement doctrinal a certainement précédé la consécration factuelle⁶⁶⁹. L'avènement normatif a, quant à lui, suivi cette consécration dans le domaine des télécommunications, alors que dans le domaine de l'énergie, l'inverse s'est produit. Il n'en reste pas moins qu'un lien étroit unit le principe d'impartialité de la régulation et son exercice par une autorité indépendante de l'exécutif.

Le lien entre l'avènement de la notion de régulation et le principe d'impartialité tient donc au fait que les Etats membres interventionnistes ne pouvaient, pour satisfaire le principe d'impartialité, assumer directement la fonction exigée par les autorités communautaires. Ils l'ont donc confiée à des entités indépendantes qualifiées dès lors d'« autorités de régulation indépendantes ». Mais si l'interventionnisme étatique sur les marchés de services publics s'est révélé être la cause première du choix porté sur la régulation indépendante de l'exécutif pour satisfaire le principe d'impartialité, elle reste encore la raison de son maintien. En effet, même si les Etats membres ont eu tendance, ces dernières années à diminuer leurs parts dans ces marchés, ils demeurent, notamment en France, très présents.

⁶⁶⁷ En ce sens, voir *infra*, p. 368 et s.

⁶⁶⁸ Dans ce sens : Rivero J., Waline J., *Droit administratif*, 20^{ème} édition, 2004, p. 36. En sens contraire, le Professeur Chapus « voit mal en quoi elles seraient source de “modernisation” », in Chapus R. : *Droit administratif général*, tome I, 15^{ème} édition, 2001, Montchrestien, n° 293.

⁶⁶⁹ Voir, par exemple, en France, l'utilisation de la notion d'autorité de régulation indépendante depuis 1987. Voir : Cohen-Tanugi L. : « Une doctrine pour la régulation », précité, p. 56. De Margerie G. : « Un nouveau type d'autorités », précité, p. 88.

Section II : Les conséquences de l'impartialité de la régulation dans les Etats membres

Le droit communautaire impose de manière implicite l'impartialité de la régulation. Ce principe empêche que l'organe en charge de la régulation du secteur soit aussi opérateur sur le même marché. Confronté à la situation interventionniste dans les Etats membres à la fin des années quatre-vingt-dix, le principe d'impartialité les a amenés à opter pour une régulation indépendante de leurs propres pouvoirs exécutifs. Cependant, ce passage d'une régulation exercée traditionnellement par les ministères à la régulation indépendante implique la question suivante : à partir de quel moment l'exécutif est-il considéré comme partial car intervenant sur le marché ?

Au-delà de l'observation statique de l'intervention de l'Etat sur les marchés de services publics de réseaux, cause de la régulation indépendante de l'exécutif, il est souhaitable de s'arrêter sur le caractère transitoire et antinomique de la situation actuelle. En effet, d'un côté les Etats amorcent un mouvement de désengagement de leurs « opérateurs historiques » par la privatisation. De l'autre, ils font naître une régulation indépendante qui, en théorie, n'aura plus lieu d'être si le marché est complètement privatisé. Cependant, actuellement ces processus ne sont ni l'un, ni l'autre, menés à terme. D'une part, rares sont les Etats membres qui ont intégralement privatisé tous leurs services publics de réseaux. D'autre part, aucun Etat membre n'a pu mener à bien une régulation indépendante digne de ce nom⁶⁷⁰. Cette situation transitoire se caractérise donc par une réorganisation de la gestion des services publics organisés en réseaux dans laquelle la régulation n'est pas tout à fait indépendante⁶⁷¹ et les Etats membres ne sont pas tout à fait désengagés de leurs opérateurs historiques. Mais le paradoxe vient surtout du fait que les Etats membres mènent les deux processus en même temps. La question qui se posera par conséquent, à terme, sera de savoir quelle utilité aura la régulation indépendante dans un marché où l'Etat n'est plus partie prenante⁶⁷². Une réponse

⁶⁷⁰ Sur ce point, voir *infra* p. 379 et s.

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² Voir sur ce point les dernières propositions de la Commission qui ne lient plus l'indépendance de la régulation au principe d'impartialité ce qui pose un problème très conséquent. En effet, comment justifier qu'un Etat membre, non interventionniste sur les marchés régulés soit soupçonné de partialité ? En ce sens : proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, du 19 septembre 2007, COM (2007) 528 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, du 19 septembre 2007, COM (2007) 529 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un

peut d'ores et déjà être avancée. Au regard du principe d'impartialité, le maintien d'une autorité de régulation indépendante n'aura plus aucun intérêt. Les facteurs subsidiaires de l'indépendance, comme l'efficacité ou la rapidité d'action de l'ARI, devront donc être évalués pour savoir s'ils justifient réellement la permanence d'une telle entité.

Si un panel de l'interventionnisme étatique au cours des deux dernières décennies n'a pas d'intérêt juridique, il reste un élément incontournable (§1), notamment pour expliquer le passage globalisé, en Europe continentale, d'un système de gestion administrative directe des services publics organisés en réseaux, à une régulation indépendante de l'exécutif visant à garantir le principe d'impartialité (§2). De même, l'état de l'investissement public dans l'économie de ces services justifie encore l'existence d'une régulation indépendante, voire sa pérennité.

§1 Les Etats membres interventionnistes

Dire que les Etats membres ont adopté, particulièrement en Europe continentale, une attitude interventionniste dans l'économie présente, comme le soulignait le Professeur Charlier⁶⁷³, de sérieux inconvénients sémantiques tout comme idéologiques. D'une part, cette notion suppose littéralement l'« immixtion d'une personne ou d'une institution dans des affaires qui ne sont pas les siennes »⁶⁷⁴. D'autre part, son suffixe « donne à penser que la place de l'institution publique est le produit de l'application d'une foi, d'un dogme à adopter ou à rejeter, de théories et systèmes élaborés, propagés et mis en oeuvre par des penseurs ouvriers d'avenues et des partisans fervents, avec un certain caractère d'idéologie irréaliste »⁶⁷⁵. Au lendemain de la Libération, « l'intervention de l'Etat qui était plus ou moins inavouée devient un élément clef et proclamé du pacte républicain »⁶⁷⁶. Les grands services publics nationaux en réseaux vont servir à la fois d'outil de reconstruction, de solidarité nationale et de cohésion sociale.

cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 697 final.

⁶⁷³ Charlier R.-E. : « Signification de l'«intervention» de l'Etat dans l'économie », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique*, études en l'honneur du doyen Georges Péquignot, Montpellier, 1984, volume I, p. 95.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 95.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 98.

⁶⁷⁶ Hubrecht H.-G. : *Droit public économique*, Cours, Dalloz, 1997, p. 25.

Mais si l'interventionnisme présente des inconvénients sémantiques, il traduit parfaitement l'idée selon laquelle l'Etat agit de diverses manières dans l'économie. Ces moyens d'actions vont de l'intervention dans le capital, dans la nomination des dirigeants d'entreprises, ou dans un certain contrôle sur l'entreprise.

Au-delà d'une légitimité historique, l'interventionnisme économique de l'Etat trouve aussi sa légitimité dans des sources constitutionnelles. Toutefois, ces sources n'ont pas servi de fondement aux vagues de nationalisations dans le domaine des services publics organisés en réseaux. Généralement postérieures à la seconde guerre mondiale, elles en ont été un soutien ou une validation *a posteriori*. Désormais ces dispositions sont invoquées, souvent sans succès⁶⁷⁷, pour empêcher tout mouvement de privatisations.

⁶⁷⁷ Voir par exemple la décision du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2006 (décision n° 2006-543 DC, du 30 novembre 2006, *loi relative au secteur de l'énergie*, C.C.C., 2007 (22), note p. 26 ; *Revue générale de droit international public*, 2007 (4), p. 961, note Azoulay L. ; Verpeaux M. : « Epilogue - provisoire ? – d'une loi mouvementée », *D.*, 2007, p. 1760 ; Magnon X. : « La loi relative au secteur de l'énergie face au droit communautaire et aux exigences constitutionnelles nationales », *R.F.D.A.*, 2007, p. 313 ; Quiot G. : « La révision de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, 7 mars 2007, p. 4 ; Molina P.-A. : « Le Conseil constitutionnel précise les conditions de privatisation des services publics », *C.J.E.G.*, 2007, n° 639, p. 41 ; Marcou G. : « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ? », *A.J.D.A.*, 2007, (4), p. 192 ; Drago G. : « Service public de l'énergie : fin d'un service public national, à propos de la décision du Conseil constitutionnel, Loi relative au secteur de l'énergie », *J.C.P. A.*, 2007 (4), p. 30 ; Schoettl E. : « Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie », *L.P.A.*, n° 244, 7 décembre 2006, p. 3, 8 décembre 2006, n° 245, p. 16). Si cette décision est d'un intérêt majeur dans la mesure où le Conseil constitutionnel s'est reconnu le pouvoir de contrôler l'incompatibilité manifeste d'une disposition législative avec les objectifs d'une directive communautaire, elle vient aussi préciser la teneur de l'article 9 du préambule de la Constitution. Le Conseil ne marque pas une réelle rupture avec sa jurisprudence antérieure (décision n° 86-207 DC, du 26 juin 1986, *loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social* ; décision n° 96-380 DC, du 23 juillet 1996, *loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*), mais clarifie certains éléments. En premier lieu, la notion de monopole de fait est subordonnée à la réunion de conditions relativement strictes qui peuvent difficilement être présentées comme un obstacle pour la privatisation d'entreprises chargées d'une mission de service public. Le monopole de fait ne s'entend pas comme une position dominante mais bien une situation réellement monopolistique sur l'ensemble du marché (cons. 21 à 25 de la décision du 30 novembre 2006). En second lieu, la notion de service public national est clairement distinguée de celle de service public constitutionnel. « Si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, il appartient au législateur ou à l'autorité réglementaire, selon les cas, de déterminer les autres activités qui doivent être ainsi qualifiées, en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise ; que le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée ; que, toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national » (cons. 14 de la décision du 30 novembre 2006). Trois conditions sont nécessaires pour qualifier ainsi un service public national par détermination législative ou réglementaire. Il ne peut avoir une dimension locale. Son organisation doit être fixée au niveau national et il doit être confié à une seule entreprise. Il y a donc une exacte identification entre le service et l'opérateur. Le Conseil constitutionnel déduit, entre autres, de la perte du monopole sur la fourniture de gaz naturel aux clients domestiques la volonté du législateur de ne plus faire bénéficier à G.D.F. du statut de service public national et accepte donc une privatisation. Par conséquent, toute ouverture d'un marché de service public non constitutionnel, imposée par le droit communautaire et faisant peser sur l'ensemble des entreprises les obligations de service public et de péréquation tarifaire implique, en France, la possibilité de privatiser l'opérateur historique.

En France, l'alinéa 9 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité »⁶⁷⁸. La nationalisation des industries électriques et gazières a précédé de peu l'adoption de cette disposition. Selon les articles 2 et 3 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz⁶⁷⁹ l'Etat confiait à EDF et GDF, « établissements publics nationaux de caractère industriel et commercial »⁶⁸⁰, la gestion des entreprises nationalisées d'électricité et de gaz. De même, cet article n'est pas venu influencer le régime juridique des postes et télécommunications françaises puisque, depuis le rachat des réseaux téléphoniques privés par l'Etat en 1889, ce secteur était géré par une administration d'Etat, l'administration des P.T.T.⁶⁸¹.

L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 peut être rapproché des dispositions connues dans les pays voisins. Que ce soit en Italie ou en Espagne, les normes fondamentales contiennent des dispositions presque similaires reconnaissant la possibilité de transférer à l'Etat la propriété des entreprises chargées de services publics ou des services monopolistiques. La Constitution italienne dispose en ce sens dans son article 43 que « Dans des buts d'utilité générale, la loi peut réserver originairement ou transférer, par l'expropriation et sous réserve d'indemnisation, à l'Etat, à des établissements publics ou à des communautés de travailleurs ou d'usagers, des entreprises ou des catégories d'entreprises déterminées qui concernent des services publics essentiels ou des sources d'énergie ou des situations de monopole et qui ont un caractère d'intérêt général prééminent ». La Constitution espagnole, après avoir reconnu dans son article 128 que toute la richesse du pays, dans ses différentes formes était subordonnée à l'intérêt général, précise à l'alinéa suivant qu'« une loi pourra réserver au secteur public des ressources ou des services essentiels, tout particulièrement en cas de monopole, et décider également le contrôle d'entreprises lorsque l'intérêt général l'exigera ».

⁶⁷⁸ Pour une analyse du processus d'élaboration de cet alinéa, voir : Lavigne P. : « Les biens qui doivent “devenir la propriété de la collectivité” », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique*, études en l'honneur du doyen Georges Péquignot, Montpellier, 1984, Volume II, p. 407-417.

⁶⁷⁹ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'Electricité et du Gaz (J.O.R.F., du 9 avril 1946, p. 2651).

⁶⁸⁰ Articles 2 et 3, loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'Electricité et du Gaz (J.O.R.F., du 9 avril 1946, p. 2651).

⁶⁸¹ Voir sur ce point : Bertho C. : « Histoire de l'administration des télécommunications : une succession de crises et de réformes », *R.F.A.P.*, n° 52, octobre-décembre 1989, p. 25 et s.

Enfin, en Allemagne, la Loi fondamentale avait aussi prévu assez largement la possibilité de nationaliser, notamment par le biais de son article 15, intitulé « la socialisation ». Celui-ci dispose que : « Le sol, les ressources naturelles et les moyens de production, peuvent être placés, aux fins de socialisation, sous un régime de propriété collective ou d'autres formes de gestion collective par une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation (...) ». Toutefois, les pouvoirs publics allemands n'ont pratiqué aucune nationalisation massive, que ce soit sur ce fondement ou sur un autre. En effet, les services publics organisés en réseaux, matérialisés peu après la guerre par le concept de « *Daseinvorsorge* »⁶⁸² en Allemagne, ne sont pas nécessairement gérés sous une forme étatique. La mission de « *Daseinvorsorge* » est, par essence, indifférente à l'égard de la qualité de celui qui l'exerce, ce qui n'a donc pas conduit comme dans d'autres pays à publiciser l'entreprise en charge du service. Cette indifférence joue dans les deux sens, elle n'empêche pas non plus une société publique ou d'économie mixte d'exploiter une telle activité.

Si des considérations juridiques témoignent, au sortir de la guerre, d'un état d'esprit favorable à la socialisation des entreprises gérant un monopole de fait ou des activités de service public, il faudrait plutôt rechercher dans des considérations historiques les motifs qui ont conduit à la situation connue dans le domaine des services publics à la fin des années quatre-vingt : une gestion des services publics majoritairement exercée par des organismes publics.

En effet, à quelques exceptions près⁶⁸³, l'ensemble des services publics organisés en réseaux était, à la fin des années quatre-vingt, géré de manière monopolistique. La gestion était confiée à une administration d'Etat, ou un établissement public, ou une société anonyme dont le capital était exclusivement ou partiellement étatique. Si actuellement les domaines des

⁶⁸² Le concept de « *Daseinvorsorge* » se définit comme des « activités de fourniture générale d'eau, de gaz et d'électricité puis la mise à disposition de toute forme de communication telle que la poste, la téléphonie et la télégraphie, l'hygiène publique, toutes sortes d'activités de prévoyance pour les personnes âgées, les personnes seules, les malades, les chômeurs et pour d'autres situations ». A l'origine de cette conception en Allemagne, Ernst Fortshoff dans son ouvrage de référence : « *Die Verwaltung als Leistungsträger* » (l'administration, en sa qualité de responsable et gestionnaire d'activités de services), 1938. En ce sens : Pielow J.-C., Courivaud H. : « "Service Public" en France et "*Daseinvorsorge*" en Allemagne : convergence des objectifs, diversité des moyens », *C.J.E.G.*, n° 603 novembre 2003, p. 574.

⁶⁸³ Le Royaume-Uni et dans une moindre mesure le Danemark et la Suède, par exemple. Pour le Royaume-Uni voir Timsit G. : « L'évolution du secteur public au Royaume-Uni » in Timsit G. (dir.), *Les entreprises du secteur public dans les pays de la Communauté Européenne*, actes du Colloque tenu à l'Université de Paris I les 9 et 10 mai 1985, Institut européen d'administration publique, Bruylant, 1987, p. 463. Pour la suède et le Danemark, voir le même ouvrage ainsi que : ENA, *Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne*, Tomes I et II, précité.

postes, des télécommunications et de l'énergie, sont organisés sur un modèle plus ou moins concurrentiel selon les cas, il n'en reste pas moins qu'il est presque toujours possible de vérifier, en Europe, la présence d'un « opérateur historique » dont le capital est encore partiellement détenu par l'Etat membre concerné. L'analyse suivante tente de brosse, en respectant les domaines traités, un état des lieux de la participation des Etats membres dans les entreprises agissant sur le secteur des services publics organisés en réseaux. L'optique est de démontrer que les Etats membres étaient opérateurs sur les marchés de services publics et ne pouvaient, par conséquent, pas assurer directement une régulation impartiale dans le domaine des postes et télécommunications (A), puis dans celui de l'énergie (B).

A Le domaine des postes et télécommunications

Dans le domaine des télécommunications, en Espagne, la « *Compañía Telefónica Nacional de España* » (C.T.N.E.), créée le 19 avril 1924, était une entité privée détenue majoritairement par l'Etat espagnol. Le rachat, en 1945, par celui-ci, des actions détenues par l' « *International Telephone and Telegraph Corporation* » amène sa participation à hauteur de 79,6%. En 1965, la C.T.N.E. a ouvert substantiellement son capital à l'actionnariat privé, ce qui n'a pas modifié la forte intervention publique sur sa gestion ainsi que sur la nomination des conseillers d'administration. La « *Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones* » (L.O.T.), en vigueur au 1^{er} janvier 1988⁶⁸⁴, permet l'introduction de nombreux changements pour la C.T.N.E. Devenue en 1991 « *Telefónica de España, S.A.* » ses relations contractuelles avec l'Etat espagnol vont s'assouplir. Celui-ci vendra, en 1995, 12% du capital de la société, et ses 20% restants deux ans plus tard. L'Etat est dorénavant complètement désengagé de *Telefónica*. Cependant, sur le marché des télécommunications, il possède 30% de *Retevisión*, second opérateur de téléphonie fixe en Espagne.

Dans le domaine postal, à partir de 1909, les services sont gérés de manière monopolistique par l'entité « *Correos y Telégrafos* », qui est une direction générale intégrée au ministère espagnol de l'intérieur, du transport, du tourisme et des communications. La loi du 13 juillet 1998⁶⁸⁵, libéralise les services postaux et confie à l'entité publique la prestation

⁶⁸⁴ Loi 31/1987, du 18 décembre 1987, « *Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones* » (L.O.T.), (B.O.E. n° 303, de 19 décembre 1987).

⁶⁸⁵ Loi 24/1998, du 13 juillet 1998, « *del Servicio Postal Universal y de liberalización de los servicios postales* », (B.O.E., n° 167, du 14 juillet 1998), première disposition additionnelle.

du service universel. La loi du 29 décembre 2000⁶⁸⁶ transforme « *Correos y Telégrafos* » en société anonyme dont les capitaux sont exclusivement détenus par l'Etat. La situation n'a pas changé depuis lors.

Le processus suivi en Allemagne fut sensiblement le même, jusqu'au 30 juin 1989, puisque le patrimoine de la « *Deutsche BundesPost* » (D.B.P.) appartenait à l'Etat fédéral. Conformément à l'article 87-1 de la Loi Fondamentale⁶⁸⁷, la D.B.P. était gérée comme une administration de l'Etat fédéral, dotée d'une structure administrative propre, sous l'autorité du ministre des postes et télécommunications. La loi sur la restructuration des postes et télécommunications de 1989⁶⁸⁸, communément appelée « *Postreform I* », modifie le cadre réglementaire des postes et télécommunications en Allemagne ce qui « rendit nécessaire une restructuration de la D.B.P. visant notamment à une séparation des tâches réglementaires et des tâches d'entreprise »⁶⁸⁹. La réforme crée trois nouvelles entités qui, par conséquent, ont été gérées comme des entreprises publiques, alors que les fonctions réglementaires ont été assumées par le Ministre fédéral des postes et télécommunications. Les trois entités sont « *D.B.P. Telekom* », « *D.B.P. Postdienst* », et « *D.B.P. Postbank* ». S'en est suivi un vaste débat politique sur le choix à opérer entre conserver un statut public pour ces entités ou les transformer en opérateurs privés. La « *Postreform II* », de 1994⁶⁹⁰, transforme donc les trois entités en sociétés anonymes dont le capital est provisoirement détenu par l'Etat. Celui-ci, dans un délai de 5 ans devait le céder aux entreprises. Dans ce cadre, le processus de privatisation s'est achevé par une privatisation totale de « *Deutsche Post* » le 18 juillet 2005⁶⁹¹. De son côté, si le capital de « *Deutsche Telekom* », plus viable financièrement, est placé dès 1996 en bourse, environ 15% reste encore dans les mains de l'Etat allemand⁶⁹².

En Italie, jusqu'en 1992, les services de télécommunications étaient fournis directement par l'Etat, par l'intermédiaire de l'« *Azienda di Stato per i servizi telefonici* »

⁶⁸⁶ Loi 14/2000, du 29 décembre 2000, « *de medidas fiscales, administrativas y del orden social* » (B.O.E.n° 313 du 13 décembre 2000).

⁶⁸⁷ L'article 87-1 de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 disposait : « Sont gérés par l'administration fédérale et dotés d'une infrastructure administrative propre (...) les postes fédérales (...) ».

⁶⁸⁸ Loi du 8 juin 1989, sur la restructuration des postes et télécommunications (« *Poststrukturgesetz* »), (B.G.B.I., I, p. 1029).

⁶⁸⁹ Buchner Lutz M. : « Postes et télécommunications en Allemagne : du monopole à la concurrence, la libéralisation et la réglementation du secteur », *Juris P.T.T.*, n° 46, 4^{ème} trimestre, 1996, p. 17.

⁶⁹⁰ Loi du 14 septembre 1994, sur la réorganisation des postes et télécommunications, (« *Postneuordnungsgesetz* »), (B.G.B.I., I p. 2325).

⁶⁹¹ Source : <http://investors.dpwn.com/en>. Le 18 juillet 2005, le gouvernement allemand a vendu les 7,3% qui lui restaient dans Deutsche Post, ce qui en fait une société à capitaux exclusivement privés.

⁶⁹² Source : <http://www.telekom3.de>.

(A.S.S.T.)⁶⁹³, organisme public de services téléphoniques, et l'administration des postes et télégraphes, ou indirectement par l'intermédiaire de plusieurs concessionnaires⁶⁹⁴. En 1992, le gouvernement italien a décidé de confier la gestion de tous les services de communication aux concessionnaires. En 1994, conscient que la division de l'exploitation des télécommunications freinait le développement global du secteur, le gouvernement a regroupé tous les concessionnaires à l'exception de Telemar en une société : Telecom Italia. En novembre 1997, le Ministère du Trésor a privatisé « *Telecom Italia* » en vendant la quasi-totalité de sa participation, par le biais d'une offre publique et d'une vente privée à un groupe d'actionnaires. Le Trésor conserve cependant une participation s'élevant encore à 3,46%, susceptible à tout moment d'être vendue⁶⁹⁵. Ce mouvement de privatisation n'a pas atteint le domaine postal. Si une « sociétisation » a affecté les postes italiennes en 1998⁶⁹⁶, le capital de cette société anonyme, qui a pris la dénomination de « *Poste Italiane Spa* », est encore détenu à 100% par l'Etat.

En France, le secteur des postes et télécommunications est encore dominé par les opérateurs historiques. Administration autonome de l'Etat à partir de 1929⁶⁹⁷, la loi du 2 juillet 1990⁶⁹⁸ a transformé la Poste et France Télécom en établissements publics. La Poste a, depuis lors, gardé ce statut qui en fait l'exemple type d'intervention de l'Etat dans le domaine des communications. France Télécom, à partir de 1996, a été transformée en société anonyme dont le capital social était, à cette époque, détenu exclusivement par l'Etat. Cependant, l'article premier de la loi du 26 juillet 1996⁶⁹⁹ disposait simplement que ce dernier détiendrait directement plus de la moitié de son capital social. Dans cette optique, en 1997 la société est entrée en bourse grâce à la vente de 21% de son capital. En 1998, la part de l'Etat est descendue à 62% puis à 53%. Ce n'est qu'à partir de la loi de 2003⁷⁰⁰ que l'Etat est autorisé à

⁶⁹³ A.S.S.T. « *Azienda di Stato per i servizi telefonici* » : Etablissement d'Etat pour les services téléphoniques.

⁶⁹⁴ Notamment : SIP, ITALCABLE, TELESPIAZIO, SIRM et TELEMAR.

⁶⁹⁵ Nonno F. : « La réglementation en Italie : la situation actuelle et les nouvelles questions qui se posent », in Henry C., Quinet E. : *Concurrence et service public*, textes des conférences Jules Dupuit, présidées par Marcel Boiteux, Economiques, édition l'Harmattan, 2003, p. 371.

⁶⁹⁶ La Poste italienne était une entité publique économique créée par la loi n° 71, du 29 janvier 1994, relative à la transformation de l'administration des postes et télécommunications en entité publique économique et de réorganisation du ministère (G.U. n° 24 du 31 janvier 1994). Elle a été transformée en société anonyme par actions à l'occasion du Comité interministériel pour la programmation économique en date du 18 décembre 1997 (Délibération n 244/97).

⁶⁹⁷ En ce sens : Chevallier J. : « La mutation des postes et télécommunications », *A.J.D.A.*, 20 octobre 1990, p. 667, spéc. p. 668.

⁶⁹⁸ Loi n° 90-568, du 2 juillet 1990, relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, (J.O.R.F. du 8 juillet 1990, p. 8069).

⁶⁹⁹ Loi n° 96/660, du 26 juillet 1996, relative à l'entreprise nationale France Télécom, (J.O.R.F., n° 174, du 27 juillet 1996, p. 11398).

⁷⁰⁰ Loi n° 2003-1365, du 31 décembre 2003, relative aux obligations de service public de télécommunications et à France Télécom (J.O.R.F., n° 1, du 1^{er} janvier 2004, p. 9).

passer en dessous de la barre des 50%. Il ne détient actuellement plus que 32% du capital de l'entreprise, restant quand même le plus gros actionnaire.

Les britanniques, pionniers dans le domaine de la privatisation des « *public utilities* », ont tout de même conservé un domaine sous autorité publique. En effet, « *Royal Mail* », opérateur historique postal reste encore une société anonyme détenue en totalité par l'Etat britannique. Sa transformation en société anonyme date du 26 mars 2001 sous l'autorité du « *Postal Services Act 2000* »⁷⁰¹, notamment sa section 62.

B Le domaine de l'énergie

Le système gazier Italien a été créé par l'ENI (« *Ente Nazionale Idrocarburi* »), une entreprise publique fondée en 1954, sous la forme d'un établissement public. Cette entreprise pétrolière a été transformée en société par actions en 1992, et en partie privatisée par la suite⁷⁰². Quatre offres publiques de vente successives ont jalonné les années quatre-vingt-dix. Entre 1995 et 1998, 64,6% d'ENI sont mis sur le marché. Cette privatisation est la source de bénéfices la plus élevée jamais réalisée par un gouvernement en Europe continentale avec la vente de parts d'une seule compagnie. En 2003, le Ministère de l'économie et des finances n'en détenait plus que 36,4%. En 2006, il détient encore 20,31% des actions d'ENI, ce qui en fait encore le plus gros actionnaire de l'entreprise⁷⁰³.

Le 27 novembre 1962, la Chambre des députés nationalise l'ensemble du système électrique italien. ENEL (« *Ente Nazionale per l'Energia Elettrica* »), fut créée le 6 décembre de la même année dans le but de produire, importer, exporter, transformer, distribuer et vendre l'électricité. En 1992, la loi du 8 août⁷⁰⁴ fait d'ENEL une société anonyme (« *Società per Azioni* »), premier pas vers la privatisation de l'entreprise. Celle-ci n'a pas trop tardé puisqu'en 1995, la loi du 14 novembre⁷⁰⁵ ouvre la voie à la privatisation partielle en autorisant la mise sur le marché des actions d'ENEL. Celle-ci sera effective en 1999 lorsque l'équivalent de 31,74% du capital de l'entreprise sera placé sur le marché. Actuellement, le ministère de

⁷⁰¹ Le *Postal Services Act 2000*, (2000, c 26) Section 62.

⁷⁰² Ranci P., Ascari S., Beccarello M., « Organisation et réglementation des services du gaz en Italie », in Henry C., Quinet E., *Concurrence et service public*, textes des conférences Jules Dupuit, présidées par Marcel Boiteux, Economiques, édition l'Harmattan, 2003, p. 323.

⁷⁰³ Source : <http://www.eni.it>.

⁷⁰⁴ Loi numéro 359, du 8 août 1992, « *Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica* » (G.U. n° 190 du 13 août 1992).

⁷⁰⁵ Loi numéro 481, du 14 novembre 1995, « *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* » (G.U. n° 270 du 18 novembre 1995).

l'économie et des finances italien détient encore directement 21,4% du capital de l'entreprise, et 10,2% indirectement⁷⁰⁶.

ENDESA, ancien opérateur historique espagnol créé en 1944 sous le nom de « *Empresa Nacional de Electricidad, S.A.* » se partage actuellement le marché avec d'autres opérateurs de services d'électricité, Iberdrola, Union Fenosa et E.D.P. (« *Energías de Portugal* »). Ils contrôlent ensemble 73% de la production et 93% de la distribution et de la commercialisation des produits électriques. L'Etat, après une première offre publique de vente d'actions d'ENDESA ne détenait, en 1988, plus que 75,6% de son capital. En 1994, 66,89% restaient entre ses mains. En 1996, ENDESA fut transférée à la SEPI (« *Sociedad Estatal de Participaciones Industriales* ») dans l'optique d'aborder la dernière phase de privatisation. A partir de 1998, avec une minorité de blocage, 33,89%, l'Etat espagnol s'est complètement désengagé d'ENDESA, dont l'actionnaire principal est actuellement « *Caja de Madrid* » et le Mont de piété espagnol avec un ensemble d'environ 10% du capital social⁷⁰⁷.

Le système de production énergétique en Espagne est donc entièrement privatisé. En effet, l'opérateur dominant dans le domaine gazier, « *Gas Natural* », fruit d'une fusion en 1992 entre « *Catalana de Gas* », « *Gas de Madrid* » et des actifs de « *Repsol Butano* », n'est plus contrôlé par l'Etat espagnol. Cependant, l'Etat espagnol intervient activement dans le secteur du transport d'électricité. Il détient, par l'intermédiaire d'une entreprise publique dépendant du ministère de l'économie et des finances, la SEPI (*Sociedad Estatal de Participaciones Industriales*), le quart du capital social du principal transporteur d'électricité de la péninsule. De même, la SEPI est propriétaire de 4,5% d'ENAGAS, gestionnaire du réseau et transporteur de gaz sur le marché.

En France, le secteur énergétique est encore sous la domination d'EDF et de GDF. Etablissements publics industriels et commerciaux depuis la loi de nationalisation de 1946⁷⁰⁸, ils ont été transformés en sociétés anonymes par la loi de 2000⁷⁰⁹. L'article 24 de la loi prévoit que « Electricité de France et Gaz de France sont transformés en sociétés dont l'Etat détient plus de 70% du capital. Sauf dispositions législatives contraires, elles sont régies par les lois applicables aux sociétés anonymes ». Le conseil d'administration d'EDF est encore composé

⁷⁰⁶ Source : <http://www.enel.it/>

⁷⁰⁷ Source : <http://www.endesa.es/>

⁷⁰⁸ Loi n° 46-628, du 8 avril 1946, sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, (J.O.R.F., 9 avril 1946, p. 2651), articles 2 et 3.

⁷⁰⁹ Loi n° 2004-803, du 9 août 2004, relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (J.O.R.F., 11 août 2004, p. 14256).

d'un tiers de membres nommés par l'Etat, et celui-ci détient encore 83,6% du capital de l'entreprise, après la mise sur le marché de 2,5% du capital en décembre 2007. En ce qui concerne GDF, l'Etat détient 78,8% des actions⁷¹⁰.

En Allemagne, le domaine énergétique, qu'il soit électrique ou gazier, est dominé par un fleuron de l'industrie européenne, E.ON. Cette entreprise résulte de la fusion, en juin 2000, de deux compagnies allemandes, VEBA et VIAG. Ces deux dernières compagnies, créées en 1920 comme holding publiques d'industries énergétiques, ont été privatisées successivement en 1960 et 1980. E.ON est aujourd'hui la plus vaste entreprise privée de fourniture de services énergétiques.

Ainsi, qu'il s'agisse du secteur énergétique ou de celui des communications, l'industrie européenne des services publics organisés en réseaux est encore dominée par ce que l'on a coutume d'appeler des « opérateurs historiques ». Pour se conformer aux exigences communautaires, les Etats membres, se trouvant devant la contrainte du choix entre une privatisation de leurs opérateurs ou la voie de la régulation indépendante, ont opté pour cette dernière à la fin du vingtième siècle.

§2 Le choix de la régulation indépendante de l'exécutif pour garantir l'objectif d'impartialité

Les Etats membres ont donc opté pour la régulation indépendante, mais ce choix n'a pas été évident. Cela tient au fait qu'aucun texte ne détermine à partir de quel moment l'exécutif n'est plus impartial sur un marché (A). D'une part, l'obscurité de cette question tient lieu d'explication de la lenteur des Etats membres dans l'adoption du principe même de la régulation indépendante. D'autre part, sa résolution sert aussi à déterminer à partir de quel point l'exécutif ne sera plus soupçonné de partialité sur le domaine des services publics organisés en réseaux. A partir de ce moment, la fonction de régulation pourra théoriquement récupérer le giron de l'exécutif en continuant à être impartiale, mais plus indépendante. En attendant, les Etats membres évoqués ont tous opté pour un système de régulation assurant un degré d'indépendance par rapport à leur pouvoir exécutif (B).

⁷¹⁰ L'ensemble de ces informations est disponible sur le site de l'Agence des participations de l'Etat, <http://www.ape.minefi.gouv.fr>.

A La frontière insaisissable entre interventionnisme et régulation indépendante

Déterminer la frontière entre interventionnisme et régulation indépendante revient à se demander à partir de quel moment les Etats membres ne sont plus impartiaux sur le domaine et doivent, pour assurer une régulation impartiale, confier cette fonction à une entité indépendante de leur organe exécutif.

Le droit communautaire est assez imprécis sur ce thème. En effet, la directive 2002/21/CE⁷¹¹ expose dans son onzième considérant que « les Etats membres devraient garantir l'indépendance de la ou des autorités réglementaires nationales, afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions ». La garantie de l'indépendance des autorités réglementaires nationales est précisée, de manière spécifique, pour les Etats membres interventionnistes : « les Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part »⁷¹².

Ainsi, pour assurer l'impartialité de leurs décisions, les Etats membres, qui conservent un pouvoir de direction ou de propriété sur un opérateur du secteur, doivent garantir une séparation structurelle effective entre les activités inhérentes à la propriété ou à la direction des entreprises et la fonction de réglementation. Le critère de distinction entre un Etat partial et un Etat impartial est donc la direction ou la propriété d'un opérateur. Le droit communautaire en fait découler une conséquence qui est l'obligation de garantir une séparation structurelle effective entre les fonctions d'intervention et de régulation⁷¹³. Mais si l'obligation paraît relativement ferme, il n'en reste pas moins que les notions de propriété ou de direction, ne sont pas très explicites. La réponse à la question de savoir ce que les institutions communautaires entendent par propriété et par direction détermine la limite entre la régulation indépendante et la possibilité de revenir à une régulation non indépendante, mais toujours impartiale.

En partant du postulat que les institutions communautaires entendent par propriété le fait de détenir une entreprise publique agissant sur le marché en cause, alors la solution

⁷¹¹ Directive 2002/21/CE, précitée.

⁷¹² Directive 2002/21/CE, précitée, article 3 alinéa 2.

⁷¹³ La notion de séparation structurelle effective sera étudiée *infra* p. 278 et s.

pourrait venir de la directive 80/723/CEE de la Commission, relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques⁷¹⁴. Son article 2 dispose en effet que la notion d'entreprise publique correspond à « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». La définition est développée plus en avant dans la directive. Selon la Commission, l'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics détiennent, directement ou indirectement « la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise »⁷¹⁵. Cependant, ces derniers développements ont été supprimés par la directive de la Commission du 26 juillet 2000⁷¹⁶. Il ne reste en vigueur que la première partie concernant l'influence dominante directe ou indirecte. Cette suppression témoigne de la complexité de la notion⁷¹⁷, et il y a fort à parier que la définition ait été réduite pour étendre le champ d'application de l'article en question.

En revanche, il est possible de considérer que les critères de propriété et de direction ne font pas référence à la notion d'entreprise publique, mais doivent être considérés comme autonomes. Alors l'indépendance est requise si l'Etat conserve « la propriété ou la direction ». Dans un contexte de privatisation progressive des entreprises publiques européennes, que signifie le terme « la propriété » ? Ce terme correspond-il à « une propriété » aussi infime

⁷¹⁴ Directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques (J.O.C.E., n° L 195, du 29 juillet 1980, p. 35).

⁷¹⁵ Article 2 de la directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques (J.O.C.E., n° L 195, du 29 juillet 1980, p. 35). La notion française est plus restrictive. Si le Conseil d'Etat a semblé considérer qu'une entreprise publique est une entreprise sur laquelle l'Etat dispose d'un contrôle effectif, utilisant le faisceau d'indices composé du pourcentage de détention du capital, des modalités de contrôle sur l'entreprise à travers la nomination des dirigeants (CE, Ass., 24 novembre 1978, *Syndicat national de l'énergie atomique (Cogema)*, Rec., p. 465), c'est le critère de la détention majoritaire du capital qui l'a finalement emporté (CE, Ass., 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, Rec., p. 436).

⁷¹⁶ Directive 2000/52/CE de la Commission, du 26 juillet 2000, modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques (J.O.C.E., n° L 193, du 29 juillet 2000, p. 75).

⁷¹⁷ Nguyen Quoc Vinh souligne en ce sens que : « l'entreprise publique, si elle répond à une réalité économique certaine, semble résister à toute tentative de définition juridique », Quoc Vinh N., *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales*, thèse, Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris, Bibliothèque de Droit Public, L.G.D.J., n° 131, 1979, p. 11.

soit-elle, ou à une minorité de blocage⁷¹⁸, ou plus généralement à la majorité du capital social, auquel cas il faudrait revenir à la définition de l'entreprise publique ?

Deux idées peuvent être avancées. Selon la première, il y aurait une indépendance entre l'Etat et l'opérateur lorsque l'Etat est complètement désengagé du capital de l'opérateur. Il semble en effet logique d'estimer que le simple fait que l'Etat détienne une infime partie du capital social dans un des opérateurs du marché le place dans une situation de partialité. La régulation indépendante devient dès lors nécessaire.

Une deuxième idée réside dans le fait qu'il y aurait indépendance, entre l'Etat et l'opérateur, si l'Etat ne détient aucun pouvoir, au sens de direction, sur ce dernier. Le fait de ne pas détenir de pouvoir, c'est-à-dire de ne pas pouvoir influencer les décisions de l'opérateur, n'implique pas une absence d'intéressement dans l'entreprise. Mais ce dernier pourrait être qualifié d'intéressement d'un « investisseur en économie de marché », ni plus ni moins. Dans cette optique, les notions de « propriété et direction » dépassent très largement le cadre de l'entreprise publique pour entrer sur le terrain mouvant de l'entreprise sous influence. Mais cette influence n'a pas à être « dominante » pour que l'impartialité soit mise en doute, il suffit d'une influence réelle.

Pour évaluer l'influence réelle de l'Etat sur une entreprise, il est possible de se référer à la recommandation de la Commission du 3 avril 1996, qui détermine à partir de quel moment le droit communautaire considère qu'une entreprise n'est plus indépendante d'une autre⁷¹⁹. La détermination est purement commerciale et financière mais elle peut servir d'indice pour déterminer la réalité du lien entre l'Etat et une entreprise. Son article premier alinéa 3 dispose que « sont considérées comme indépendantes les entreprises qui ne sont pas détenues à hauteur de 25% ou plus du capital ou des droits de vote par une [autre] entreprise (...) »⁷²⁰. *A contrario*, il est possible d'estimer que si l'Etat franchit le seuil des 25%, alors l'entreprise sera considérée comme indépendante, l'Etat ne disposant plus d'un « pouvoir » sur cette dernière.

⁷¹⁸ Prenons le cas de France Télécom dans lequel l'Etat ne détient, en 2006, que 33%, une minorité de blocage. Si l'expression « la propriété » veut dire la majorité du capital social, alors le droit communautaire n'imposerait théoriquement plus l'indépendance de l'A.R.T. Voir *supra* p. 160.

⁷¹⁹ Recommandation de la Commission, du 3 avril 1996, concernant la définition des petites et moyennes entreprises (J.O.C.E., n° L 107, du 30 avril 1996, p. 4).

⁷²⁰ Sur la dépendance économique et l'autonomie entre entreprises, voir : Arcelin L., *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2003, spéc. p. 281 et s.

Au delà de la participation financière de l'Etat dans les opérateurs de réseaux, il reste tout un faisceau d'indices pour déterminer si une entreprise est ou non contrôlée par les pouvoirs publics. Comme le souligne la doctrine espagnole, « le contrôle sur la société peut être assuré par les autorités publiques grâce à une législation spéciale, qui permet aux autorités publiques de déterminer la politique de la société ou de nommer ses directeurs »⁷²¹. Suivant ces critères, il est possible de considérer comme entreprise publique les sociétés commerciales avec participation minoritaire du secteur public, dont la politique générale est soumise au contrôle des pouvoirs publics, grâce notamment à une législation spéciale⁷²².

Pour conclure, il faut rejoindre la position pragmatique et réaliste du faisceau d'indices⁷²³ pour avancer que l'Etat est propriétaire, ou dirige une entreprise, dès lors qu'un certain nombre d'éléments sont réunis. Ce faisceau est composé de la part détenue dans le capital social de l'entreprise, du nombre de voix attachées aux parts sociales, du nombre de sièges au Conseil d'administration, du pouvoir de nommer ses dirigeants et enfin de la capacité à influencer voire déterminer, *a priori* comme *a posteriori*, la politique de la société, notamment par le biais d'une réglementation spéciale. Si l'Etat se trouve dans une telle situation, il sera, conformément à l'article 3 alinéa 2 de la directive 2002/21/CE⁷²⁴, dans l'obligation de veiller à réaliser une séparation structurelle entre la direction commerciale de l'entreprise et la réglementation du secteur.

B Le choix des Etats membres pour la régulation indépendante de l'exécutif

De l'obligation de garantir une séparation structurelle effective, entre l'exploitation de l'entreprise et la réglementation du secteur, au choix des Etats membres pour la régulation indépendante de l'exécutif, le pas n'est pas aisé. La question qui se pose, dès lors, est de savoir ce que les institutions communautaires entendent par « séparation structurelle effective ». La Commission n'a donné d'exemple qu'une fois, mais il était assez clair pour

⁷²¹ Barea J., Barea T. : « Contrôle des entreprises publiques et relations financières avec les pouvoirs publics », in Thiry B., Vandamme J. (dir.), *Les entreprises publiques dans l'Union Européenne : entre concurrence et intérêt général*, E.D.C.E., Pédone, 1995, p. 71.

⁷²² En ce sens : Barea J., Barea T., : « Contrôle des entreprises publiques et relations financières avec les pouvoirs publics », in Thiry B., Vandamme J. (dir.), *Les entreprises publiques dans l'Union Européenne : entre concurrence et intérêt général*, précité, p. 72.

⁷²³ En ce sens : Du Marais B., *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po. et Dalloz, Coll. Amphi, 2004, p. 285.

⁷²⁴ Directive 2002/21/CE, précitée, article 3 alinéa 2 : « les Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part ».

affirmer qu'elle faisait référence à la régulation par le biais d'une institution indépendante du pouvoir exécutif. Elle cite, dans sa communication du 4 avril 1995⁷²⁵, une forme de séparation structurelle qui offre une garantie raisonnable que les conditions de séparation réelle, d'indépendance financière et d'absence de mouvement de personnel, sont remplies : confier les fonctions de réglementation à une entité indépendante du ministère concerné.

Sans aller jusqu'à cette solution extrême, la doctrine est restée assez perplexe quant à l'interprétation de la notion de séparation structurelle. Aurore Laget-Annamayer estime qu'« en théorie, elle doit donc, tout en étant au sein d'une même entité juridique, être confiée à des administrations différentes »⁷²⁶. Jacques Fournier, écrivait, quant à lui, qu'« aucune décision n'est venue prescrire l'externalisation du régulateur par rapport à l'Etat », ⁷²⁷ et Stéphane Rodrigues se pose la question de savoir ce que l'on doit « entendre par “réelle séparation structurelle”, lorsque l'Etat est considéré comme unitaire, quelles que soient les modalités d'expression de ses fonctions ? »⁷²⁸.

La Section du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat a, semble-t-il, visé juste sur les implications matérielles du droit communautaire. Elle explique dans son rapport pour l'année 2001 que la transposition des directives n'emportait pas juridiquement l'obligation de créer une nouvelle institution spécialisée dans la régulation du secteur en cause, ni même de créer une institution organiquement séparée des administrations centrales⁷²⁹. Cependant, elle en tire les conséquences logiques face à la situation dans les Etats membres : « une vaste palette de choix était ainsi théoriquement offerte aux gouvernements dans leur exercice de transposition : créer un régulateur au sein même de l'exécutif ; accorder tous les pouvoirs de régulation à l'autorité chargée de veiller au respect de la concurrence, quitte à créer, en son sein des sections spécialisées ; instaurer un régulateur indépendant. Dans les faits, c'est à l'aune du degré de contrôle économique que les Etats détiennent sur les opérateurs historiques que telle ou telle formule s'impose inexorablement au législateur »⁷³⁰.

⁷²⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, COM (95) 113 final, du 4 avril 1995, (J.O.C.E., n° C 275, du 20 octobre 1995, p. 2), spéc. p. 25.

⁷²⁶ Laget-Annamayer A., *La régulation des services publics en réseaux*, précitée.

⁷²⁷ Fournier J. : « La nouvelle réglementation des télécommunications », *C.J.E.G.*, 1997, p. 90.

⁷²⁸ Rodrigues S., *La nouvelle régulation des Services Publics en Europe, énergie, postes, télécommunications et transports*, thèse, éd. Tec et Doc, spéc. p. 276.

⁷²⁹ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 272.

⁷³⁰ *Ibid.*

Ainsi, en analysant la séparation structurelle à la lumière de l'objectif d'impartialité de la régulation, il ne reste effectivement qu'une seule option, la régulation indépendante de l'exécutif. Les Etats membres étudiés en sont venus, d'ailleurs, à confier la régulation du secteur à des autorités de régulation indépendantes.

Mais, en reprenant les propos de Stéphane Rodrigues, qui se pose la question de savoir ce que l'on doit entendre par « réelle séparation structurelle », lorsque l'Etat est considéré comme unitaire⁷³¹, le problème de savoir à qui confier la fonction de régulation a émergé à la fin des années quatre-vingt-dix. La figure juridique de l'autorité administrative indépendante, déjà connue et largement utilisée en Europe continentale, va s'avérer d'une grande utilité. Garanties d'une certaine impartialité de l'action publique dans certains domaines, les autorités administratives indépendantes vont être « recyclées »⁷³² dans la régulation des services publics organisés en réseaux.

Conclusion du chapitre

En droit communautaire, le principe d'impartialité se déduit à partir de la jurisprudence la Cour relayée par le droit dérivé. La Cour a condamné, en premier lieu, les effets anti-concurrentiels dérivés du cumul des fonctions de réglementation et d'exploitation sur un même marché. Sa jurisprudence a ensuite glissé vers la condamnation même du cumul de fonctions dans la mesure où celui-ci est susceptible de rompre l'égalité des chances entre concurrents. Dès lors, toute entreprise qui est à la fois opérateur et qui réglemente un marché se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, donc dans une position partielle, qui conduit à un abus quasi-automatique de position dominante.

Le droit dérivé s'est fait le relais de cette position et a consacré l'obligation de confier les tâches réglementaires, relatives aux secteurs en voie de libéralisation, à des entités indépendantes, les « autorités réglementaires nationales ». Au début du vingt-et-unième siècle, les textes relatifs aux secteurs de l'énergie n'ont plus utilisé cette dernière dénomination mais celle d'« autorités de régulation nationales ». Ce changement lexical peut s'expliquer, entre autres, par le souci d'utiliser une notion plus moderne et détachée de tout

⁷³¹ Rodrigues S., *La nouvelle régulation des Services Publics en Europe, énergie, postes, télécommunications et transports*, précité, p. 276.

⁷³² Expression utilisée par le Professeur J.-F. Brisson, « La réception en droit national des autorités de régulation », in Journée d'études du 20 février 2004, Université Montesquieu - Bordeaux IV, « Autorités de régulation et droit européen », précité, p. 15.

lien avec les fonctions traditionnelles du pouvoir exécutif. Les institutions communautaires ont probablement constaté que les Etats membres voulaient continuer à intervenir sur les marchés par le biais de leur opérateur historique et étaient, par conséquent, tenus de confier la régulation du secteur à un organe indépendant du pouvoir exécutif pour satisfaire les exigences du principe d'impartialité.

En effet, les Etats membres étaient, et restent, impliqués dans la direction ou le capital des opérateurs historiques. Par conséquent, la question qui se pose est de savoir à partir de quel degré d'intervention l'Etat n'est plus dans une position d'impartialité sur le secteur régulé. Il n'y a aucune réponse dans les textes communautaires. Il convient donc d'adopter une position pragmatique et d'avancer que l'Etat n'est pas impartial s'il dispose d'une partie du capital d'une entreprise agissant sur le marché concerné, de sièges dans le conseil d'administration, de la possibilité de nommer ses dirigeants ou d'influencer sa politique commerciale. A défaut de ces éléments, l'Etat n'est plus en situation de conflit d'intérêts et n'est plus tenu, conformément au droit communautaire, de confier la régulation du secteur à une autorité indépendante pour satisfaire les nécessités de l'impartialité. Dès lors, la naissance et l'existence des ARI sont intimement liées à l'interventionnisme économique. Sans cette manifestation de l'Etat dans les secteurs des services publics organisés en réseaux, il est tout à fait envisageable de confier la fonction de régulation à une autorité du gouvernement. En attendant, l'interventionnisme avéré des Etats membres dans ces secteurs à la fin du vingtième siècle et au début du vingt-et-unième témoignait de la nécessité de créer des autorités administratives indépendantes, structures juridiques déjà éprouvées en Europe continentale pour garantir l'impartialité de l'action publique.

Chapitre II : L'impartialité de l'action publique, question résolue en droit interne

Les autorités de régulation indépendantes des services publics organisés en réseau, en Europe continentale⁷³³, n'ont pas été créées *ex nihilo*. Elles ont bénéficié de l'existence d'une figure juridique qui est apparue dans les années quatre-vingt : l'autorité administrative indépendante (A.A.I.). Cette structure est le fruit d'une lente évolution idéologique sur la place et les formes d'intervention de l'Etat dans la vie publique.

Il est possible de trouver un ensemble relativement cohérent d'autorités administratives indépendantes en Europe continentale. Les « modèles anglo-saxons » ont eu une influence, qualifiée précédemment d'horizontale⁷³⁴, sur leur création ou leurs structures en France⁷³⁵, en Espagne⁷³⁶ et en Italie⁷³⁷. De plus, la proximité des systèmes juridiques entre ces trois pays d'Europe continentale a aussi favorisé des inspirations réciproques⁷³⁸.

Les autorités administratives indépendantes, comme le souligne le Conseil d'Etat français, trouvent leur fondement ou leur justification première dans la garantie de l'impartialité de l'intervention de l'Etat⁷³⁹ dans certains domaines jugés sensibles, comme des domaines touchant aux libertés fondamentales ou des domaines économiques. En effet, « l'Etat est réputé partial, tandis que les autorités administratives indépendantes semblent parées dès leur naissance d'une onction qui les ferait bénéficier d'un irréfutable présomption

⁷³³ L'étude se limite aux cas suivants: France, Allemagne, Espagne et Italie.

⁷³⁴ Voir *supra* p. 37 et s.

⁷³⁵ Sur l'influence du « modèle » britannique sur la création de l'A.R.T. : Rapport sur les Autorités Administratives Indépendantes, par M. Patrice Gélard, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, Tome II, p. 14. Pour l'influence de la *Security and Exchange Commission* (SEC) américaine sur la création en 1967 de la Commission de Opérations de Bourse en France, voir : Jan P., *Institutions Administratives*, 2^{ème} édition, 2005, Litec, p. 119. Grabar N. : « La Commission des opérations de Bourse à la lumière de l'expérience américaine », *Le Débat*, nov.-déc. 1988, p. 67.

⁷³⁶ Sur l'influence du « modèle » américain sur les A.A.I. espagnoles : Pomed Sanchez L. A. : « *Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes* », *RAP*, n° 132, 1993, p. 117.

⁷³⁷ Pour l'influence du « modèle » américain sur les A.A.I. italiennes : Longobardi N. : « Les Autorités Administratives Indépendantes, laboratoire d'un nouveau droit administratif », *L.P.A.*, 27 août 1999, n° 171, p. 4, *L.P.A.*, 30 août 1999, n° 172, p. 6. Gnes M. « *The Italian Independent Administrative Authorities : the transplantation of an American experience* », *European Public Law*, 1997, p. 38.

⁷³⁸ Sur ce point voir : Melleray F. : « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *A.J.D.A.*, 21 juin 2004, p. 1224. « Pour autant il semble que l'imitation de règles étrangères aille croissant (qu'on songe au développement des autorités administratives indépendantes à propos desquelles l'influence des expériences menées à l'étranger est par exemple clairement énoncée par le Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », E.D.C.E., n° 52, La Documentation française, p. 270) ».

⁷³⁹ « La première justification, à savoir offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'Etat, est probablement la raison la plus importante et en tout cas le motif transversal de la création de l'essentiel des autorités administratives indépendantes. Elle est née d'une méfiance à l'égard du pouvoir politique et du pouvoir administratif », in Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 275.

d'impartialité »⁷⁴⁰. La figure de l'autorité administrative indépendante, née tout d'abord en France avec la CNIL⁷⁴¹, va se retrouver dans une grande partie des Etats membres⁷⁴². Cependant, les autorités administratives indépendantes connaissent dans tous les pays étudiés un problème commun : une difficile compatibilité face aux principes constitutionnels. Leur apparente inconstitutionnalité pousse à se poser certaines questions, notamment relatives à l'adéquation entre leur dénomination d'« autorités administratives » et leur action de « régulation indépendante ». Une partie de la doctrine opte pour la reconnaissance d'une nouvelle catégorie juridique d'autorités, les « autorités de régulation indépendantes », qui pourraient constituer un quatrième pouvoir. Ceci présenterait, d'un côté, l'inconvénient de remettre en cause la théorie de la séparation tripartite des pouvoirs, sur laquelle est basée toute l'architecture constitutionnelle des Etats évoqués mais aussi, d'un autre côté, le mérite de calquer la classification institutionnelle sur la réalité administrative. En effet, bien que les structures ne soient pas toujours les mêmes d'un pays à l'autre, leur utilisation est généralisée en Europe continentale. Ce développement témoigne, que ce soit par le biais des textes ou implicitement, de la recherche d'impartialité dans la gestion des domaines sensibles (Section I). Alors même qu'elles bénéficient d'un statut légal, si aucun des ordres juridiques n'a déclaré les autorités administratives indépendantes inconstitutionnelles, c'est toujours au prix d'une interprétation souple de la norme suprême. Jusqu'à présent, la pérennité de ces institutions n'a reposé que sur une présomption de constitutionnalité (Section II).

⁷⁴⁰ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 275.

⁷⁴¹ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (J.O.R.F., 7 janvier 1978, p. 227).

⁷⁴² Voir sur ce point l'étude comparée menée sous l'autorité du Professeur Jean-Marie Pontier, in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, Tome II.

Section I : Une quête d'impartialité dans la gestion des domaines sensibles

Même si la notion d'A.A.I. n'a pas les mêmes caractéristiques dans tous les pays d'Europe, une définition globale, issue de la doctrine, peut être dégagée. En Espagne, sont considérées comme des A.A.I. les « institutions administratives, produit d'un processus de décentralisation qui tiennent leur origine dans la volonté des pouvoirs publics et qui sont normalement l'instrument de la loi qui détermine leur création »⁷⁴³. De même il est possible de trouver comme autre définition des A.A.I. : « des entités qui, dotées de pouvoirs contraignants pour la réalisation de leurs fonctions de régulation sectorielle et non générale, les exercent sous un régime d'absence de dépendance par rapport à l'ensemble de l'appareil administratif de l'Etat »⁷⁴⁴. En France les définitions sont très proches : « Les autorités administratives indépendantes forment une catégorie d'institutions administratives qui répond à des aspirations nouvelles. Créées par le législateur, placées en dehors des structures administratives traditionnelles et dotées de fortes garanties d'indépendance, elles sont chargées dans un secteur déterminé, d'un pouvoir de régulation et d'intervention »⁷⁴⁵. La caractéristique qui se dégage, fruit d'une évolution idéologique contemporaine sur l'inefficacité des structures traditionnelles de l'administration pour faire face aux nouvelles demandes sociales, est bien la distension du lien entre le pouvoir exécutif et les A.A.I. Cette caractéristique principale est la traduction juridique d'un phénomène de dépolitisation de l'Etat qui a permis de confier des domaines dits sensibles (§2) à des structures affichant une totale impartialité (§1).

⁷⁴³ Traduction libre de : « *Las A.A.I. son instituciones administrativas producto de un proceso de descentralización que tiene su origen en la voluntad de los poderes públicos y normalmente es el instrumento de la ley el que determina su creación* ». García Llovet E.: « *Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho* », REDA, Madrid, 1993, n° 131, p. 61.

⁷⁴⁴ Traduction libre de : « *Son A.A.I. los entes que, dotadas de potestades de ordenación para la realización de funciones de regulación sectorial y no general, ejercen estas en un régimen de no dependencia respecto del conjunto del aparato administrativo del Estado* ». García Llovet E.: « *Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho* », précité, p. 61.

⁷⁴⁵ Braibant G., Stirn B., *Le droit administratif français*, 7^{ème} édition, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Coll. amphi, 2005, p. 79. Voir aussi : Gaudemet Y., *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., Tome I, 16^{ème} édition, 2001, spéc. p. 77 : « L'A.A.I. se caractérise en droit strict par la conjonction de trois critères (...) [qui] sont le pouvoir de prendre des actes administratifs décisifs, l'absence de personnalité juridique propre et la soustraction à tout contrôle hiérarchique ou de tutelle ».

§1 La difficile quête d'impartialité

Comme le soulignent les premiers articles de fond sur l'émergence des A.A.I. en France, celles-ci « laissent entrevoir l'image d'un Etat dépolitisé, dont certaines fonctions sont désormais assumées par des instances « neutres et objectives » »⁷⁴⁶. La neutralité comme l'objectivité sont deux notions qui participent de la définition même de l'impartialité⁷⁴⁷. Ainsi, historiquement, en Europe continentale, l'émergence des autorités administratives indépendantes trouve son origine dans le concept de la dépolitisation de l'Etat. Cette idée est prolongée par le fait de rendre certaines administrations « neutres et objectives ». Face à l'impossibilité de rendre l'administration, dans son intégralité, « neutre et objective », le concept de dépolitisation de l'Etat va se matérialiser en confiant certains domaines, qualifiés de « sensibles », à des entités impartiales. Or, la subordination de l'administration traditionnelle au gouvernement implique nécessairement, pour garantir l'impartialité dans certains domaines sensibles, de donner à l'autorité administrative une certaine indépendance.

Par conséquent, le fondement idéologique de la délégation de fonctions à des autorités administratives indépendantes est bien, en France comme dans d'autres Etats d'Europe continentale, le concept de dépolitisation de l'Etat. Cependant, son fondement juridique – ou l'adaptation juridique du fondement idéologique – est l'impartialité de l'intervention de l'administration dans certains domaines sensibles. Le concept d'Etat dépolitisé marque ainsi le « déclin du politique »⁷⁴⁸ et le souci d'organiser certains espaces de la vie administrative libres de contrôles ministériels (A). Cependant, confier des fonctions exercées traditionnellement par l'administration à des autorités indépendantes comporte des incertitudes théoriques (B) qui amènent à relativiser l'unité de l'Etat et la subordination de l'administration au gouvernement (C).

⁷⁴⁶ Chevallier J. : « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P. G.*, 1986, 3254.

⁷⁴⁷ L'impartialité englobe les notions de neutralité et d'objectivité : « Dans son acception positive, l'impartialité qualifie la qualité d'une appréciation dénuée de subjectivité, d'un comportement objectif ou caractérisé par sa neutralité ». Mitard E. : « L'impartialité administrative », *A.J.D.A.*, 20 juin 1999, p. 478.

⁷⁴⁸ En ce sens : Autin J.-L. : « Les Autorités Administratives Indépendantes et la Constitution », *R.A.*, 1988, p. 333.

A Concept de dépolitisation de l'Etat et notion d'impartialité administrative

Historiquement, l'idée de la création d'autorités administratives indépendantes est née à travers le concept d'Etat dépolitisé. En effet, celui-ci a trouvé sa première matérialisation dans des instances « neutres et objectives ». Si ce concept a fait florès en droit comparé, il n'est pas transposable dans les mêmes termes en droit interne français. Ainsi, pour mieux rendre compte de la réalité administrative, il faut démontrer le lien qu'il y a entre le concept de dépolitisation de l'Etat, la neutralité et l'objectivité de l'action administrative et enfin, le principe d'impartialité. Cependant, il faudra aussi remarquer que ces principes s'accommodent difficilement, dans les pays d'Europe continentale, avec la conception unitaire et subordonnée de l'administration.

1 La thèse originelle de la dépolitisation de l'Etat

L'idée d'une certaine neutralité de l'administration a émergé dans les années 30 en Allemagne. Se fondant sur la doctrine du « pouvoir neutre », développée par Benjamin Constant⁷⁴⁹, dans le contexte de tensions politiques sous la Restauration française, Carl Schmitt a conceptualisé la « Théorie du pouvoir neutre » dans un ouvrage traitant de la Constitution de Weimar⁷⁵⁰. Selon lui, le principe de neutralité, à l'origine conçu pour expliquer la position juridique du chef de l'Etat dans un système constitutionnel, peut être étendu à l'ensemble de la théorie générale de l'Etat. Carl Schmitt voit dans l'existence de centres de décision autonomes et indépendants, qui représentent l'objectivité et l'impartialité propre des experts, le contrepoids nécessaire à l'Etat politique, caractérisé par une pluralité de partis, qu'il décrit systématiquement comme « l'Etat faible des coalitions de partis ». L'Etat s'est converti, selon lui, en une instance neutre, face aux contradictions économiques et sociales de la société. Un débat doctrinal, en Allemagne, va naître autour du concept d'« espaces libres de contrôles ministériels »⁷⁵¹. Trois institutions sont citées en exemple par Schmitt : le Conseil Economique du Reich, la Banque du Reich et les Chemins de Fer du

⁷⁴⁹ Benjamin Constant (1767-1830) ; Comme le souligne le Rapport public 2001 du Conseil d'Etat : « Les recherches du Professeur Jean-Louis Mestre sur d'éventuels antécédents historiques du concept d'A.A.I. dans la pensée politique française du 19^{ème} siècle ne l'ont conduit à trouver l'idée d'une indépendance nécessaire de l'administration vis-à-vis du pouvoir exécutif que chez Benjamin Constant dans « Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une Constitution républicaine dans un grand pays » édition établie par Henri Grange, Aubier, 1991, pages 409-412. », précité, p. 261.

⁷⁵⁰ Schmitt C., *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, pages 93, 106, 151 et s.

⁷⁵¹ Les *Ministerialfreien Raums*.

Reich. Aujourd'hui, la Banque Fédérale d'Allemagne est considérée comme le paradigme allemand de l'administration indépendante. Cependant, elle est le seul exemple d'administration qui puisse être qualifiée d'indépendante dans ce pays⁷⁵². Elle trouve son fondement et sa légitimation dans des conceptions purement économiques. Cette théorie critiquée pour son caractère inconstitutionnel, fut relayée par Carl Peter Fichtmüller qui y ajoute le concept d'« exécutif politiquement neutralisé »⁷⁵³. Selon lui, neutralité signifie « le fait de sortir hors du système de décision à la majorité, l'exclusion de l'influence dominante des forces politiques, lesquelles déterminent par principe l'activité de l'Etat dans un système de gouvernement parlementaire »⁷⁵⁴.

La doctrine française s'est quant à elle plutôt concentrée sur le concept de décentralisation par services ou décentralisation fonctionnelle⁷⁵⁵, moyennant la structure de l'établissement public. Ainsi, Léon Duguit⁷⁵⁶ et Maurice Hauriou⁷⁵⁷ ont posé les jalons d'une nécessaire autonomie technique face au pouvoir politique. En Espagne, l'idée de neutralité s'est surtout développée autour du thème des entreprises publiques. Ernst Forsthoff⁷⁵⁸ voulait ainsi soustraire les entreprises publiques au contrôle des corporations communales, c'est-à-dire « les neutraliser du point de vue de la politique de partis »⁷⁵⁹. L'idée fut relayée par Ariño Ortiz, dans le domaine des services publics⁷⁶⁰ et celui de la décentralisation⁷⁶¹.

Ce n'est que dans les années 80 que la doctrine s'est emparée de la notion même d'autorité administrative indépendante, pour révéler ce qu'elle traduisait réellement, la matérialisation de l'idéologie de la dépolitisation de l'Etat, ou la nécessité de mettre certains

⁷⁵² La référence n'est faite qu'au titre d'application relative et contingente du concept d'« espaces libres de contrôles ministériels ».

⁷⁵³ Voir : Fichtmüller C. P. : « *Zulässigkeit ministerial freien Raums in der Bundesverwaltung* », Archiv Oeff Rechts, 1966, p. 297.

⁷⁵⁴ Cité par : Ramón Parada, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 8^{ème} édition, Marcial Pons, 1994, p. 275.

⁷⁵⁵ La doctrine française a été soutenue avec force en Espagne sur le thème de la décentralisation fonctionnelle grâce à Royo Villanova dans son ouvrage : *La nueva descentralización*, Valladolid, 1914.

⁷⁵⁶ Voir, Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, tome III, *La théorie générale de l'Etat* (suite et fin) 3^{ème} éd., Paris, de Broccard, 1930, p. 97 et s.

⁷⁵⁷ Voir par exemple : Fournié F., *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, thèse, Bibliothèque de droit public, tome 245, L.G.D.J., 2005, p. 348 et s., spéc., p. 350. Pour une étude comparée de la notion de décentralisation fonctionnelle, voir : Flogaitis S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, thèse, Bibliothèque de droit public, tome 133, L.G.D.J., 1979, p. 28 et s.

⁷⁵⁸ Forsthoff E. (1902-1974), politologue et juriste allemand ayant beaucoup influencé la doctrine espagnole et latino-américaine.

⁷⁵⁹ Traduction libre de : « *o sea neutralizarlas desde el punto de vista de la política de partidos* », Forsthoff E., *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 664. Traduction du Professeur Legaz Lacambra, Université de Navarre.

⁷⁶⁰ Ariño Ortiz G. : « *La empresa pública* » in Ariño Ortiz G., Garrido Falla F. (dir.), *El modelo económico en la constitución*, Tome II, Instituto de estudios económicos, Madrid, 1981, p. 136.

⁷⁶¹ Ariño Ortiz G. : « *Principios de descentralización y desconcentración* », *Derecho Administrativo*, n° 204, avril-juin 1988, p. 11.

domaines de l'action publique à l'abri de considérations de politique partisane. Il fallait donc organiser l'impartialité, ou du moins la donner à voir par le biais de l'indépendance, en somme tenter de séparer « l'Etat personne morale de droit public » de « l'Etat pouvoir politique »⁷⁶². Les A.A.I. laissent donc « entrevoir l'image d'un Etat dépolitisé, dont certaines fonctions sont désormais assurées par des instances « neutres et objectives » »⁷⁶³. Il est évident que la doctrine à l'origine de l'émergence des autorités administratives indépendantes ne s'entend pas sur son fondement. Une certitude cependant, l'objectif est bien le concept d'Etat dépolitisé. Sa matérialisation reste vague, balancée entre la neutralité, l'objectivité et l'impartialité administrative. Il semble, néanmoins, que seule l'impartialité administrative traduise la réalité du phénomène observé en Europe continentale.

2 Neutralité, objectivité et impartialité administrative

L'assimilation fréquente du principe d'impartialité, dans la doctrine⁷⁶⁴, la jurisprudence administrative ou constitutionnelle, avec les principes de neutralité, voire d'objectivité, tend à faire émerger la question de leur interchangeabilité. En témoigne, par exemple, l'Allemagne, qui le « regarde » de la même manière que le principe de neutralité. En Espagne, il se confond avec le principe d'objectivité, ou peut être déduit des garanties d'impartialité des fonctionnaires en exercice. Il n'y a qu'en Italie que le principe d'impartialité de l'administration figure explicitement dans la Constitution. Pour certains auteurs, il pourrait d'ailleurs s'agir du seul ancrage constitutionnel des autorités indépendantes⁷⁶⁵. En France, le principe d'impartialité, qualifié à mots couverts de principe général du droit⁷⁶⁶, est souvent confondu par le juge avec ses notions voisines⁷⁶⁷.

⁷⁶² Comme le souligne P. Sabourin, « l'idée de séparer l'Etat personne morale de droit public, notion abstraite s'il en est, de l'Etat pouvoir politique, réalité évidente, en vue de protéger les citoyens, est une fort vieille revendication dont Montesquieu a formulé en termes mythiques les lois. Comme il ne semble guère possible de réaliser ce vieux rêve dans notre système constitutionnel, et pas seulement depuis 1958, et de le pratiquer au niveau politico-administratif, on a vu apparaître des "écrans" entre le pouvoir politique et l'administration ». Sabourin P. : « Les Autorités Administratives Indépendantes, une catégorie nouvelle », *A.J.D.A.*, mai 1983, p. 275.

⁷⁶³ Chevallier J. : « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », précité.

⁷⁶⁴ « Le principe de neutralité signifie que l'administration est impartiale et objective », Chevallier J. : *Science administrative*, PUF, 4^{ème} éd., 2007, p. 575

⁷⁶⁵ Longobardi N. : « Les Autorités Administratives Indépendantes, laboratoire d'un nouveau droit administratif », précité, p. 4.

⁷⁶⁶ Sur la controverse sur la qualification de l'impartialité comme principe général du droit (P.G.D.) en France, voir *supra* p. 120 et s.

⁷⁶⁷ En ce sens : Quiriny B. : « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *R.D.P.*, n° 2, du 1^{er} mars 2006, p. 375, spéc. p. 395.

Malgré tout, le principe d'impartialité ne peut être strictement assimilé avec la neutralité ou l'objectivité car son champ est plus large. Alors même que le Littré définit souvent les uns par rapport aux autres⁷⁶⁸, les différences sont notables et le principe d'impartialité englobe les principes de neutralité et d'objectivité. En effet, trois notions sont incluses dans l'impartialité au sens large : la neutralité, d'une part, et d'autre part l'objectivité et l'impartialité objective.

La neutralité, tout d'abord, implique une absence d'engagement de l'entité considérée, qui se tient à l'écart ou en dehors d'un phénomène⁷⁶⁹. Le mot neutralité vient du latin *neuter*, qui veut dire « ni l'un ni l'autre ». Il est défini comme « l'état de quelqu'un, d'un groupe, qui ne se prononce pour aucun parti »⁷⁷⁰. Le terme, utilisé en droit international public signifie « la situation d'un Etat qui reste étranger à une guerre entre deux ou plusieurs Etats, s'abstient d'y participer ou d'assister l'un des belligérants »⁷⁷¹. Plus généralement, en droit public, le juge l'emploie pour viser l'« abstention politique et religieuse »⁷⁷² dans le service public de l'enseignement, « de sorte que la neutralité serait une simple branche de l'impartialité »⁷⁷³, pour certains. Elle serait la branche négative de l'impartialité. Ainsi, un régulateur neutre serait un régulateur qui n'agit pas, il serait extérieur au jeu du marché⁷⁷⁴.

L'objectivité, ensuite, décrit la qualité d'un organe qui a une « représentation exacte de la réalité matérielle ou juridique »⁷⁷⁵. Ce mot, qui vient du latin *objectivus*, de *objectus*, signifiant « placé devant », a trait à la « qualité de quelqu'un, d'un esprit, d'un groupe, qui porte un jugement sans faire intervenir de préférence personnelle »⁷⁷⁶. L'objectivité est donc la qualité de l'appréhension, par une entité donnée, d'un phénomène en cours. Elle se rapproche, en ce sens, d'un comportement impartial.

A ce stade, une nouvelle notion est apparue pour préciser les différentes acceptions de l'impartialité. Elle est venue résoudre le problème suivant : un organe qui présente les qualités externes de la partialité peut tout à fait avoir un comportement impartial, c'est-à-dire une

⁷⁶⁸ *Le nouveau Littré*, Garnier, 2004.

⁷⁶⁹ Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 8^{ème} éd., 2007.

⁷⁷⁰ Cf. *Encyclopaedia Universalis*, 2005.

⁷⁷¹ Cornu G. : *Vocabulaire juridique*, précité.

⁷⁷² Degoffe M. : « L'impartialité de la décision administrative », *R.F.D.A.*, 14 (4) juillet-août 1998, p. 711.

⁷⁷³ Quiriny B. : « Actualité du principe général d'impartialité administrative », précité, p. 397.

⁷⁷⁴ Alors que le régulateur, de fait, agit sur le jeu du marché, en essayant de concilier les principes antinomiques du service public et de la concurrence.

⁷⁷⁵ Cornu G. : *Vocabulaire juridique*, précité.

⁷⁷⁶ Cf. *Encyclopaedia Universalis*, 2005.

appréhension objective d'un phénomène. De même, un organe présentant les qualités externes de l'impartialité peut aussi avoir un comportement partial, non objectif.

Il y a donc une différence entre l'impartialité extrinsèque, formelle, et l'impartialité intrinsèque, comportementale. C'est ce que la doctrine a dénommé, d'une part l'« impartialité objective » et d'autre part, l'« impartialité subjective ». L'impartialité objective est un principe de fonctionnement des organes administratifs. « Il s'agit de préserver les garanties qu'offrent la composition d'un organe administratif et la procédure conduisant à une décision »⁷⁷⁷. L'impartialité objective doit se « donner à voir »⁷⁷⁸, il s'agit de l'apparence externe de celui qui est censé ne pas favoriser l'un au détriment de l'autre⁷⁷⁹. C'est une impartialité statique. L'impartialité subjective est, en revanche, un « principe d'action des fonctionnaires publics inhérent à l'exercice de compétences administratives »⁷⁸⁰. Impartialité dynamique, le juge sanctionne son non respect en droit administratif français par le détournement de pouvoir. Une décision administrative est ainsi entachée de partialité subjective lorsque c'est le comportement de l'agent qui est en cause. Ce comportement est réputé partial. Il s'agit bien ici d'un comportement qui n'est pas objectif. L'objectivité correspond donc, paradoxalement⁷⁸¹, à ce qui a été défini comme l'« impartialité subjective ».

Dès lors, le troisième volet de l'impartialité *lato sensu* est, par déduction, l'impartialité objective. Telle que définie précédemment, elle s'entend comme les qualités externes d'un organe qui donne l'apparence, et donc les meilleures garanties, de ne pas favoriser l'un au détriment de l'autre. Il s'agit de garanties formelles, comme l'indépendance de l'organe, son irrévocabilité ou la durée de son mandat, qui vont afficher l'impartialité extérieure de l'entité.

⁷⁷⁷ Mitard E. : « L'impartialité administrative », précité, p. 478. Voir aussi : Quiriny B. : « Actualité du principe général d'impartialité administrative », précité, p. 375. L'impartialité objective est aussi définie comme suit : « l'appréciation objective [...] consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle d'un juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier », C.E.D.H., 27 août 2002, *Didier c/ France*, n°58188/00, Rec. 2002-VII ; De Vauplane H., Daigre J.-J., *Banque et Droit*, 2003, n°87, p. 30 ; Guidoni M., « La Conseil des marchés financiers et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue mensuelle du Conseil des marchés financiers*, 2003, n° 59, p.17 ; Pietrancosta A., « Conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de la procédure de sanction disciplinaire du Conseil des marchés financiers », *Revue de droit bancaire et financier*, 2003, n° 1, p.39.

⁷⁷⁸ Expression venant de l'adage anglais : « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* », qui traduit une exigence d'extériorisation de l'impartialité. En ce sens : Frison-Roche M.-A. : « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p. 53.

⁷⁷⁹ En ce sens, voir *supra* p. 120 et s.

⁷⁸⁰ Mitard E. : « L'impartialité administrative », précité, p. 478. Voir aussi : Quiriny B. : « Actualité du principe général d'impartialité administrative », précité, p. 375

⁷⁸¹ Mais le paradoxe n'est qu'apparent, puisque tout dépend du point de vue duquel on se place. En prenant l'exemple de la régulation, une décision objective d'un régulateur est celle qui est rendue par un régulateur respectant le principe de l'impartialité subjective. Le terme « subjective » dans l'expression « impartialité subjective » ne doit son existence que parce que le régulateur est le sujet de l'action qui consiste à rendre une décision « objective », et non pas parce qu'il rendrait une décision « subjective ».

Cependant, ces garanties, si elles sont formelles, ne sont pas pour autant inutiles. En effet, l'impartialité objective conditionne grandement les décisions prises. Par conséquent, l'impartialité objective conditionne l'impartialité subjective.

Pour résumer, l'impartialité *lato sensu* est composée de trois sortes de subdivisions. En premier lieu l'impartialité négative, qui est dénommée neutralité. En second lieu, l'impartialité positive, qui se décline en deux ensembles : d'une part l'impartialité objective et d'autre part l'impartialité subjective ou objectivité.

Dès lors, comment traduire juridiquement le concept de « dépolitisation de l'Etat » ? Sa matérialisation juridique semble résider, dans le principe d'impartialité. L'Etat, en tant que « clef de voûte du développement social »⁷⁸², qui permet de faire tenir ensemble ses éléments constitutifs et de définir un intérêt général qui surmonte et dépasse les intérêts catégoriels », se doit d'être impartial. La traduction du concept politique de « l'Etat dépolitisé » est donc, juridiquement un « Etat impartial ». Il se doit d'être impartial au sens large, sous ses trois aspects⁷⁸³.

Mais que se passe-t-il lorsque l'Etat ne présente pas les caractères de l'impartialité objective ? Lorsqu'il apparaît comme étant dans une situation de conflit d'intérêts, juge et partie ? C'est à ce stade qu'intervient la notion d' « espaces libres de contrôles ministériels ». L'administration ne peut agir, à la lumière de la conception de l'Etat de droit, que si elle affiche une certaine impartialité extérieure. Elle doit afficher sa « dépolitisation » car sa politisation rend son action douteuse. Cependant, la dépolitisation de l'Etat relève de l'utopie. En effet, dépolitiser l'Etat, c'est séparer le domaine politique du domaine de l'administration. Or, les tâches sont entremêlées. Comme le souligne le Professeur Chevallier : « il n'y a pas plus de décision politique pure qu'il n'y a de décision administrative pure ; de même que toute mesure administrative a une incidence politique, l'intervention administrative est requise pour la mise en oeuvre des choix politiques »⁷⁸⁴.

⁷⁸² Chevallier J. : « L'Etat régulateur », in Lombard M. (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, D., 2006, p. 32.

⁷⁸³ Or, l'Etat se doit parfois d'être neutre. Sur ce point, il adopte une certaine impartialité négative lorsque, par exemple, il se tient à l'écart du fait religieux (la section du rapport et des études du Conseil d'Etat le décrit ainsi : « Le principe de neutralité a toujours été regardé comme découlant de celui d'égalité, et de la nécessité d'assurer le respect de toutes les familles de convictions auxquelles peuvent appartenir les enfants fréquentant l'école », in Conseil d'Etat, Rapport public 1994, E.D.C.E., La Documentation française, p. 79). Cependant, le plus souvent, il se doit d'intervenir dans la vie de la collectivité, il doit alors respecter une impartialité positive. Son action, sous le contrôle du juge est dotée d'impartialité subjective. En effet, le juge vérifie que l'administration agit de manière objective, motivée par l'intérêt général.

⁷⁸⁴ Chevallier J., *Science administrative*, précité, p. 77.

Si l'administration est « intrinsèquement politique », comment trouver un espace libre de contrôles ministériels ? En imposant l'impartialité objective, celle qui se « donne à voir », d'une certaine forme d'administration. Il a fallu, pour satisfaire le principe d'impartialité objective, penser des institutions qui semblent dotées de garanties les faisant bénéficier d'une présomption d'impartialité⁷⁸⁵. Cette nouvelle forme d'administration, ayant les caractères de l'impartialité objective, ne pourra voir le jour que par le biais d'une certaine indépendance affichée, garantissant sa « dépolitisation ».

L'idée générale, soulignée aussi par les auteurs espagnols⁷⁸⁶ et italiens⁷⁸⁷, est donc d'aménager des espaces relativement libres de contrôles ministériels dans le but d'éloigner les autorités administratives, en charge de secteurs sensibles, de la lutte des partis. Cette idée implique un neutralisme politique – pris dans le sens de dépolitisation - de l'administration face au gouvernement, ce qui n'est pas facilité par la conception continentale de l'unité de l'exécutif, condition de l'unité de l'Etat, et de la subordination de l'administration au gouvernement.

3 Impartialité administrative et conception unitaire de l'Etat

En Europe continentale, la construction de la notion moderne de l'Etat a suivi le « modèle Napoléonien » unitaire et centralisé. Ce système administratif hiérarchisé et bureaucratique, systématisé par Max Weber⁷⁸⁸, est symbolisé par l'image bien connue de la pyramide, expliquée par le Professeur Frank Moderne en ces termes : « La subordination de l'administration au pouvoir politique y est assurée par une structure hiérarchisée rigoureuse, dont chaque échelon est contrôlé (ou peut l'être) par l'échelon supérieur. Les textes constitutionnels donnent le plus souvent une base solide à cette subordination »⁷⁸⁹. Même si les textes constitutionnels sont assez variés dans leur formulation, et permettent parfois une modulation de ce principe par une interprétation extensive, il est vrai que le modèle unitaire,

⁷⁸⁵ En ce sens, Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 275.

⁷⁸⁶ José Manuel Sala Arquer souligne l'unité du phénomène, qui a une origine commune, la nécessité d'organiser hors de la portée des considérations partisans certaines fonctions administratives sensibles. Sala Arquer J. M. : « *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes* », REDA, 1984, n° 42, p. 401.

⁷⁸⁷ Par exemple : Franchini C. : « *Le Autorità Amministrative Indipendenti* », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, numéro 3, 1988, p. 549.

⁷⁸⁸ Weber M., *Economie et Société*, Plon, 1971, Tome I.

⁷⁸⁹ Moderne F. : « Etude comparée », in Colliard C.-A., Timsit G. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, p. 205.

qualifié d'« espace administratif fermé »⁷⁹⁰ n'a pas facilité l'application du concept d'« exécutif politiquement neutralisé »⁷⁹¹.

Néanmoins, favorisées par un consensus politique, de multiples instances administratives qualifiées d'indépendantes, ou reconnues comme telles, ont vu le jour en Europe continentale. Elles peuvent être considérées comme « la manifestation la plus poussée et la plus actuelle du principe de séparation entre instances politiques et instances administratives »⁷⁹². De ce fait, elles illustrent parfaitement une « décentralisation fonctionnelle » comme le souligne l'ensemble de la doctrine espagnole⁷⁹³. Cette doctrine définit le terme de décentralisation fonctionnelle comme « un procédé de transformation organique à la recherche d'une meilleure gestion des services, créant pour ce faire des entités de nature instrumentale, sans base territoriale, sous des formes diverses de personnification, et soumises à un régime de relations externes de droit public ou de droit privé. Les relations entre l'entité mère, l'administration territoriale qui la crée, et l'entité instrumentale, sont dominées par un pouvoir de direction au bénéfice de la première »⁷⁹⁴. Cette définition, impliquant un lien de subordination entre l'administration et l'entité instrumentale, est vivement critiquée par une partie de la doctrine qui considère qu'il n'y a une authentique décentralisation fonctionnelle que lorsque il existe une autonomie réelle⁷⁹⁵. Ainsi, en considérant, au sens de la doctrine espagnole, que la décentralisation fonctionnelle implique une autonomie réelle, les A.A.I. s'avèrent être la forme la plus achevée de ce type de décentralisation.

L'apparition de ce nouveau type d'entité administrative en France a aussi suscité une certaine controverse. Certains y ont vu un nouveau modèle de « type polycentrique »

⁷⁹⁰ Moderne F. : « Etude comparée », in Colliard C.-A., Timsit G. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, précité, p. 205. Franck Moderne qualifie d'« espace administratif ouvert » les administrations anglo-saxonnes qui, pour des raisons constitutionnelles ou de pratique politique laissent des espaces administratifs suffisants pour permettre l'apparition et le maintien d'institutions indépendantes telles que les A.A.I. Par opposition, il désigne les « espaces administratifs fermés » qui correspondent aux administrations des Etats d'Europe continentale, et sont caractérisés par la subordination de l'administration au pouvoir politique dans une structure hiérarchisée rigoureuse dont chaque échelon est contrôlé par l'échelon supérieur. Enfin, il précise qu'un espace n'est jamais complètement ouvert ou complètement fermé, sauf les régimes dictatoriaux qui ne s'accroissent pas de l'indépendance. Voir p. 191 à 204.

⁷⁹¹ Voir Fichtmüller C. P. : « *Zulässigkeit ministerial freien Raums in der Bundesverwaltung* », précité, p. 297.

⁷⁹² Longobardi N. : « Autorités Administratives Indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique », *R.F.D.A.*, 11 (1) janvier-février 1995, p. 171 ; *R.F.D.A.*, 11 (2) mars-avril 1995, p. 383.

⁷⁹³ Par exemple García Llovet E. : « *Las Autoridades Administrativas Independientes y el Estado de derecho* », précité, p. 61; Pomed Sánchez L.-A. : « *Fundamento y naturaleza Jurídica de las administraciones independientes* », précité, p. 117.

⁷⁹⁴ Cité par García Llovet E. : « *Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho* », précité, p. 64.

⁷⁹⁵ Pour une critique de cette position : García Llovet E. : « *Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho* », précité, p. 61 et s.

caractérisé par « des structures placées hors hiérarchie, échappant à tout pouvoir d'instruction et de contrôle et disposant d'une liberté d'action juridiquement garantie »⁷⁹⁶. Cette position des A.A.I., dans la structure institutionnelle de l'Etat, tendrait à relativiser le principe unitaire assuré par deux types de liens organiques, que sont la hiérarchie et la tutelle. Néanmoins, cette position est contestée, entre autres, par le Professeur Paul Sabourin, qui ne voit pas de nouvelle notion d'autorité administrative indépendante, mais plutôt des degrés d'indépendance, qui ne les éloignent pas de la catégorie classique connue des autorités administratives. Il conteste aussi l'idée d'administration de « type polycentrique »⁷⁹⁷.

La doctrine administrative française place les autorités administratives indépendantes dans un « processus de démembrement du pouvoir central et, par là même de l'Etat »⁷⁹⁸. Le Professeur René Chapus les présente comme « n'appartenant pas à la hiérarchie des administrations centrales aboutissant aux ministres »⁷⁹⁹. Les autorités administratives indépendantes ne sont pas des organes déconcentrés ni des organes décentralisés, selon le Professeur René Chapus, en ce sens « qu'elles ne sont soumises ni au pouvoir d'un supérieur hiérarchique, ni au contrôle d'une autorité de tutelle »⁸⁰⁰. De ce fait, cette partie de la doctrine place les A.A.I. hors des structures issues d'une décentralisation fonctionnelle⁸⁰¹ ou décentralisation par services. En sens contraire, le Professeur Jean Waline définit la décentralisation comme le fait de « retirer un certain pouvoir de décision à l'autorité centrale pour les remettre à des autorités indépendantes du pouvoir central »⁸⁰². Dans cette optique, qui se rapproche de la définition espagnole, les A.A.I. peuvent faire figure d'exemple de décentralisation fonctionnelle. Cependant le même auteur classe, lui aussi, les A.A.I. dans un procédé de démembrement de l'Etat central⁸⁰³. La doctrine constitutionnaliste, est sur les mêmes positions⁸⁰⁴.

⁷⁹⁶ Chevallier J. : « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », précité.

⁷⁹⁷ Sabourin P. : « Les Autorités Administratives Indépendantes, une catégorie nouvelle », précité, p. 275.

⁷⁹⁸ Chapus R., *Droit administratif général*, Tome I, 15^{ème} édition, 2001, Montchrestien, n° 293. Dans le même sens, Frier P.-L., Petit J., *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, 2006, Montchrestien, n° 211.

⁷⁹⁹ Chapus R., *Droit administratif général*, précité, n° 293.

⁸⁰⁰ Chapus R., *Droit administratif général*, précité, n° 535. Dans le même sens : Frier P.-L., Petit J., *Précis de droit administratif*, précité, n° 211.

⁸⁰¹ La notion de décentralisation est définie en France comme : « le fait de conférer à une entité la personnalité morale, en rompant le lien hiérarchique entre elle et l'Etat central au profit d'un simple contrôle, d'une simple surveillance », in Frier P.-L., Petit J., *Précis de droit administratif*, précité, n° 162.

⁸⁰² Waline J., *Droit administratif*, 22^{ème} édition, 2008, p. 38.

⁸⁰³ Waline J., *Droit administratif*, précité, p. 70. Dans le même sens : Gaudemet Y., *Droit administratif*, 18^{ème} édition, L.G.D.J., 2005, p. 37.

⁸⁰⁴ Hamon F., Troper M., *Droit constitutionnel*, 28^{ème} édition, L.G.D.J., 2003, p. 145. De même Favoreu L. : *Droit Constitutionnel*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2002, p. 523, qui s'appuie sur le fait que le Conseil Constitutionnel ait classé les A.A.I. dans les « administrations de l'Etat ».

Ainsi, en considérant, comme le fait le Professeur Cornu, que la décentralisation est un « mode d'organisation des structures de l'administration dans lequel, la personnalité juridique ayant été reconnue à des communautés d'intérêts ou à des activités de service public, le pouvoir de décision est exercé par des organes propres à ces personnes agissant librement sous un contrôle de simple légalité », alors les A.A.I. disposant de la personnalité juridique seraient issues d'un procédé de décentralisation fonctionnelle. A défaut, les autres, et la plupart en France, relèveraient d'un démembrement de l'administration de l'Etat central au sens de : « (...) organismes intermédiaires créés par l'administration en marge de ses structures propres en vue de remplir certaines missions incombant normalement à un ministère (...) »⁸⁰⁵. Mais cette définition ne convient pas non plus dans la mesure où les A.A.I. ne sont pas créées par l'administration. Dès lors, plutôt que d'essayer de faire rentrer les A.A.I. dans des définitions juridiques pré-établies, il faut accepter la réalité de leur insertion dans l'ordre juridique et relever les difficultés conceptuelles de ce phénomène *sui generis*.

Admettre la réalité de l'indépendance des A.A.I., c'est aussi « mettre en cause les fondements de la construction de l'administration, et, au-delà, de la conception même de l'Etat »⁸⁰⁶. En effet, la contradiction même de la dénomination A.A.I., révèle le paradoxe qui peut se résumer par le syllogisme suivant : sachant que l'administration est, dans les pays concernés, nécessairement soumise au gouvernement, sachant ensuite que ces autorités sont *a priori* administratives, alors, elles ne peuvent être indépendantes du gouvernement. Une des trois données de ce syllogisme est nécessairement fautive, ou à relativiser, pour pouvoir envisager une introduction non conflictuelle des A.A.I. dans le modèle continental d'administration publique. Par conséquent, trois hypothèses peuvent être envisagées : remettre en cause l'indépendance des A.A.I., nier leur caractère administratif, ou relativiser le principe d'unité de l'Etat et de subordination de l'administration au gouvernement.

B Une administration indépendante, « oxymore juridique »

Les deux premières hypothèses visent à concilier deux attributs antinomiques qui, tel un « oxymore juridique »⁸⁰⁷, font à la fois l'intérêt et la complexité de la notion d'A.A.I.

⁸⁰⁵ Cornu G., *Vocabulaire juridique*, précité. Mais la définition ne convient pas non plus dans la mesure où les A.A.I. ne sont pas créées par l'administration.

⁸⁰⁶ Chevallier J. : « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », précité.

⁸⁰⁷ Expression tirée de : Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, Tome I, p. 20.

La plus aisée serait de remettre en cause l'indépendance des A.A.I. Mais cette hypothèse va à l'encontre d'une réalité matérielle, l'ensemble des techniques juridiques garantissant l'indépendance des A.A.I. (collégialité de l'organe, nomination d'experts, système d'incompatibilités, mandat irrévocable par le pouvoir exécutif, mandat non renouvelable, principe d'interdiction faite au gouvernement de leur adresser des directives ou instructions⁸⁰⁸). De même cette négation irait à l'encontre de la volonté du législateur, qui, dans ses travaux préparatoires et dans sa formulation même, impose cette indépendance⁸⁰⁹. Enfin, il sera démontré que l'indépendance est le seul moyen d'arriver à garantir et surtout à afficher l'impartialité de l'autorité, qui est sa raison d'être. S'il est impossible de nier l'indépendance, car cela impliquerait la négation de l'impartialité, il sera quand même envisageable de relativiser ses caractères⁸¹⁰.

La deuxième hypothèse serait de nier le caractère administratif des A.A.I. Il est vrai que la détermination de la nature administrative des A.A.I. relève d'un raisonnement déductif, élaboré pour la première fois par le Commissaire du gouvernement Franc à propos du Médiateur⁸¹¹. Partant du principe admis de la trilogie des pouvoirs, l'action de ces autorités ne s'inscrit pas dans la sphère du judiciaire et ne participe pas non plus à l'exercice de la fonction législative, elles sont alors nécessairement administratives. Nier ce caractère administratif reviendrait à remettre en cause le principe de la séparation tripartite des pouvoirs, voire même à admettre qu'à côté de l'autorité judiciaire, il existerait une nouvelle autorité que certains ont qualifié de régulatrice⁸¹².

Cette dernière idée est portée par une certaine partie de la doctrine⁸¹³. Elle se base sur un raisonnement déductif en plusieurs temps. Tout d'abord, la première question qui se pose

⁸⁰⁸ Voir *infra* p. 278 et s.

⁸⁰⁹ Le législateur a bien qualifié, pour la première fois, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), d'« autorité administrative indépendante ». Article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (J.O.R.F. du 7 janvier 1978, p. 227).

⁸¹⁰ Sur ce point, voir *infra* p. 440 et s.

⁸¹¹ Conclusions sur :C.E., Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, n° 05130, Rec. p. 303, concl. Franc M., *R.D.P.*, 1981, p. 1441 ; Auby J.-M., *R.D.P.*, 1981, p.1687 ; Rials S., *R.A.*, N° 203, p. 493 ; Tiberghien F. et Lasserre B., *A.J.D.A.*, 1981, p. 486. Voir aussi : Y. Gaudemet : « Le médiateur est-il une autorité administrative ? », in *Service public et libertés*, Mélanges offerts au Professeur Charlier, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 117 ; G. Braibant : « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés*, Mélanges offerts au Professeur Charlier, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 703.

⁸¹² Comme le souligne Gérard Marcou, les autorités de régulation n'existent comme catégorie juridique dans aucun pays, et ces entités appartiennent toutes à des catégories juridiques préexistantes, Marcou G. : « La notion juridique de régulation », *A.J.D.A.*, 20 février 2006, p. 351.

⁸¹³ Notamment : Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 153. De même, Autin J.-L. : « Les Autorités de Régulation : Autorités Administratives Indépendantes ? », in *Environnements*, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Philippe Colson, P.U.G., 2004, p. 440. Il convient aussi de noter que le Conseil Constitutionnel a dénommé certaines A.A.I. « instances de régulation », dans : décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989. Considérant n° 2.

est la suivante : les institutions telles la Commission des opérations boursières (COB)⁸¹⁴, le Conseil de la concurrence⁸¹⁵, le Médiateur de la République⁸¹⁶, ou plus récemment l'Autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.)⁸¹⁷ et la Commission de régulation de l'énergie (CRE)⁸¹⁸, sont-elles des « autorités administratives »⁸¹⁹ ?

1 Le caractère administratif des A.A.I.

Pour démontrer ce premier point, il faut repartir du raisonnement le plus cartésien, amenant à la qualification d'autorité administrative. Elaboré par Guy Braibant⁸²⁰ et repris par le Commissaire du Gouvernement Franc dans ses conclusions sur l'arrêt *Retail*⁸²¹, ce raisonnement repose sur un syllogisme : il n'existe en droit public que trois catégories de pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire), or, le Médiateur ne relève ni du pouvoir législatif, ni de l'autorité judiciaire, donc il fait partie de l'ordre exécutif. La majeure de ce syllogisme a été très fortement critiquée, voire qualifiée de simpliste⁸²².

En ce qui concerne la déduction logique, le raisonnement tenant au caractère administratif du Médiateur repose principalement sur deux éléments. Le premier est organique : les autorités administratives indépendantes sont nommées par le pouvoir exécutif, elles en font donc partie. A cet argument, il est possible de rétorquer que certains membres du Conseil Constitutionnel sont aussi nommés par le pouvoir exécutif, ce qui n'en fait pas pour autant un organe exécutif. De même, les Magistrats sont nommés par le pouvoir exécutif et ils

⁸¹⁴ Commission des Opérations Boursières, créée par l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse (J.O.R.F., du 29 septembre 1967, p. 9589) et qualifiée explicitement d'A.A.I. par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières (J.O.R.F. n° 154 du 4 juillet 1996, p. 10063).

⁸¹⁵ Conseil de la concurrence, créé par l'ordonnance 86-1243, du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence (J.O.R.F., 9 décembre 1986, p. 14773).

⁸¹⁶ Médiateur de la République, créé par la loi n° 73-6, du 3 janvier 1973, instituant un Médiateur (J.O.R.F. du 4 janvier 1973, p. 164).

⁸¹⁷ Autorité de Régulation des Télécommunications, créée par la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications (J.O.R.F. n° 174 du 27 juillet 1996 page 11384).

⁸¹⁸ Commission de régulation de l'électricité, créée par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F. n° 35 du 11 février 2000, p. 2143) et transformée en Commission de régulation de l'énergie par l'article 13 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (J.O.R.F. n° 3 du 4 janvier 2003, p. 265).

⁸¹⁹ Sur cette notion : Sabourin P., *Recherche sur la notion d'autorité administrative en droit français*, thèse, Bibliothèque de droit public, tome 69, L.G.D.J., 1966.

⁸²⁰ Braibant G., Rapport présenté au VIII^{ème} colloque juridique franco-britannique de la Société de législation comparée, *A.J.D.A.*, 1977, p. 233.

⁸²¹ CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, précité.

⁸²² Drago R.: « Le Conseil de la Concurrence », *J.C.P. G.*, n° 42, I, 3300.

ne constituent pas non plus une branche de l'exécutif⁸²³. Par conséquent, « la nomination par le Gouvernement n'est pas un signe, dès lors que le Gouvernement ne peut mettre fin aux fonctions »⁸²⁴.

Le deuxième élément est finaliste. Il fallait, à l'époque, déterminer si le juge administratif était compétent pour connaître d'un recours formé contre un acte du Médiateur. En qualifiant ces autorités d'administratives, elles ne pouvaient dépendre au contentieux que du juge administratif. En effet, celui-ci « statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives »⁸²⁵. Cette solution a poussé le Conseil d'Etat, à l'occasion de l'arrêt *Retail*, à qualifier le Médiateur d'autorité administrative. Cependant, depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 23 janvier 1987, rendue à propos du Conseil de la Concurrence, le problème n'est plus d'actualité⁸²⁶. En effet, il est désormais possible pour le législateur, dans le souci d'une bonne administration de la justice, de confier des « blocs de compétence » aux autorités judiciaires. Cette solution s'est imposée, par la suite à d'autres organismes comme la COB, l' A.R.T. ou la C.R.E.⁸²⁷. Par conséquent, l'argument contentieux qui poussait à qualifier ce type d'autorités d'administratives pour en déduire la compétence du juge administratif n'a plus lieu d'être.

Il ressort de ces deux considérations que les principaux éléments poussant à qualifier ces autorités d'administratives n'ont plus de poids. Se pose alors la question suivante : si ces autorités ne sont pas administratives, que sont-elles ?

⁸²³ Gaudemet Y. : « Le médiateur est-il une autorité administrative ? », in *Service public et libertés*, Mélanges offerts au Professeur Charlier, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, spéc. p. 124.

⁸²⁴ Drago R. : « Le Conseil de la Concurrence », *J.C.P. G.*, n° 42, I, 3300.

⁸²⁵ Article 32 de l'ordonnance 45-1708 du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat (J.O.R.F., du 1^{er} août 1945 p. 4770). Voir les Conclusions Franc sur CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, précité citant explicitement cet article, *R.D.P.*, 1981, p. 1447.

⁸²⁶ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, G.D.C.C., 14^{ème} édition, 2007, n° 38, p. 627 ; Avril P. et Gicquel J., *Pouvoirs*, 1987 (42), p. 170 ; Chevallier J., *A.J.D.A.*, 1987, p. 345 ; Favoreu L., « Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle », *R.F.D.A.*, 1987, p. 301, *R.D.P.*, 1989, p. 482 ; Gaudemet Y., *R.D.P.*, 1987, p. 1341 ; Genevois B., « Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », *R.F.D.A.*, 1987, p. 287, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, p. 600 ; Luchaire F., *D*, 1988, p. 117 ; Sorel J-M., « De l'administratif au judiciaire », *R.A.*, 1988, p. 29. La loi en question avait unifié, sous l'autorité de la Cour de Cassation, l'ensemble du contentieux relatif aux décisions du Conseil de la concurrence. Le Conseil a décidé que « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle (...) cependant (...) il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »

⁸²⁷ Sur ce point, voir *infra* p. 479 et s.

2 L'hypothèse de l'autorité de régulation

A ce stade, une distinction doit être faite : comme le soulignait déjà en 1987 le Professeur Drago⁸²⁸, deux catégories d'autorités peuvent être distinguées. D'une part, les autorités qui « s'intègrent à la hiérarchie administrative, même si elles interviennent de façon indépendante, de sorte que, finalement, c'est le Gouvernement qui prend la décision. Tel est le cas, avec des nuances, de la Commission des sondages, de la Commission Nationale pour l'Informatique est les Libertés, de la Commission d'accès aux documents administratifs et, bien entendu, de l'ancienne commission de la concurrence ». Par opposition, d'autres organismes sont complètement déconnectés de la hiérarchie administrative, « Il s'agit du Médiateur, de la Commission des opérations de Bourse, de la Commission Nationale pour la communication et les libertés et du Conseil de la Concurrence ». Le Professeur Jean-Louis Autin fait aussi une distinction entre les autorités qu'il qualifie d'administratives et celles qu'il qualifie de « régulatrices ». En effet, selon lui, « il est sans doute inopportun d'apposer le qualificatif d'administratif à des autorités dont la mission est précisément entendue dans un sens innovant »⁸²⁹. Effectivement, il faut faire ici une distinction que le souci de cohérence et de simplicité dans la fabrique des systèmes administratifs ne pousse pas à réaliser. D'un côté, les autorités de régulation indépendantes, de l'autre, par déduction, les autorités administratives indépendantes qui ne bénéficieront pas des mêmes attributs, mais qui auront quand même un certain degré d'indépendance vis-à-vis de l'organisation ministérielle.

Il existerait donc un sous-ensemble que sont les autorités de régulation indépendantes. Quelles sont leurs particularités ? Elles ont en charge une fonction nouvelle, la régulation des marchés instables⁸³⁰, et des fonctions appropriées qui empruntent aux pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel. Le Professeur Autin l'illustre très clairement : « les autorités administratives habituelles disposent, selon le cas, d'un pouvoir réglementaire et / ou de l'aptitude à prendre des mesures individuelles. Or, précisément la panoplie des moyens d'action des autorités de régulation dépasse largement ce cadre classique et leurs attributions s'inscrivent en transversale des "trois pouvoirs constitués" »⁸³¹. Il est vrai que l'existence même de ces autorités de régulation repose sur le fait que les organes traditionnels de l'Etat,

⁸²⁸ Drago R.: « Le Conseil de la Concurrence », précité.

⁸²⁹ Autin J.-L. : « Les autorités de régulation, autorités administratives indépendantes ? », in *Environnements*, Mélanges en l'honneur du Professeur J.-P. Colson, précité, p. 444.

⁸³⁰ Voir définition téléologique de la régulation, *supra* p. 4 et s.

⁸³¹ Autin J.-L. : « Les autorités de régulation, autorités administratives indépendantes ? », in *Environnements*, Mélanges en l'honneur du Professeur J.-P. Colson, précité, p. 444.

dans le cadre classique de leurs fonctions, n'ont pas été à même d'évoluer et de s'adapter pour mener à bien cette nouvelle fonction qu'est la régulation. Reconnaître l'existence d'autorités de régulation indépendantes, c'est en même temps admettre l'incapacité des structures traditionnelles de l'Etat à s'adapter aux changements économiques, tels la libéralisation et la mondialisation des échanges.

Il existerait, par conséquent une catégorie appelée « autorités de régulation indépendantes », en marge des pouvoirs constitués⁸³². Faut-il en conclure l'existence d'un quatrième pouvoir ?⁸³³

3 L'hypothèse d'un quatrième pouvoir ?

La notion de quatrième pouvoir a une connotation relativement péjorative. Elle a, en effet, souvent été évoquée pour décrire de manière abusive et informelle le pouvoir de la presse sur les institutions publiques. Mais ce concept a aussi été utilisé pour décrire le pouvoir des agences aux Etats-Unis⁸³⁴. Le débat est le suivant : reconnaître l'existence de fait d'un quatrième pouvoir revient à nier la conception tripartite des pouvoirs⁸³⁵, ancree dans la conception de l'Etat, notamment depuis sa conceptualisation dans « L'Esprit des lois »⁸³⁶.

⁸³² Cette hypothèse ne va pas dans le sens des catégories juridiques reconnues par le droit positif. En effet, comme le souligne Gérard Marcou, « l'expression "autorité de régulation" que l'on emploie ici par commodité et qui figure dans un grand nombre de textes de loi ne correspond dans aucun pays européen à une catégorie juridique définie. Les autorités qui méritent cette appellation ou la tiennent de la loi appartiennent à une catégorie juridique plus large admise par le droit national et dont dérivent les traits essentiels du régime juridique applicable. Tel est le cas de la notion d'autorité administrative indépendante, qui s'est imposée en droit français », Marcou G. : « Régulation et service public, les enseignements du droit comparé », in Marcou G., Moderne F., (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, tome I, Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 40.

⁸³³ Il serait aussi possible, comme le propose Alain Seban, de « prendre acte de ce qu'il existe des autorités qui ne sont pas des pouvoirs. Encore faut-il clarifier la source de leur légitimité » : Seban A. : « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : « Droit de la régulation : questions d'actualité », Rencontres petites affiches, 6 février 2002, *L.P.A.* n°110, 3 juin 2002, p. 64.

⁸³⁴ La première critique générale du système des agences fut émise par une commission présidentielle chargée de rendre un rapport sur la place des agences dans le gouvernement fédéral. Ce rapport de 1937, mieux connu sous le nom de « Rapport Bronlow », en arrivait au constat que les agences, par leur nombre croissant ainsi que leurs pouvoirs, devenaient un « quatrième pouvoir "sans tête" dans l'Etat, composé d'une collection hétéroclite d'agences irresponsables et de pouvoirs incontrôlés » (*The President's Committee on Administrative Management, Report of the Committee with Studies on Administrative Management in the Federal Government. Submitted to the President and the Congress in accordance with Public Law n° 739, 74th Congress, 2nd session.* Washington, United States Government printing office, 1937, Pp.xiv, 382). Voir *supra* p. 74 et s. L'idée d'un quatrième pouvoir a été reprise ensuite dans un article resté célèbre: Strauss P. L. : « *The place of agencies in Government : separation of powers and the fourth branch* », *Columbia Law Review*, vol. 84, avril 1984, n° 3, p. 573.

⁸³⁵ Sur la question du nombre de pouvoirs, Carré de Malberg R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, Sirey, 1920, p. 749.

⁸³⁶ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre 6.

Cette pensée, relayée par Carré de Malberg⁸³⁷, se traduit comme suit : « le trait essentiel de cette doctrine (...) consiste en ce que Montesquieu décompose et sectionne la puissance de l'Etat en trois pouvoirs principaux susceptibles d'être attribués séparément à trois sortes de titulaires constituant eux-mêmes, dans l'Etat, les trois autorités primordiales et indépendantes »⁸³⁸. La lettre de « L'Esprit des lois » est la suivante : « Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil (...). On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutive de l'Etat »⁸³⁹.

Cependant, cette conception tripartite des pouvoirs a été maintes fois remise en cause par la doctrine, sans cependant aucune véritable issue textuelle. Par exemple, comme l'a démontré Charles Eisenmann, Montesquieu ne consacre ni l'existence organique de « trois grands pouvoirs juxtaposés et égaux », comme le pensait Carré de Malberg, pas plus qu'il ne confie ces trois fonctions, chacune exclusivement, à trois organes indépendants⁸⁴⁰. Selon lui cette « interprétation juriste »⁸⁴¹ du XXème siècle ne correspond aucunement à celle de Montesquieu dans le chapitre 6 du Livre XI de « L'Esprit des Lois ».

Sans nier sa réalité historique, mais en exprimant sa désuétude, le Professeur Costa, qui à l'époque n'était pas contre la classification du Médiateur comme autorité administrative, relève aussi « qu'on pourrait se poser la question de savoir si la classification du Baron de La Brède suffit encore à décrire l'ensemble des catégories de notre droit public »⁸⁴². Le Doyen Auby, quant à lui, n'en était plus à se poser la question puisqu'à propos de la décision *Retail*,

⁸³⁷ Cependant, Carré de Malberg pensait que : « il est nécessaire aussi au point de vue juridique de distinguer, d'avec le pouvoir qui est un, d'une part les fonctions du pouvoir qui sont multiples, et d'autre part les organes du pouvoir qui peuvent être multiples pareillement. Les fonctions du pouvoir, ce sont les formes diverses sous lesquelles se manifeste l'activité dominante de l'Etat », Carré de Malberg R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, précité, p. 259.

⁸³⁸ Carré de Malberg R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, précité, p. 20.

⁸³⁹ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre 6.

⁸⁴⁰ Eisenmann C. : « *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs* », Mélanges Carré de Malberg, Paris, 1930, p. 190. Dans le même sens : Rials S. : « Ch. Eisenmann, historien des idées politiques ou théoricien de l'Etat ? » in Amselek P. (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, p. 103, spéc. p. 112.

⁸⁴¹ Charles Eisenmann oppose l'« interprétation juriste du XXème siècle » à l'« interprétation politique du XIXème siècle ». L'« interprétation juriste du XXème siècle » est une interprétation séparatiste qui place au centre de la réflexion de Montesquieu le thème de la « séparation des pouvoirs ». Cette interprétation consiste à distribuer les trois pouvoirs étatiques entre trois organes absolument distincts, ce qui, selon lui est erroné. Il donne plus de crédit à l'« interprétation politique du XIXème siècle » qui met en évidence deux principes primordiaux : il ne faut pas que deux des trois pouvoirs, et à plus forte raison les trois, soient remis à un seul organe ; le pouvoir souverain ne doit pas être remis à un organe simple, c'est-à-dire soit à un seul individu, soit à une assemblée unique. En ce sens : Rials S. : « Ch. Eisenmann, historien des idées politiques ou théoricien de l'Etat ? » in Amselek P. (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, précité, p. 111.

⁸⁴² Costa J.-P. : « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », *A.J.D.A.*, 20 mai 1987, p. 341, spéc. p. 342.

il notait que la théorie des trois pouvoirs « est considérée par beaucoup comme surannée »⁸⁴³. Le législateur ne pourrait-il pas la moderniser, s'évader de cette triade⁸⁴⁴ ?

Il est vrai que beaucoup d'institutions ne correspondent déjà plus à cette conception tripartite des pouvoirs. Comme le relève le Professeur Jean-Paul Costa, « retenons cependant l'analyse selon laquelle le Conseil Constitutionnel, organe régulateur, n'entre pas tout entier dans le moule étroit (et pourtant encore solide !) de la théorie de Montesquieu »⁸⁴⁵. Le Professeur Catherine Teitgen-Colly évoque quant à elle la prétendue trilogie des pouvoirs « battue en brèche par la multiplicité des organes constitués qui sont autant d'autorités constitutionnelles : Président de la République, gouvernement, Parlement, Conseil Constitutionnel, autorité judiciaire, Conseil supérieur de la Magistrature, etc... »⁸⁴⁶. De même, selon le Professeur Roland Drago, le Conseil de la concurrence, tout comme chacune des autres autorités indépendantes (par opposition aux autorités qu'il qualifie d'administratives), « constitue par elle-même un ordre juridique spécifique à l'intérieur de l'Etat »⁸⁴⁷. Sans aller jusque-là, n'est il pas possible de dire, dans la lignée des propos tenus par le Professeur Stéphane Rials⁸⁴⁸, que la réalité institutionnelle française n'est plus constituée de trois pouvoirs détenus par trois institutions au sens où le concevait Carré de Malberg, mais elle est plutôt « un agencement subtil de “pouvoirs” et d’“autorités” plus ou moins indépendantes » ? En effet, les autorités de régulation, nouvelles autorités aux côtés de l'autorité judiciaire, emprunteraient aux trois « pouvoirs » une partie de leurs modalités⁸⁴⁹ sans pour autant constituer un nouveau « pouvoir ».

Si cette considération a le mérite de refléter la réalité institutionnelle, elle ne résout pas le dernier problème, qui n'est pas théorique mais bien constitutionnel : la séparation des pouvoirs. En effet, la séparation des pouvoirs est garantie dans notre bloc de constitutionnalité à l'article 16 de la D.D.H.C. : « Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Le principe

⁸⁴³ Auby J.-M., note sous CE, 10 juillet 1981, *Retail*, précitée, p. 1691. Costa J.-P.: « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », précité, p. 343.

⁸⁴⁴ *Ibid.*

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », précité, p. 166.

⁸⁴⁷ Drago R.: « Le Conseil de la Concurrence », précité.

⁸⁴⁸ Rials S. : « Ch. Eisenmann, historien des idées politiques ou théoricien de l'Etat ? », précité, p. 103.

⁸⁴⁹ En ce sens, les autorités de régulation disposent de pouvoirs quasi-législatifs, quasi-exécutifs et quasi-judiciaires.

même d'autorités de régulation disposant de pouvoirs quasi-législatifs⁸⁵⁰, quasi-exécutifs et quasi-judiciaires, apparaît en totale contradiction avec l'interprétation strictement séparatiste de ce que Montesquieu exprimait déjà dans « L'Esprit des lois » : « Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps (...) exerçaient ces trois pouvoirs »⁸⁵¹. Cette problématique, que les américains ont eu à surpasser un demi-siècle plus tôt, apparaît en Europe continentale⁸⁵².

Cependant, comme évoqué précédemment, Charles Eisenmann s'est employé à démontrer que l'interprétation strictement séparatiste diffère de la pensée de Montesquieu. Selon lui, à l'inverse de cette interprétation, la pensée de Montesquieu « n'implique en effet nullement qu'un « organe » ne puisse participer à plusieurs « pouvoirs » (entendons « fonctions ») à la fois ; elle exige simplement qu'un organe ne puisse exercer le « cumul de deux pouvoirs pris en bloc, dans leur totalité »⁸⁵³. Or, les Autorités de Régulation disposant de quasi-pouvoirs, qui plus est dans un domaine restreint, et non pas de « pouvoirs pris en bloc, dans leur totalité », une lecture souple de la séparation des pouvoirs, au sens de Charles Eisenmann, comme de Michel Troper⁸⁵⁴, paraît faire rentrer ces nouvelles autorités dans le jalons constitutionnels. Mais s'il est possible de concilier la séparation des pouvoirs avec les autorités de régulation, celles-ci mettent quand même à mal le principe d'unité de l'administration.

C La relativisation de l'unité et de la subordination de l'administration

La troisième et dernière hypothèse amène la négation ou la relativisation du principe d'unité et de subordination de l'administration. Ce principe constitutionnel est inscrit à l'article 20 paragraphe 2 de la Constitution française de 1958⁸⁵⁵. Dans le cadre du Titre III

⁸⁵⁰ Les pouvoirs quasi-législatifs s'entendent de la capacité d'adopter des actes de portée générale et impersonnelle, tout comme celle d'édicter des actes incitatifs qui se révèlent, dans les faits, d'une portée contraignante.

⁸⁵¹ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre 6.

⁸⁵² Voir *supra* p. 66 et s., 73 et s.

⁸⁵³ Propos recueillis dans : Rials S. : « Charles Eisenmann, historien des idées politiques ou théoricien de l'Etat ? », précité, p. 111.

⁸⁵⁴ Troper M. : « L'interprétation de l'article 16 » in « La déclaration de 1789 », *Revue Droits*, 1988, p. 121.

⁸⁵⁵ La remarque vaut aussi pour la Constitution espagnole de 1978 qui dispose dans son Titre IV, article 97 : « *El gobierno dirige la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la constitución y las leyes* »; Traduction libre : « Le Gouvernement dirige la politique intérieure et extérieure, l'administration civile et militaire et la défense de l'Etat. Il exerce le pouvoir exécutif et celui de réglementer conformément à la Constitution et aux lois ». Pour les constitutions allemande et italienne, la formule est différente. Ceci n'empêche pas la doctrine d'estimer que l'indépendance contrevient au principe de responsabilité ministérielle inscrit dans la Constitution (Della Cananea G. : « La réglementation des services publics en Italie », *RISA*, vol. 68, 1/2002, p. 99),

abordant le thème du gouvernement, ce paragraphe indique : « Il dispose de l'administration et de la force armée ». Cette disposition impliquant que le gouvernement dispose de l'administration, vue dans un sens littéral, exclut toute indépendance d'une administration face au gouvernement. Il serait possible de proposer, comme le soulignent les Professeurs Catherine Teitgen-Colly⁸⁵⁶ ou Rafael Jiménez Asensio⁸⁵⁷ pour la doctrine espagnole, une lecture plus souple de cet article, mais ceci risquerait alors de le vider de son contenu. La solution proposée par le Professeur Catherine Teitgen-Colly ramène à la problématique précédente : « ne convient-il pas alors d'écarter toute nature administrative pour ces instances et de s'incliner devant l'indépendance voulue par le législateur et garantie par les statuts qui leur ont été accordés ? ». Adopter cette position est séduisant, mais porte aussi la contradiction inhérente de briser le lien de légitimité qui unit tous les organes décisionnels. En effet, cette légitimité est matérialisée dans l'article 3 de la D.D.H.C. de 1789 : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». En vertu de ce principe, l'administration est subordonnée au gouvernement qui est responsable devant le Parlement élu au suffrage universel direct. L'absence du lien de subordination entre l'A.A.I. et le gouvernement méconnaîtrait gravement l'article 3 de la D.D.H.C. Il faudrait alors envisager un nouveau lien de responsabilité. Il ne peut être envisagé qu'entre le Parlement et les A.A.I.⁸⁵⁸. En effet, si un lien de responsabilité, au sens d'*accountability*⁸⁵⁹, est établi entre le Parlement et les A.A.I., ces autorités s'insèrent alors convenablement dans le système institutionnel. Cette nouvelle conception de l'équilibre des pouvoirs se rapproche alors plus du système de « *Checks and Balances* » aux Etats-Unis.

Il est par conséquent possible de considérer que la réalité sociale impose de revisiter la conception de l'équilibre des pouvoirs. En ce sens, il convient de rejoindre la pensée évolutive du Professeur Alberto Predieri : « Une chose est l'équilibre traditionnel des pouvoirs entre le gouvernement et le Parlement, entre le Parlement et le Tribunal Constitutionnel, mais une autre aussi est celle de l'équilibre entre le gouvernement et le marché, le gouvernement et les groupes sociaux, le Parlement et le marché. C'est cela aussi l'équilibre »⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », précité, p. 218. Pour une tentative de résolution, voir : Braibant G. : « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés*, Mélanges offerts au Professeur Charlier, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 703.

⁸⁵⁷ Jiménez Asensio R.: « *La dirección de la Administración pública como función del Gobierno* », *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 34, 1992, p. 85.

⁸⁵⁸ Voir *infra* p. 443 et s.

⁸⁵⁹ Voir *infra*, p. 439 et s.

⁸⁶⁰ Predieri A., *L'eromperre delle autorità amministrative indipendenti*, Florence, 1997, p. 27.

Outre le paradoxe inhérent à la nature même des A.A.I., il résulte que cette construction empirique est motivée par certaines raisons d'ordre politique, économique ou social qui ont conduit à ce que le Professeur Jacques Chevallier a qualifié d' « un des aspects les plus intéressants et les plus significatifs de l'évolution de l'administration française au cours des dernières années »⁸⁶¹.

§2 Les domaines soumis à l'indépendance

Les secteurs qui ont vu apparaître des A.A.I. sont des secteurs qualifiés de « sensibles ». Mais cette caractéristique est dénuée de tout fondement juridique. En effet, il serait possible de décrire un grand nombre de secteurs « sensibles » qui ne connaissent pas ce type d'institutions. La création des A.A.I. répond par conséquent à une demande contingente fondée sur des motifs assez variés qui peuvent être politiques, économiques ou sociaux.

Pour rendre compte de la réalité de l'apparition des A.A.I. en Europe, un classement arbitraire en trois ensembles peut être ébauché : il serait possible d'isoler les entités créées dans des domaines touchant aux libertés fondamentales, les entités créées dans des secteurs économiques⁸⁶² et les entités diverses, voire inclassables. Cependant, toute catégorisation irréprochable est vaine⁸⁶³, puisqu'elle dépend de ce que chaque pays considère comme répondant aux nécessités sociales d'une administration indépendante.

Sans entrer dans une énumération exhaustive, il convient d'évaluer la place que les A.A.I. ont prise dans les différents ordres juridiques concernés, dans les années 80. Certaines de ces institutions connaissent une nature controversée dans leur pays, leur indépendance est mise en doute ou elles sont considérées comme des autorités consultatives, elles ne seront donc pas toutes citées.

⁸⁶¹ Chevallier J. : « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », précité.

⁸⁶² Cette dichotomie est aussi arbitraire dans la mesure où tout ce qui est économique touche aussi aux libertés fondamentales, notamment le droit de propriété.

⁸⁶³ Le Conseil d'Etat Français dénombrant en 2001 34 A.A.I., les classe en fonction de leurs missions, dans les catégories suivantes : missions de médiation, de régulation, de protection des libertés publiques, de « garant » de l'impartialité de la puissance publique, d'évaluations pluridisciplinaires et d'expertise, et enfin les inclassables. Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 307.

A Une diversité de motifs politiques, économiques ou sociaux

Il est possible de dégager un ensemble de raisons politiques, économiques et sociales, qui ont favorisé l'émergence des autorités administratives indépendantes en Europe continentale.

La nécessité de protéger certains domaines d'activité sensibles de la lutte partisane, les abriter d'une idéologie trop marquée dans l'exercice du pouvoir font partie de ces raisons. De même, la « crise de l'Etat providence »⁸⁶⁴, générée par un excès d'interventionnisme étatique, implique un repli de l'Etat sur ses fonctions régaliennes⁸⁶⁵. L'Etat recherche de nouveaux titres de légitimation de l'action des pouvoirs publics. Il le réalisera grâce à une nouvelle méthode de décentralisation fonctionnelle à des A.A.I. qui aura le mérite de faire naître un consensus dans la grande majorité de la classe politique. Enfin, en Espagne, la prolifération des A.A.I. dans les années quatre-vingt s'explique aussi par la nécessité, dans laquelle se trouvait le gouvernement minoritaire de l'« *Unión de Centro Democrático* », de bénéficier d'un accord de principe pour réguler certains secteurs d'intervention publique spécialement sensibles. Les A.A.I. sont donc aussi un moyen terme politique entre une déréglementation⁸⁶⁶ non maîtrisée et un interventionnisme étatique qui n'est plus justifié.

Cette dernière réflexion amène à prendre en considération les raisons économiques qui ont présidé au choix porté sur les A.A.I. Depuis les années 80, se dégage une certaine pression libéralisatrice de l'interventionnisme public dans l'économie de marché. Les A.A.I. révéleraient donc une « nouvelle attitude de l'Etat dans l'économie »⁸⁶⁷. Cette évolution aurait probablement trouvé les faveurs de John Maynard Keynes⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ Hubrecht H. G., *Droit Public économique*, Cours, Dalloz, 1997, p. 42.

⁸⁶⁵ En ce sens: Rallo Lombarte A., *La constitucionalidad de las administraciones independientes, Temas claves de la Constitución Española*, Tecnos, 2002, p. 56.

⁸⁶⁶ « On appelle "déréglementation" l'ensemble des mesures ayant pour objet de diminuer le volume et le poids des normes réglementaires. La diminution peut être quantitative, sans que la décroissance des normes signifie un relâchement étatique ou juridique. Elle peut aussi être qualitative et toucher alors la place des institutions publiques et du droit dans les relations sociales, en particulier économiques. Elle peut avoir un objet économique seulement, et toucher le secteur de la liberté d'entreprendre et redonnant le soin de réguler son jeu aux agents économiques privés. Elle peut être plus large. Mais elle n'exclut automatiquement, ni dans un cas ni dans l'autre, la réglementation. La déréglementation ne signifie pas alors la fin de la réglementation. Elle n'est qu'une notion relative, pour deux raisons : d'abord, elle ne peut être que progressive. En second lieu, elle ne peut être que partielle », Linotte D., Romi R. : *Services publics et droit public économique*, Litec, 4^{ème} éd., 2001, p. 308.

⁸⁶⁷ En ce sens : Longobardi N. : « Les Autorités Administratives Indépendantes, laboratoire d'un nouveau droit administratif », précité, p. 4.

⁸⁶⁸ Cité par Nino Longobardi : « Je crois qu'à l'avenir le gouvernement devra assumer de nombreuses responsabilités qu'il a évitées par le passé. Et il n'y aura besoin pour ce faire ni des ministres ni du Parlement.

Enfin, il convient de citer un ensemble de raisons sociales qui sont intimement liées aux précédentes. Elles tiennent notamment à la nécessité d'adapter l'action publique dans certains secteurs très évolutifs. L'action publique doit désormais rechercher plus d'efficacité, de rapidité, et de dynamisme dans la prise de décision⁸⁶⁹. Le Conseil d'Etat souligne ces éléments dans les titres de son rapport public : « Justifications avancées pour la création des A.A.I. existantes : garanties renforcées d'impartialité, de professionnalisme et d'efficacité de l'action de l'Etat.. En arrière plan, l'aspiration à une action publique plus attentive aux besoins de médiation et de transparence »⁸⁷⁰. Cette « nouvelle demande sociale » ne peut être satisfaite par les structures traditionnelles de l'administration. Il en est ainsi tout particulièrement dans deux domaines sensibles tels que celui touchant aux libertés fondamentales et le domaine économique.

B Domaines concernant des libertés fondamentales

Tout d'abord, dans certains domaines touchant aux libertés fondamentales, l'intervention directe de l'Etat est désormais jugée inopportune, les autorités créées en réaction ont des missions très diverses allant de la protection des personnes jusqu'à la protection du lien social, en passant par la protection des libertés publiques⁸⁷¹.

La première entité qui a pu être qualifiée d'A.A.I., dans le domaine de la protection des personnes est la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), en France. L'optique était, dès 1978 de réglementer l'informatique afin d'en atténuer les effets liberticides. L'article premier de la Loi de 1978⁸⁷² précisait, dès l'origine, que l'informatique « ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni

Nous devons décentraliser et assigner des responsabilités, partout où ce sera possible, et en particulier instituer des centres semi-autonomes et des organismes administratifs auxquels confier des offices gouvernementaux anciens et nouveaux : sans toutefois porter atteinte au principe démocratique ou à la souveraineté ultime du Parlement (...) le progrès est dans le développement et la reconnaissance d'organes semi-autonomes dans l'Etat, organes dont le critère d'action dans leur ressort soit uniquement le bien public tel qu'ils le conçoivent, (...) des organes qui, dans le cours ordinaire des affaires, aient un maximum d'autonomie dans les limites prescrites, mais soient assujettis, en toute dernière instance, à la souveraineté de la démocratie telle qu'elle s'exprime dans le Parlement. ». Tiré de Keynes J. M., « *The end of laisser-faire* », Londres, 1926. Longobardi N. : « Les Autorités Administratives Indépendantes, laboratoire d'un nouveau droit administratif », précité, p. 8.

⁸⁶⁹ En ce sens : Gazier F. et Cannac Y. : « Etude sur les Autorités Administratives Indépendantes », in Etudes et Documents du Conseil d'Etat, n° 35, 1983-1984.

⁸⁷⁰ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 275, 277.

⁸⁷¹ Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche opte pour cette classification tripartite : Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, Tome II, p. 36.

⁸⁷² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (J.O.R.F., 7 janvier 1978, p. 227).

aux libertés individuelles ou publiques ». L'origine de la création de la CNIL tient à l'émotion suscitée par l'annonce que l'administration française s'apprêtait à autoriser l'interconnexion de tous les renseignements recueillis sur les administrés dans un « système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus ». La Commission Tricot nommée pour remédier à la crise causée par cette annonce, rendit un rapport qui suggéra la création, au sein de l'Etat d'une instance largement indépendante qui soit en quelque sorte l'organe de la conscience sociale face à l'emploi de l'informatique. C'est suite à un amendement du Sénateur Jacques Thyraud présenté au nom de la Commission des Lois du Sénat, que cette entité a pris le nom d'« autorité administrative indépendante »⁸⁷³ alors que l'Assemblée nationale proposait d'en faire un service du ministère de la justice. La tâche principale de la CNIL, dans le domaine de la protection des libertés personnelles, est de contrôler les applications de l'informatique aux traitements des informations nominatives, que les fichiers soient administratifs ou privés. Apparaît ici clairement la nécessité d'impartialité de l'organe par rapport à l'administration comme par rapport aux différentes pressions économiques. En Espagne, la « *Agencia de Protección de datos* » créée par la Loi de 1999 sur la protection des données personnelles⁸⁷⁴, veille de même à la protection des libertés publiques et des droits fondamentaux dans le traitement des données personnelles.

Qualifiée parfois après-coup d'A.A.I.⁸⁷⁵, la figure connue souvent sous le nom d'« *Ombudsman* » se retrouve dans les pays étudiés⁸⁷⁶. Née en 1809 en Suède, et appelée « Médiateur parlementaire »⁸⁷⁷, elle est formellement indépendante même si nommée et déléguée, à l'origine, par le Parlement suédois. Cette figure a connu un rayonnement considérable en Europe comme ailleurs⁸⁷⁸. Cependant, elle n'est pas toujours reconnue comme une A.A.I. En Espagne, par exemple, les liens étroits entre le Défenseur du peuple (*Defensor del pueblo*) et le Parlement en font une autorité *sui generis*. Elle est donc

⁸⁷³ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (J.O.R.F., 7 janvier 1978, p. 227). Voir : Chevallier J. : « Constitution et communication », *D.*, 1991, Chron. p. 247.

⁸⁷⁴ *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal ; Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos*

⁸⁷⁵ En France, à partir de 1978, date de la formulation légale de la notion d'A.A.I., certaines institutions ont été qualifiées après-coup, en ce sens. La doctrine a raisonné par analogie par exemple pour : la Commission des Opérations Boursières, le Médiateur de la République, et enfin la Commission des Sondages.

⁸⁷⁶ En France : Médiateur de la République Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur (J.O.R.F. du 4 janvier 1973, p. 164). En Italie : *Difensore civico*, Loi n° 341 du 22 juin 1971.

⁸⁷⁷ Traduction libre de : « *Riksdagens ombudsmän* ».

⁸⁷⁸ L'institution fut implantée d'abord en Finlande (1919), puis au Danemark (1953) et en Norvège (1962). Le Royaume-Uni l'adopte en 1967, et l'Espagne en 1978. Puis la diffusion se fera au Canada et en Amérique du Nord par l'influence anglaise et en Amérique du Sud, comme par exemple au Costa Rica par le biais de l'influence espagnole (Loi n° 7319 du 17 novembre 1992 créant la « *Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica* »). Voir : « Médiateurs et Ombudsmans », édité par l'Institut International d'Administration Publique, *R.F.A.P.*, n° 64, octobre – décembre 1992.

formellement exclue de la catégorie des A.A.I. Il s'agit d'ailleurs d'une autorité constitutionnelle prévue par l'article 54 de la Constitution de 1978. En France, le problème de cette relation privilégiée avec le Parlement, ainsi que celui de l'« absence des attributs habituellement reconnus comme caractéristiques des autorités administratives », a été soulevé par le Professeur Yves Gaudemet⁸⁷⁹. Le Conseil d'Etat français considère néanmoins que le Médiateur de la République est une A.A.I. par détermination jurisprudentielle. En effet, la Chambre du contentieux réunie en assemblée, dans un arrêt *Retail*, du 10 juillet 1981⁸⁸⁰, a qualifié le Médiateur de la République d'autorité administrative. Cette institution, qualifiée parfois de protectrice du lien social, reçoit et traite les réclamations concernant les relations entre l'administration et les particuliers. Il s'agit d'un rôle de conciliation exercé par un interlocuteur unique et connu de tous les administrés.

Les législateurs européens ont aussi, dans les années 80, ressenti le besoin de protéger le domaine de la presse, et notamment la liberté d'expression protégée par les textes fondamentaux⁸⁸¹, des intérêts politiques ou privés⁸⁸². Ils ont fait de même avec le secteur de l'audiovisuel⁸⁸³ et de la télévision publique⁸⁸⁴. Ces autorités administratives indépendantes protectrices des libertés publiques font souvent suite à des situations monopolistiques de l'Etat en matière de communication audiovisuelle ou de contrôle sur la presse. La situation a notablement changé. Cependant, la succession, en France des autorités garantes de la liberté d'expression tant radiophonique que télévisuelle, témoigne, au moins jusqu'en 1989, des difficultés et des résistances à une complète libéralisation des médias modernes⁸⁸⁵. La garantie de la liberté d'expression se conjugue aussi souvent avec de forts pouvoirs de contrôle des émissions pendant la durée des campagnes électorales. La protection contre la

⁸⁷⁹ Y. Gaudemet : « Le médiateur est-il une autorité administrative ? », in *Service public et libertés*, Mélanges offerts au Professeur Charlier, précité, p. 117. Voir aussi : Costa J.P. : « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », précité, p. 341.

⁸⁸⁰ C.E., Ass. 10 juillet 1981, *Retail*, précité.

⁸⁸¹ Article 21 de la Constitution Italienne, article 11 de la D.D.H.C., article 5 Loi Fondamentale Allemande.

⁸⁸² En France : Commission pour la Transparence et le Pluralisme de la Presse (C.T.P.P.), Loi n° 84-937 du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse (J.O.R.F. du 24 octobre 1984, p. 3323). En Italie : *Garante Dell' editoria*, Loi n° 416 du 5 août 1981.

⁸⁸³ En France : Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle (HACA), loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle (J.O.R.F. du 30 juillet 1982, p. 2431) ; puis la Commission Nationale de la Communication et des Libertés (C.N.C.L.), loi n° 86-1067, précitée ; et enfin le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A.), loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (J.O.R.F. du 18 janvier 1989, p. 728).

⁸⁸⁴ En Allemagne : la Télévision Publique Allemande. En Espagne : *Radio Televisión Española* (R.T.V.E.), Loi 4/1980 du 10 janvier 1980.

⁸⁸⁵ Jan P., *Institutions Administratives*, précité, p. 147.

partialité politique se transforme parfois en garantie d'impartialité des médias dans le jeu politique⁸⁸⁶.

Ces autorités administratives indépendantes ont donc comme mission principale la protection des personnes, cependant, leur activité n'en a pas moins une influence non négligeable dans le domaine économique. En témoignent, par exemple, les missions du C.S.A. dans le domaine de la gestion du spectre hertzien ou les autorisations d'usage des fréquences qui participent réellement d'une intervention dans le domaine économique comme les autorités indépendantes suivantes.

C Domaines de régulation économique ou sociale

Dans le domaine de la régulation économique, la création des A.A.I. a été principalement motivée par la protection de certains secteurs contre, d'un côté, la pression de groupes d'intérêts, d'actionnaires, d'assurés et, de l'autre, l'emprise du pouvoir politique. La liberté des transactions financières ainsi que des échanges commerciaux a rendu nécessaire une surveillance de ce type d'activités, des marchés et des institutions en cause. C'est la mission qui a été confiée aux A.A.I. ayant compétence dans le domaine boursier, monétaire, ou celui des assurances⁸⁸⁷.

Dans le domaine boursier, en Europe, la surveillance du bon fonctionnement du marché et la protection de l'épargne publique par une autorité indépendante a été très largement, et directement, inspirée du système de la *Securities and Exchange Commission* nord-américaine⁸⁸⁸. En France, tout d'abord, avec la création de la Commission des opérations boursières (COB) en 1967⁸⁸⁹, pensée au départ comme une « administration de mission » mais qui, voyant ses pouvoirs augmenter est devenue, à n'en pas douter une A.A.I. En Italie, ensuite, avec la Commission nationale pour la société et la Bourse (CONSOB) créée

⁸⁸⁶ En ce sens, elles rejoignent d'autres A.A.I., qui ont la particularité d'une certaine périodicité, créées dans le domaine électoral En Espagne : les *Juntas electorales* Loi Organique 5/1985 du 19 juin 1985. Cette institution a la particularité de ne pas bénéficier de la personnalité morale, ce qui, dans ce pays, relève de l'exception, et la rapproche donc de la structure française des A.A.I. En France : la Commission de Contrôle des Campagnes Electorales et des Financements Politiques (C.C.F.P.), à caractère permanent, loi n° 90-55 du 15 janvier 1990.

⁸⁸⁷ En Italie : *Istituto per la Vigilanza delle Assicurazioni Private* (ISVAP), loi n° 576 du 12 août 1982.

⁸⁸⁸ En ce sens, Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 270. Voir *supra* p. 54 et s.

⁸⁸⁹ Commission des Opérations Boursières (COB) créée par l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 et qualifié explicitement d'A.A.I. par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996.

en 1974 et devenue substantiellement indépendante avec la loi de 1985⁸⁹⁰, puis en Espagne par la Commission nationale des marchés de valeurs⁸⁹¹.

Dans le domaine monétaire, la célèbre *Bundesbank*⁸⁹², est, comme précisé précédemment⁸⁹³, le paradigme de l'institution indépendante en Allemagne. Cependant, la doctrine se pose encore la question de savoir s'il est possible de la rapprocher, dans une optique comparatiste, des autorités administratives indépendantes telles que les pays dominés par des racines de droit romain les conçoivent. Ainsi, la grille de dépistage élaborée par le Conseil d'Etat pour déterminer si certaines institutions allemandes peuvent être considérées comme les homologues des A.A.I. du droit français n'a pas retenu la *Bundesbank*⁸⁹⁴. Paradoxalement, alors que la *Bundesbank* a beaucoup influencé la création de la Banque d'Espagne⁸⁹⁵, cette dernière est qualifiée par la doctrine espagnole d'autorité indépendante⁸⁹⁶.

Comme le souligne le Professeur Roland Drago, « la liberté économique et son corollaire, la liberté des prix ne sont défendables que si la concurrence entre les agents économiques est parfaite »⁸⁹⁷. Ainsi, dans le domaine de la régulation économique, la sauvegarde de la concurrence par des A.A.I. à compétence, non pas sectorielle, mais générale s'est révélée nécessaire, suivant en cela, pour certaines, le modèle états-unien⁸⁹⁸. Le *Tribunal de Defensa de la Competencia*, fait partie de ces autorités dont la loi institutrice ainsi que son décret d'application furent très inspirés de la *Federal Trade Commission* nord-américaine⁸⁹⁹. Il en est de même pour l'Autorité italienne de la concurrence, l'*Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*⁹⁰⁰. En France, la Commission de la concurrence a été

⁸⁹⁰ *Commissione nazionale per la società e la borsa* (CONSOB) loi n° 216 du 7 juin 1974 devenue substantiellement indépendante grâce à la loi n° 281 du 4 juin 1985.

⁸⁹¹ *Comisión Nacional de Mercado de Valores* (C.N.M.V.), Loi 24/1988 du 28 juillet 1988.

⁸⁹² La *Bundesbank* créée par la *Bundesbankgesetz* du 29 juillet 1957.

⁸⁹³ Voir *supra* p. 175 et s.

⁸⁹⁴ Grille tirée de : Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 275 et s., et utilisée dans le Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Rapport sur l'Allemagne, Autexier C., Langlois H., Richter J., Süskind B., Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, Tome II, p. 27.

⁸⁹⁵ *Banco de España*, loi 30/1980 du 21 juin 1980 ainsi que la loi 13/1994 du 1^{er} juin 1994 qui lui donne son autonomie formelle.

⁸⁹⁶ Pomed Sánchez L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Madrid, Tecnos, 1996.

⁸⁹⁷ Drago R. : « Le Conseil de la Concurrence », précité.

⁸⁹⁸ Voir *supra* p. 43 et s.

⁸⁹⁹ *Tribunal de Defensa de la Competencia*, dont la Loi institutrice de 1963, décret 538/1965 du 4 mars 1965 approuvant le Règlement du Tribunal de Défense de la Concurrence ; loi 16/1989 du 17 juillet 1989 (B.O.E., du 18 juillet 1989).

⁹⁰⁰ En ce sens : Longobardi N. : « Les Autorités Administratives Indépendantes, laboratoire d'un nouveau droit administratif », précité, p. 6. *Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, loi n° 287 du 10 octobre 1990 (G.U., 13 octobre 1990, n° 240).

officiellement reconnue comme étant une A.A.I. par la loi du 30 décembre 1985⁹⁰¹, mais elle avait été instituée huit ans plus tôt. Elle a ensuite été remplacée par le Conseil de la concurrence, créé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui ne le qualifie plus d'A.A.I.⁹⁰². Le Conseil d'Etat reviendra sur ce point en estimant qu'il s'agit d'une A.A.I. en raison de ses caractéristiques⁹⁰³, mais cette position reste controversée⁹⁰⁴.

Enfin, il reste un grand nombre d'A.A.I., en Europe continentale qui ont été créées dans des domaines très spécifiques et qui relèvent d'une nécessité isolée dans tel ou tel pays. Il en va ainsi, par exemple du Conseil de sécurité nucléaire (*Consejo de Seguridad Nuclear* (C.S.N.))⁹⁰⁵ en Espagne. En France, la même nécessité s'est révélée récemment, la réponse institutionnelle fut la création de l'Autorité de sûreté nucléaire⁹⁰⁶. Pour répondre à un besoin très différent, le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage (C.P.L.D.) en France⁹⁰⁷ illustre la catégorie des A.A.I. créées dans le domaine des affaires sociales ou sanitaires, tout comme le Comité national consultatif d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé⁹⁰⁸. La réponse pragmatique à un problème donné, qu'il soit d'ordre sanitaire, social ou sécuritaire, reste un motif, subsidiaire certes, mais prégnant. En témoigne l'augmentation, sans cesse croissante du nombre et de la variété des autorités administratives indépendantes qui, parfois, ne sont que le révélateur de l'incapacité de l'administration à se réformer. La propension des gouvernants à créer, en fonction de la demande, des A.A.I., sans raison impérative, est globalement critiquée par le Conseil d'Etat comme par la doctrine⁹⁰⁹. Dans cette optique, le rapport du 15 juin 2006 sur les autorités administratives indépendantes présenté par le Sénateur Patrice Gélard⁹¹⁰, préconise de « faire précéder la création de toute nouvelle autorité d'une évaluation déterminant si les compétences qui seraient confiées à cette nouvelle entité

⁹⁰¹ Loi n° 85-1408, du 30 décembre 1985, portant amélioration de la concurrence (J.O.R.F., 31 décembre 1985, p. 15513).

⁹⁰² Ordonnance 86-1243, du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence (J.O.R.F., 9 décembre 1986, p. 14773).

⁹⁰³ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 304.

⁹⁰⁴ Voir note Chevallier J. sous la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, *A.J.D.A.*, 20 mai 1987, p. 345.

⁹⁰⁵ *Ley n° 15/1980, de 22 de abril, de creaci3n del Consejo de seguridad nuclear*, (BOE, du 25 avril 1980)

⁹⁰⁶ Loi n° 2006-686, du 13 juin 2006, relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (J.O.R.F., n° 136, du 14 juin 2006, p. 8946).

⁹⁰⁷ Loi n° 99-223, du 23 mars 1999, relative à la protection de la santé des sportifs et à la lutte contre le dopage (J.O.R.F., n° 70, du 24 mars 1999, p. 4399).

⁹⁰⁸ Comité créé par un décret du Président de la République française du 23 février 1983. Relevant auparavant de la loi du 29 juillet 1994, il est désormais inscrit dans la loi du 6 août 2004 qui lui donne le statut d'A.A.I. (loi n° 2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique).

⁹⁰⁹ Voir : Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 300. Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, Tome I, p. 10.

⁹¹⁰ Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, Tome I p. 10.

ne pourraient être exercées par une autorité existante » ainsi que leur évaluation régulière afin d'envisager leur réorganisation. Cette critique est d'autant plus raisonnable qu'elle prend aussi appui sur le paradoxe constitutionnel qui entoure ces organismes.

Section II : La présomption de constitutionnalité des autorités administratives indépendantes

Les entités indépendantes posent certains problèmes constitutionnels dans les ordres juridiques nationaux quant à leur existence même⁹¹¹. En effet, dans les pays d'Europe continentale évoqués, aucun texte constitutionnel n'autorise explicitement le législateur à créer une instance indépendante de l'administration. Par contre, certains précisent le principe d'unité de l'administration et de sa subordination au gouvernement. Se pose donc la question de savoir comment admettre qu'une autorité soit à la fois administrative et indépendante du gouvernement. Un dépassement des difficultés constitutionnelles s'est avéré nécessaire (§1). En effet, ces autorités, qui disposent généralement d'un statut légal, ont été reconnues par le juge constitutionnel au prix d'une interprétation souple des textes. A défaut d'opportunité pour le juge de se prononcer, les A.A.I. ont bénéficié d'une interprétation favorable des textes constitutionnels par la doctrine ainsi que d'un fort consensus politique. Elles sont donc présumées constitutionnelles. Cependant, même si certains ont recherché des fondements constitutionnels pour légitimer, voire créer des A.A.I., aucune réforme n'a été envisagée par les Etats membres évoqués pour introduire cette figure juridique dans le texte même des normes fondamentales (§2). Cette absence de consécration dans les textes constitutionnels est tout à fait justifiée dans la mesure où l'instabilité qui en découle fait peser sur les A.A.I. un soupçon d'illégitimité capable de servir de justification à une remise en cause rapide de ces entités si elles ne sont plus efficaces ou nécessaires.

§1 Le dépassement des difficultés constitutionnelles

La conciliation de la figure juridique des A.A.I. avec les différentes normes fondamentales des Etats membres étudiés a été réalisée soit par les Cours Constitutionnelles nationales, soit par la doctrine. Dans les deux cas, le débat de la conciliation a dû se tenir puisque les A.A.I. bénéficient généralement d'un statut légal (A). Ainsi créées, leur existence

⁹¹¹ D'autres problèmes constitutionnels sont posés par les autorités de régulation indépendantes, notamment au regard de leurs pouvoirs ou du contrôle juridictionnel de leurs actes, voir *infra* p. 403 et s., 466 et s.

doit nécessairement être compatible avec la norme fondamentale, ce que le juge constitutionnel a admis par une consécration explicite de cette figure juridique (B). Enfin, une lecture souple des textes constitutionnels a permis de contourner le paradoxe inhérent au fait de créer des autorités qui soient à la fois administratives et indépendantes du gouvernement (C).

A Des autorités bénéficiant généralement d'un statut légal

La plupart des A.A.I. bénéficient d'un statut légal. Il existe quelques exceptions, mais elles sont très rares⁹¹².

Le législateur a ainsi été à la source de l'émergence de la notion d'autorité administrative indépendante. C'est en France que, pour la première fois, cette notion a été utilisée dans l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 créant la CNIL⁹¹³. Le législateur a de nouveau employé cette appellation pour la Commission de la concurrence à l'occasion de sa réforme par la loi du 30 décembre 1985⁹¹⁴, ou pour la C.N.C.L. par la loi du 30 septembre 1986⁹¹⁵. Il parfois utilisé d'autres qualificatifs comme « autorités indépendantes » pour le Médiateur de la République ou le C.S.A. En Espagne, l'article 1 de la loi créant le Conseil de sécurité nucléaire dispose : « il sera créé un Conseil de sécurité nucléaire comme entité de droit public, indépendante de l'administration centrale de l'Etat, avec la personnalité juridique et un patrimoine propre »⁹¹⁶. En règle générale, le législateur détaille les caractéristiques des A.A.I. en Espagne, mais c'est la doctrine espagnole qui, s'inspirant de la dénomination française, développe la notion d'A.A.I. Il en est de même en Italie⁹¹⁷.

La raison pour laquelle la grande majorité des A.A.I. disposent d'un statut légal est très simple, au moins dans le cas français. En effet, il y a souvent un rapport direct entre la mission dont sont chargées les A.A.I. et le domaine de la loi au sens de l'article 34 de la

⁹¹² Par exemple le décret n° 83-132 du 23 février 1983 créant le Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé (J.O.R.F. du 25 février 1983, p. 603).

⁹¹³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (J.O.R.F., 7 janvier 1978, p. 227).

⁹¹⁴ Loi n° 85-1408, précitée.

⁹¹⁵ Loi n° 86-1067, précitée. La Commission de la Concurrence et la C.N.C.L. ont été supprimées. Pour une liste des A.A.I. qualifiées par le législateur : Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 300.

⁹¹⁶ Traduction libre de : « *Se crea el Consejo de Seguridad Nuclear como ente de derecho público, independiente de la administración central del estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio...* ». Article 1 de la loi 15/1980 du 22 avril 1980.

⁹¹⁷ Voir : Franchini C. : « *Le Autorità Amministrative Indipendenti* », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n° 3, 1988, p. 549.

Constitution. Très logiquement, les A.A.I. disposent d'un statut légal si leur mission relève de la loi, mais aussi si elles sont dotées d'un pouvoir réglementaire et d'un pouvoir de sanction⁹¹⁸. Le Conseil Constitutionnel français a d'ailleurs considéré que dans certains cas « la désignation d'une autorité administrative indépendante du gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication [...] constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique et relève de la compétence exclusive du législateur »⁹¹⁹. Une deuxième raison peut être avancée pour expliquer le statut légal des A.A.I. La création par le biais d'un acte législatif implique la dilution du caractère instrumental de ce type d'entités par rapport au gouvernement. En effet, n'étant pas créées par lui, le risque d'établissement d'un lien de subordination hiérarchique devrait être évité. Cependant ceci n'empêche pas de poser un certain nombre de difficultés constitutionnelles.

B La reconnaissance jurisprudentielle

Les A.A.I. qui ne sont pas qualifiées ainsi par le législateur peuvent l'être par le juge Constitutionnel. Ce n'est pas le cas en Espagne puisqu'il n'existe qu'une seule décision de la Cour Constitutionnelle espagnole (*Tribunal Constitucional*) à propos de l'Agence de protection des données (A.P.D.). Dans cette décision, le recours n'a pas porté sur la constitutionnalité même de l'A.P.D., mais plutôt sur un manque d'indépendance face à l'exécutif⁹²⁰. En revanche, la jurisprudence constitutionnelle en France est assez conséquente mais n'a jamais marqué d'opposition face à l'existence des A.A.I.

Dans un premier temps, le Conseil Constitutionnel a repris textuellement la notion d'A.A.I. dans une décision de 1986⁹²¹. Cependant, il la met entre guillemets au moment de la citer : « considérant, d'une part que la Commission Nationale de la Communication et des Libertés est une "autorité administrative indépendante" [...] ». De plus le Conseil Constitutionnel, dans les formules de cette décision, est assez équivoque. En effet, il a parlé d'« autorité administrative »⁹²² ou d'« autorité de l'Etat »⁹²³. Il a aussi employé, ce qui est

⁹¹⁸ En ce sens : « Rapport sur les Autorités Administratives Indépendantes », Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, p. 62.

⁹¹⁹ Considérant n° 4 de la Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du réseau public sur un réseau câblé* ; Favoreu L., *R.D.P.*, 1986, p. 395.

⁹²⁰ Rallo Lombarte A., *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, Temas claves de la constitución Española, Tecnos, 2002, p. 215.

⁹²¹ Considérant n° 96 de la Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *loi relative à la liberté de communication* ; Etien R., « Le pluralisme : objectif de valeur constitutionnelle », *R.A.*, 1986, p. 458 ; Favoreu L., *R.D.P.*, 1989, p. 399 ; Genevois B., *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, p. 430 ; Guyon Y., *Revue des Sociétés*, 1986, p. 608 ; Wachsmann P., *A.J.D.A.*, 1987, p. 102.

⁹²² Décision n° 86-217 DC, précitée, considérant n° 23.

assez intéressant, le terme d'« instance de régulation »⁹²⁴, mais surtout le terme d'« autorité indépendante »⁹²⁵. Il est, dès lors, possible d'émettre l'idée d'une reconnaissance implicite, de la part du Conseil Constitutionnel, de l'indépendance des A.A.I. Cette idée est confirmée, dans un second temps, par un des considérants de la décision *C.S.A.*⁹²⁶ qui reconnaît explicitement, en évoquant le législateur, qu'« il lui est loisible (...) de charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle »⁹²⁷. Ce considérant reconnaît donc explicitement l'existence des A.A.I. De surcroît, il est d'un intérêt tout particulier puisque d'une part, le Conseil cite l'appellation d'autorité administrative indépendante alors que le législateur avait voulu l'écartier pour lui préférer celle d'« autorité indépendante ». D'autre part, il l'évoque cette fois-ci sans l'entourer de guillemets. Dès lors, il est possible d'estimer que le Conseil Constitutionnel a consacré à la fois l'existence des autorités administratives indépendantes et leur dénomination⁹²⁸.

Enfin, le Conseil Constitutionnel, au delà d'une validation de leur existence d'A.A.I., a semblé faire un pas vers la reconnaissance de leur nécessité. C'est ce qu'il aurait pu apparaître à la lecture du quatrième considérant de la décision du 28 juillet 1984⁹²⁹ : « la désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication [...] constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique et relève de la compétence exclusive du législateur ». Néanmoins, il s'agit plus, par cette formule, de reconnaître la compétence du législateur sur le fondement de l'article 34 de la Constitution de 1958, que d'analyser

⁹²³ Décision n° 86-217 DC, précitée, considérant n° 58 ; de même le considérant n° 15 de la Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ; Autin J.-L., « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *R.A.*, 1989, p. 223 ; Avril P. et Gicquel J., *Pouvoirs*, 1989, n° 50, p. 193 ; Genevois B., « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *R.F.D.A.*, 1989, p. 215, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, p. 481 ; Favoreu L., *R.D.P.*, 1989, p. 429 ; Rouault M.-C., *J.C.P. G.*, 1994 II 22350.

⁹²⁴ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, considérant n° 2 ; *G.D.C.C.*, 14^{ème} édition, 2007, n° 39, p. 640.

⁹²⁵ *Ibid.*, considérant n° 27.

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ Le Conseil avait déjà qualifié une A.A.I. en l'absence de mention du législateur dans : décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du réseau public sur un réseau câblé*, considérant n° 4.

⁹²⁹ Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, précité, considérant n° 4. Réitéré en 1986, décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, précitée.

l'intervention d'une A.A.I. comme une garantie fondamentale accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques⁹³⁰.

Si le Conseil Constitutionnel accepte l'existence de principe des A.A.I., comme le souligne le Professeur Catherine Teitgen-Colly, « c'est au prix d'un compromis inévitable entre les exigences constitutionnelles et l'indépendance affirmée par le législateur »⁹³¹.

C Le paradoxe de l'indépendance d'une autorité administrative

En Europe continentale, la conception unitaire de l'administration et sa subordination au gouvernement sont parfois traduits constitutionnellement par l'introduction, dans les différentes normes fondamentales, de dispositions garantissant ces principes. Il en est ainsi en France et en Espagne. En effet, dans le premier cas, l'article 20 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 énonce, à propos du gouvernement : « Il dispose de l'administration et de la force armée ». Dans le second cas, selon l'article 97 de la Constitution du 27 décembre 1978⁹³², « Le Gouvernement dirige la politique intérieure et extérieure, l'administration civile et militaire et la défense de l'Etat. Il exerce le pouvoir exécutif et celui de réglementer conformément à la Constitution et aux lois ». Par conséquent, en France, le gouvernement dispose explicitement de l'administration et, en Espagne, celui-ci dirige l'administration.

En Italie et en Allemagne, il en va différemment. En effet, même si le principe d'unité et de subordination au gouvernement sont communément admis, ils ne se retrouvent pas tels quels dans les textes constitutionnels. Il est tout de même possible de rapprocher de ce principe certaines dispositions. Pour le cas Italien, la Constitution de 1947⁹³³ prévoit dans son article 95 l'unité administrative, mais pas explicitement la subordination de l'administration au gouvernement : « Le président du Conseil des ministres dirige la politique générale du gouvernement et en est responsable. Il maintient l'unité d'orientation politique et administrative, en favorisant et en coordonnant l'activité des ministres »⁹³⁴. En revanche, rien

⁹³⁰ En ce sens : Wachsmann P., note sous décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *A.J.D.A.*, 20 février 1987, p. 102. Pour une vision plus tranchée : Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », précité, p. 153.

⁹³¹ Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », précité, p. 211.

⁹³² Constitution espagnole adoptée par référendum le 6 décembre 1978, entrée en vigueur le 27 décembre 1978 (B.O.E., n° 311 du 29 décembre 1978).

⁹³³ Constitution italienne adoptée le 22 décembre 1947, promulguée le 27 décembre 1947 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948 (G.U. n° 298 du 27 décembre 1947).

⁹³⁴ Ce n'est pas le thème de la subordination de l'administration qui a posé le plus de problèmes constitutionnels, mais bien celui de la rupture des liens entre les autorités indépendantes et le gouvernement qui affecte le principe de responsabilité ministérielle inscrit dans l'article 95 de la Constitution. En effet, comme le souligne Giacinto

dans la Loi Fondamentale Allemande du 23 mai 1949⁹³⁵ ne laisse supposer un lien de subordination explicite. Ainsi, l'article 65 prévoit : « Le chancelier fédéral fixe les grandes orientations de la politique et en assume la responsabilité. Dans le cadre de ces grandes orientations, chaque ministre fédéral dirige son département de façon autonome et sous sa propre responsabilité ». C'est l'organisation fédérale de l'Allemagne qui implique cette absence d'unité et de subordination⁹³⁶. De même en Italie, l'organisation de l'Etat n'implique pas de manière absolue un principe d'unité et de subordination comme en témoigne l'article 118 organisant la distribution des compétences et le principe de subsidiarité⁹³⁷.

En tout état de cause, le principe même de l'indépendance des A.A.I. vis-à-vis du pouvoir exécutif n'est pas, *a priori*, conforme aux exigences constitutionnelles lues dans un sens strict. Dans les cas français et espagnol, il s'agit d'une non conformité directe entre la lettre du texte constitutionnel et l'exigence d'indépendance formulée par le législateur.

En France, le Conseil Constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur la conformité de l'indépendance avec l'article 20 alinéa 2 de la Constitution. En effet, il n'a jamais été saisi sur ce point par des requérants. L'existence d'un consensus politique sur le phénomène et parfois le bienfait des A.A.I.⁹³⁸ se traduit par des saisines qui manifestent plus le désir de voir les A.A.I. confortées dans leur indépendance et dans leurs pouvoirs, que contestées en cela. D'ailleurs, il n'y a qu'un exemple de moyen d'une saisine qui tendait à faire reconnaître le critère de l'indépendance comme étant une exigence constitutionnelle pour les A.A.I. Le Conseil Constitutionnel le rejeta, sans réellement approfondir la question, par cette formule : « le législateur pouvait, sans méconnaître aucune règle non plus qu'aucun principe de valeur constitutionnelle, décider de mettre fin [...] au mandat des membres de la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle »⁹³⁹. Enfin, il convient de souligner que le Conseil

Della Cananea, « ni le Président du Conseil, ni les autres membres du Conseil ne peuvent être appelés à répondre devant le Parlement. Pour certains observateurs il s'agit d'une violation intolérable de la démocratie », Della Cananea G. : « La réglementation des services publics en Italie », précité, p. 99.

⁹³⁵ Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne (« *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (G.G.) ») promulguée le 23 mai 1949, entrée en vigueur le 24 mai 1949 (B.G.B.I., III, 100-1).

⁹³⁶ En effet, ces principes d'organisation administrative, voire de direction du *Land* sur l'administration apparaissent à la lecture des articles 85 et 86 de la Loi Fondamentale Allemande, concernant la répartition des tâches administratives entre la fédération et les régions (*länder*).

⁹³⁷ Article 118 de la Constitution italienne : « Les fonctions administratives sont attribuées aux communes, à l'exception des fonctions qui, afin d'en assurer l'exercice unitaire, sont attribuées aux provinces, aux villes métropolitaines, aux régions et à l'Etat, sur la base des principes de subsidiarité, différenciation et adéquation. »

⁹³⁸ Le même consensus se retrouve en Espagne parmi la classe politique mais aussi la doctrine : en ce sens : Rallo Lombarte A., *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, *Temas claves de la Constitución Española*, précité, p. 215.

⁹³⁹ Décision n° 86-217 DC, précitée, considérant n°5.

Constitutionnel ne s'est jamais prononcé d'office⁹⁴⁰, explicitement, sur la constitutionnalité de l'indépendance des A.A.I. par rapport à l'article 20 alinéa 2 de la Constitution de 1958. En ce sens, le Professeur Catherine Teigen-Colly estime qu'« indiscutablement, la solution adoptée, même si le Conseil n'en fait pas l'aveu, induit son refus de considérer la disposition de cet article comme impliquant une exigence constitutionnelle de subordination de l'administration à l'exécutif »⁹⁴¹.

En Espagne, le conflit reste doctrinal, puisque la Cour Constitutionnelle ne s'est prononcée que dans une espèce sur les A.A.I. Le Professeur Andrés Betancor Rodriguez prend position en faveur d'une lecture rigide de l'article 97 de la Constitution du 27 décembre 1978. Il l'affirme de manière tranchée en ces termes : « peut-on soutenir, du point de vue constitutionnel, l'existence d'entités administratives indépendantes du gouvernement quand celui-ci est habilité par la Constitution à diriger l'administration ? La réponse est non »⁹⁴². La position inverse est soutenue par une plus grande partie de la doctrine qui appuie l'opportunité d'une lecture souple de cet article, engendrant ainsi leur constitutionnalité⁹⁴³.

A l'argument en vertu duquel aucune disposition constitutionnelle espagnole n'habilite le législateur à créer une entité indépendante du gouvernement, Luis Alberto Pomed Sanchez⁹⁴⁴ a opposé l'article 97 alinéa 2 de la Constitution de 1978. Celui-ci dispose, à propos du Gouvernement : « Il exerce le pouvoir exécutif et celui de réglementer conformément à la Constitution et aux lois ». Sachant que le pouvoir de direction de l'administration s'intègre dans la fonction exécutive, alors, selon lui, les lois évoquées dans l'article 97 alinéa 2 peuvent moduler les formes d'exercice du pouvoir exécutif. Ainsi, en prenant le parti de ne pas comprendre cette disposition comme une garantie de la hiérarchie des normes, il est plausible de dire que le pouvoir législatif peut créer des instances indépendantes de l'exécutif sur ce fondement. Ces instances ne seront donc plus administratives, mais exerceront une partie du pouvoir exécutif. L'idée rejoint donc celle de la

⁹⁴⁰ Le Conseil constitutionnel décide parfois de contrôler les dispositions de la loi autres que celles qui lui sont soumises. Il statue donc *ultra petita*. Il considère en effet, sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, que son contrôle porte sur l'ensemble du texte.

⁹⁴¹ Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », précité, p. 248.

⁹⁴² Traduction libre de: « ¿ Cabe sostener, desde el punto de vista constitucional, la existencia de entes administrativos independientes del Gobierno cuando éste está habilitado por la Constitución para dirigir a la administración (art 97 CE) ? La respuesta es negativa ». Betancor Rodriguez A., *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 186.

⁹⁴³ Par exemple : Rallo Lombarte A., *La constitucionalidad de las administraciones independientes, Temas claves de la constitución Española*, précité. De même: J.-M. Sala Arquer : « *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes* », précité, p. 401.

⁹⁴⁴ Pomed Sanchez L. A. : « *Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes* », précité, p. 117.

reconnaissance d'une catégorie juridique des autorités de régulation indépendantes en marge des pouvoirs constitués⁹⁴⁵. Faut-il alors proposer l'ajout des autorités de régulation indépendantes dans les textes constitutionnels ? Ceci aurait le double avantage de consacrer la possibilité de créer ce type d'entités, ainsi que de légitimer une organisation administrative dont la structure ne correspond désormais que très peu avec les principes des textes constitutionnels.

L'interprétation constitutionnelle dans les Etats membres implique une indépendance des A.A.I. vis-à-vis du pouvoir exécutif, mais pas vis-à-vis du pouvoir législatif⁹⁴⁶. En effet, la logique démocratique voudrait que, grâce au principe de subordination, l'administration soit sous la responsabilité du gouvernement, lui-même responsable devant le Parlement, élu au suffrage universel direct. Si les ARI ne sont plus subordonnées au gouvernement, elles perdent, par principe toute légitimité. Certains ont avancé l'hypothèse d'un titre de légitimité spécifique, la légitimité de la sagesse⁹⁴⁷ ou de l'efficacité⁹⁴⁸. Il conviendrait plutôt de penser à une légitimité réorganisée directement face au Parlement. En effet, une intensification des contrôles parlementaires, en s'inspirant du modèle anglo-saxon, restaurerait non seulement le Parlement dans une fonction démocratique qui est la sienne, mais aussi la légitimité des A.A.I.

Cette dernière idée s'imbrique parfaitement dans la logique politique suivante : le pouvoir exécutif, au XIXème siècle n'a bénéficié, en Europe, que d'un caractère résiduel face au Parlement. En revanche, la deuxième moitié du XXème siècle a marqué une revalorisation du pouvoir exécutif face au Parlement, parfois considéré comme une « chambre d'enregistrement ». Il existe aujourd'hui, notamment grâce aux A.A.I., une tendance non dissimulée à la limitation des pouvoirs du gouvernement. Le Parlement redeviendrait le centre du système constitutionnel⁹⁴⁹. Cependant si cette hypothèse s'avère confortée, il faut veiller à ce que l'effet conjugué du parlementarisme rationalisé⁹⁵⁰, en France, et du phénomène

⁹⁴⁵ Voir *supra* p. 189 et s. Mais cette idée est en contradiction, comme évoqué précédemment, avec le principe de séparation tripartite des pouvoirs.

⁹⁴⁶ Wachsmann P., note sous décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, précité, p. 102.

⁹⁴⁷ Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », précité, p. 225.

⁹⁴⁸ Frison-Roche M.A. : « La victoire du citoyen-client » in Vernholes A. (dir.), « Services publics et marché : l'ère des régulateurs », Dossier, *Sociétal* n° 30, quatrième trimestre 2000, p. 49.

⁹⁴⁹ En ce sens : García Llovet E. : « *Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho* », précité, p. 61.

⁹⁵⁰ Parlementarisme rationalisé : forme plus moderne de parlementarisme impliquant des dispositifs tendant soit à permettre au gouvernement de s'assurer du soutien d'une majorité parlementaire (mécanismes d'investiture, vote de confiance) soit à limiter les possibilités de mise en jeu de la responsabilité du gouvernement (encadrement stricte des initiatives et votes de censure). Favoreu L. Gaïa P. : *Droit constitutionnel*, précité, p. 332.

majoritaire⁹⁵¹, qui impliquent une soumission de fait des groupes parlementaires majoritaires au gouvernement en place, ne réduise pas le contrôle parlementaire à un contrôle gouvernemental dissimulé.

§2 La question du rattachement constitutionnel

La question du rattachement constitutionnel des autorités administratives indépendantes se décline sous deux formes. D'une part, il est possible en Europe continentale de rechercher un fondement constitutionnel pour légitimer le fait de confier certaines activités de puissance publique à des autorités indépendantes (A). D'autre part, au-delà de la recherche d'un fondement constitutionnel, certaines voix se sont élevées pour constitutionnaliser nommément certaines autorités indépendantes. Cet ancrage constitutionnel donnerait un statut pérenne à certaines A.A.I. ce qui aurait pour effet de nuire à l'instabilité constitutionnelle qui les caractérise et les pousse à justifier en permanence de leur utilité et efficacité (B).

A La recherche d'un fondement constitutionnel

S'il est vrai que la notion d'autorité administrative indépendante peut entrer en conflit avec le texte constitutionnel, pour détourner toute contestation, les doctrines allemande, espagnole et italienne ont recherché des fondements constitutionnels. Deux types de fondements peuvent être analysés, les premiers sont sectoriels, ils serviraient de base à telle ou telle A.A.I., les seconds sont généraux et serviraient de justifications à l'ensemble des A.A.I.

La doctrine Allemande a tenté de justifier l'existence de la Banque fédérale allemande (*Bundesbank*) sur le texte même de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*). C'est une interprétation extensive de l'article 88 de la Loi Fondamentale⁹⁵² cumulée à une tradition d'indépendance qui amène cette affirmation⁹⁵³. De même, l'article 109 alinéa 2⁹⁵⁴, impliquant

⁹⁵¹ Phénomène majoritaire : « Coexistence d'une même majorité présidentielle comme parlementaire qui profite au pouvoir exécutif et implique sa domination sur les chambres », Rials S. : *Le Premier Ministre*, Que sais-je ? 1981, p. 77.

⁹⁵² Article 88 de la Loi Fondamentale allemande : « La Fédération crée une banque d'émission en tant que banque fédérale. Ses missions et pouvoirs peuvent, dans le cadre de l'Union européenne, être transférés à la Banque centrale européenne, qui est indépendante et dont l'objectif prioritaire est de garantir la stabilité des prix ».

⁹⁵³ Cette thèse est soutenue par C. T. Samm : *Die Stellung der Deutschen Bundesbank in Verfassungsgefüge*, Berlin, 1967, p. 55.

l'équilibre budgétaire, est venu appuyer cette thèse. Ainsi, la fonction de sauvegarde de la monnaie, en étant élevée au rang constitutionnel, légitimait en même temps tous les moyens nécessaires pour parvenir à cette fin, donc l'indépendance⁹⁵⁵. En Espagne, la même logique a été soutenue par le Professeur José Manuel Sala Arquer pour justifier l'indépendance de la Banque d'Espagne. S'appuyant sur l'article 40 de la Constitution espagnole, qui oblige les pouvoirs publics à agir dans le cadre d'une politique de stabilité budgétaire, ainsi que sur l'article 45 qui leur impose de veiller à l'utilisation rationnelle des ressources naturelles, il a mené le même raisonnement⁹⁵⁶. Cette logique n'emporte pas obligatoirement conviction et, en tout état de cause, ne légitime pas les autres A.A.I. Il convient alors de rechercher un fondement constitutionnel général.

C'est ce que les doctrines espagnole et italienne ont tenté de réaliser dans la mesure où leurs Constitutions respectives ont cette particularité d'intégrer les principes d'impartialité et d'objectivité de l'administration.

La Constitution espagnole de 1978 indique dans son article 103 que « l'administration publique sert avec objectivité les intérêts généraux et agit conformément aux principes d'efficacité, hiérarchie, décentralisation, déconcentration et coordination et se soumet pleinement à la loi et au droit ». Le principe d'objectivité, qui est dérivé du principe d'égalité, peut légitimement justifier la création d'A.A.I.⁹⁵⁷. En ce qui concerne le principe d'efficacité, contenu dans l'article 103 de la Constitution espagnole, il pourrait servir de base constitutionnelle valide. En effet, l'efficacité de l'action administrative est une des motivations de la création d' A.A.I.

Le principe d'impartialité pourrait aussi servir de fondement à la création des A.A.I. Il est énoncé à l'article 103 alinéa 3 de la Constitution espagnole : « La loi définira le statut des fonctionnaires publics et réglera [...] le système d'incompatibilités et les garanties d'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions ». Il serait permis, sur ce fondement, d'écarter certains secteurs « sensibles » des conflits partisans et de l'influence du gouvernement.

⁹⁵⁴ Article 109-2 de la Loi Fondamentale allemande : « Dans leur politique budgétaire, la Fédération et les Länder doivent tenir compte des exigences de l'équilibre global de l'économie ».

⁹⁵⁵ L'indépendance est formellement organisée par la loi, notamment la *Bundesbankgesetz* du 29 juillet 1957.

⁹⁵⁶ Sala Arquer J. M. : « *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes* », précité, p. 401.

⁹⁵⁷ Noter qu'en France, même si le principe d'égalité est reconnu par le texte constitutionnel à maintes reprises, il ne semble pas que celui-ci s'étende jusqu'à l'égalité devant le fonctionnement des services publics qui n'est qu'un principe général du droit : C.E., Sect., 9 mars 1951, *Société des Concerts du Conservatoire*, n° 92004, Rec. p. 151, concl. Letourneur, *Dr. Soc.*, 1951, p. 368 ; Rivero J., *Dr. Soc.*, 1951, p.372.

Comme le résume le Professeur Ramón Parada : « c'est finalement dans un système administratif objectif et une fonction publique impartiale que se trouve la réponse aux nécessités politiques et administratives que l'on a cherché dans la formule des Administrations Indépendantes »⁹⁵⁸.

La Constitution Italienne inclut explicitement le principe d'impartialité dans son article 97 : « Les services publics sont organisés suivant les dispositions de la loi, de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration ». C'est, avec l'article 98⁹⁵⁹, l'illustration de la séparation entre politique et administration, exigence fortement affirmée, selon Nino Longobardi. Il considère aussi qu'« un espace pour des administrations relativement indépendantes de l'autorité publique, disciplinées par la loi et que seuls des rapports tenus reliaient au gouvernement, en fonction de contrôle et non pas d'orientation, peut fort bien, en définitive, être justifié par les articles 97 et 98 de notre Constitution »⁹⁶⁰.

L'idée est très séduisante, mais il serait possible d'objecter aux deux exemples précédemment cités que le principe d'impartialité et ses composantes, l'objectivité et l'efficacité, sont applicables à l'ensemble de l'administration. Ainsi, pourquoi certains domaines bénéficieraient d'une A.A.I. sur le fondement d'une administration impartiale, et d'autres ne pourraient, par opposition, avoir que des autorités administratives partisans et parfois inefficaces ? Cette solution amènerait donc un concept d'administration à « degrés d'indépendance »⁹⁶¹ en fonction de la sensibilité du secteur. Elle pourrait aussi amener une extension de la formule des A.A.I., qui comporterait un danger, à la fois d'« alourdissement et de banalisation »⁹⁶².

Cependant, la doctrine n'hésite pas à affirmer que « l'institution des autorités administratives indépendantes », dans le système italien est « téléologiquement fondé par rapport à la « valeur » constitutionnelle de l'impartialité de l'administration publique »⁹⁶³. Il est précisé qu'il s'agit d'une certaine façon de comprendre le principe établi par l'article 97 de

⁹⁵⁸ Parada R., *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, précité, p. 300.

⁹⁵⁹ Article 98 de la Constitution Italienne : « Les agents publics sont au service exclusif de la nation [...] ».

⁹⁶⁰ Longobardi N. : « Les Autorités Administratives Indépendantes, laboratoire d'un nouveau droit administratif », précité, p. 4.

⁹⁶¹ Sabourin P. : « Les Autorités Administratives Indépendantes, une catégorie nouvelle », précité, p. 295.

⁹⁶² Chevallier J. : « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », précité.

⁹⁶³ Massera A. : « "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato », in *Studi in onore di M. S. Giannini*, Milan, 1988, III, p. 449 et s.

la Constitution, qui permet de trouver une justification commune aux autorités administratives indépendantes⁹⁶⁴.

Enfin, l'une des dispositions de la Loi Fondamentale Allemande mérite une interrogation certaine. En Allemagne, il existe une certaine tradition d'indépendance, relayée par la doctrine, mais qui ne trouve d'application que dans un nombre assez réduit d'institutions telles la *Bundesbank* ou la Télévision Publique allemande. Cependant il faut observer avec attention l'article 87 de la *Grundgesetz* qui dispose en matière d'administration propre à la fédération : « en outre, pour des matières relevant de la compétence législative de la Fédération, une loi fédérale peut créer des autorités administratives supérieures fédérales indépendantes et de nouveaux établissements et collectivités de droit public rattachés directement à la Fédération »⁹⁶⁵. Il apparaît que cette possibilité de créer, par le biais d'une loi fédérale, des autorités administratives supérieures fédérales indépendantes soit susceptible de correspondre à un des rares titres de légitimité constitutionnelle d'A.A.I. dans un texte fondamental en Europe. Néanmoins, une autre traduction de la Loi Fondamentale allemande transcrit le même article 87 de cette manière : « en outre, pour des matières relevant de la compétence législative de la Fédération, des organismes supérieurs fédéraux indépendants ainsi que des organismes et établissements de droit public nouveaux dépendant directement de la Fédération peuvent être créés par loi fédérale »⁹⁶⁶. Cette dernière traduction, inscrite dans le contexte de la séparation des fonctions entre les Etats fédérés et l'Etat fédéral⁹⁶⁷, impliquerait plutôt la création de personnes morales de droit public, telles que les corporations. Ces dernières ne seraient pas des « autorités administratives supérieures fédérales indépendantes [...] rattachés directement à la Fédération. », mais plutôt des corporations dépendantes de la fédération. L'indépendance ferait donc référence à la personnalité morale de droit public et le rattachement à la Fédération empêcherait toute indépendance vis-à-vis du politique⁹⁶⁸. Une dernière interprétation de la lettre de l'article 87 de la Loi Fondamentale allemande vient du Professeur Autexier qui traduit l'expression litigieuse « *Bundesoberbehörden* » par : « Autorités fédérales supérieures » qu'il définit comme des « unités administratives indépendantes des ministères et souvent dénuées d'infrastructures propres : [...] Office fédéral

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ Traduction : Grewe C. et Oberdorff H., *Les Constitutions des Etats de l'Union européenne*, collection retour aux textes, La Documentation Française, 1999, p. 45.

⁹⁶⁶ Traduction : Cerexhe E., le Hardy de Beaulieu L. (dir.), *Douze constitutions pour une Europe*, Kluwer éditions juridiques, Belgique, 1994.

⁹⁶⁷ On rapproche souvent cet article et l'article 28 de la Loi Fondamentale allemande qui traite des garanties fédérales relatives aux constitutions des *Länder* ainsi que de l'autonomie communale.

⁹⁶⁸ Entretien du vendredi 24 mars 2005 avec le Professeur Wilfried Berg, Professeur à l'Université de Bayreuth, invité à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV.

des cartels, Office allemand des brevets, Office fédéral de répression criminelle... »⁹⁶⁹. En se fondant sur cette version, il est possible de dire qu'une certaine interprétation du texte fondamental pourrait servir de fondement à la création d'autorités administratives indépendantes dans les domaines de compétence de la Fédération⁹⁷⁰.

Enfin, il faut mentionner la Constitution de la République Portugaise⁹⁷¹ qui, par la révision de 1997 introduisant un nouvel alinéa 3 dans l'article 267, dispose à propos de la structure de l'administration : « La Loi peut créer des entités administratives indépendantes ». Il s'agit ici d'une validation constitutionnelle *a posteriori* puisque le Portugal connaissait déjà, depuis 1976 des autorités administratives indépendantes⁹⁷². En allant plus loin, la Grèce a constitutionnalisé cinq autorités administratives indépendantes. Ainsi, l'article 9 alinéa (a) reconnaît que « la protection des données personnelles est garantie par une autorité indépendante, qui est constituée et fonctionne comme la loi le prévoit »⁹⁷³. Il en est de même pour d'autres A.A.I.⁹⁷⁴. L'ensemble de ces constitutionnalisations sectorielles est intervenu à l'occasion de la révision du 6 avril 2001. Cette révision a aussi introduit l'article 101 alinéa (a) qui garantit, selon les termes légaux, l'indépendance personnelle et fonctionnelle des membres, dont le mandat est déterminé⁹⁷⁵. Si les dispositions constitutionnelles grecques encadrent de manière sectorielle les fonctions de A.A.I. à statut constitutionnel, il n'en est pas de même au Portugal. En effet, certains auteurs ont critiqué la disposition constitutionnelle en cause comme « un “chèque en blanc” pour le législateur car il ne fait référence ni aux domaines, ni aux fins de ces entités »⁹⁷⁶. Dans le même sens, il est possible d'envisager le

⁹⁶⁹ Autexier C., *Introduction au Droit Public Allemand*, Coll. Droit Fondamental, Droit Politique et Théorique, PUF, 1997, spéc. p. 196. Dans le cadre de l'administration directe de la Fédération, C. Autexier distingue trois niveaux d'administration. Le plus haut niveau d'administration centrale est composé des autorités administratives fédérales suprêmes (dont la Banque fédérale) qui sont des organes prévus par la Constitution et des autorités fédérales supérieures.

⁹⁷⁰ Cette double interprétation du texte n'est pas qu'un problème de traduction, puisqu'il suscite les interrogations de la doctrine allemande, entretien du vendredi 24 mars 2005 avec le Professeur Wilfried Berg, Professeur à l'Université de Bayreuth, invité à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV.

⁹⁷¹ Constitution de la République Portugaise du 2 avril 1976, telle que modifiée par la loi constitutionnelle 1/97 du 20 septembre 1997.

⁹⁷² En ce sens: « Rapport sur les autorités administratives indépendantes », Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, 15 juin 2006, Rapports nationaux, Portugal, par Mme Hertgen A.

⁹⁷³ Constitution Grecque du 7 juin 1975, telle que modifiée par la Résolution du 6 avril 2001 de la VIIème Chambre Révisionnelle.

⁹⁷⁴ Le Conseil national de la Radiotélévision (article 15 paragraphe 2 alinéa (b)), l'Autorité de garantie du secret des communications (article 19 paragraphe 2), le Haut conseil de sélection du personnel (article 103 paragraphe 7) et l'Avocat du citoyen (article 103 paragraphe 9).

⁹⁷⁵ Voir: « Rapport sur les autorités administratives indépendantes », Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, 15 juin 2006, Rapports nationaux, Grèce, par M. Fortsakis T.

⁹⁷⁶ En ce sens: « Rapport sur les autorités administratives indépendantes », Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, 15 juin 2006, Rapports nationaux, Portugal, par Mme Hertgen A.

bénéfice que l'on peut tirer de l'absence de constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes.

La recherche de fondements constitutionnels va se conclure par une idée, très intéressante, soutenue par le Professeur Artemi Rallo Lombarte. Il estime que l'unique ancrage constitutionnel « qui donnerait une légitimité à certains domaines publics exempts de contrôles gouvernementaux »⁹⁷⁷, serait l'article 93 de la Constitution espagnole. Celui-ci dispose qu'« une loi organique pourra autoriser la conclusion de traités attribuant à une organisation ou à une institution internationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution. Il incombe aux *Cortes generales* ou au Gouvernement, selon les cas, de garantir l'exécution de ces traités et des résolutions émanant des organismes internationaux ou supranationaux qui bénéficient de la cession de compétences ». Selon lui, cet article constitue un « ancrage indiscutable pour les administrations indépendantes qui peuvent surgir dans l'ordre juridique européen ou qui peuvent s'imposer dans l'ordre juridique interne »⁹⁷⁸. La logique est la suivante : l'article 93 de la Constitution Espagnole permet l'attribution de l'exercice de compétences dérivées de la Constitution à une organisation supranationale, objet d'un Traité ratifié par l'Espagne, ce qui est le cas des différents Traités communautaires. Cette ratification permet donc la cession de l'exercice de compétences dérivées de la Constitution, comme, pourquoi pas, le pouvoir de direction du gouvernement sur l'administration, proclamé dans l'article 97⁹⁷⁹. Ainsi, les Traités communautaires pourraient attribuer à leurs institutions la faculté de créer des administrations indépendantes en leur sein et dans leur domaine de compétences. Néanmoins, il est possible de s'interroger sur la faculté, par ce biais, de créer des A.A.I. au sein même de l'Etat membre. La réponse, en Espagne, est donnée par ce même auteur. Si un Traité, ratifié par le biais de l'article 93, restreint la faculté de direction du gouvernement sur certains domaines administratifs, rien n'empêche cet article, sachant qu'il n'y a aucune hiérarchie entre les principes constitutionnels, de donner une légitimité constitutionnelle à une décision créant des A.A.I. au sein d'un Etat membre. L'argumentation est appuyée par l'exemple monétaire. La Loi 13/1994 d'autonomie de la Banque d'Espagne est un produit législatif directement exigé par les Traités Communautaires.

⁹⁷⁷ Rallo Lombarte A., *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, *Temas claves de la Constitución Española*, précité, p.232.

⁹⁷⁸ Traduction libre de: « *El precepto mencionado constituye un incuestionable anclaje constitucional de las Administraciones independientes que puedan surgir en el ámbito europeo o que puedan imponerse en el orden interno* » Rallo Lombarte A., *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, précité, p. 233.

⁹⁷⁹ En ce sens : Rallo Lombarte A., *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, précité, p. 233.

Ces mêmes Traités ont créé la Banque Centrale Européenne et le Système Européen des Banques Centrales dont la projection dans l'ordre interne des Etats membres est incontestable. La légitimité constitutionnelle de ces domaines d'indépendance administrative dérive bien de l'article 93 de la Constitution Espagnole⁹⁸⁰.

L'argument est-il transposable aux autres Etats membres ? Une partie de la doctrine italienne le soutient. Il en est ainsi de la part du Professeur Alberto Predieri : « l'unique manière de légitimer les pouvoirs des autorités existantes serait d'autoriser la création d'autorités indépendantes, "seulement lorsque leur institution est imposée par le droit communautaire" »⁹⁸¹. Néanmoins, l'Italie, pays éminemment dualiste⁹⁸², donne aux Traités communautaires une place égale aux lois dans l'ordonnement juridique. De ce simple fait, et sans porter préjudice à l'article 10 alinéa 1 de la Constitution⁹⁸³, il y a un risque de contrôle de constitutionnalité des lois instituant des A.A.I. sur le fondement du droit communautaire. En effet, aucune disposition constitutionnelle italienne ne peut s'apparenter à l'article 93 de la Constitution Espagnole. Cependant, en Italie, depuis la révision constitutionnelle numéro trois du 18 octobre 2001 introduisant une modification substantielle de l'article 117, la question ne se pose peut-être plus. En effet, la nouvelle version dispose que « le pouvoir législatif est exercé par l'Etat et les Régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales ». Cet article paraît donner une place constitutionnelle ou du moins supra-législative au droit issu des Traités communautaires.

La même question peut être posée pour le cas français. A la différence de l'Espagne, les révisions constitutionnelles élaborées pour intégrer les « transferts de compétences » nécessaires à l'autorisation de ratifier le Traité sur l'Union européenne, n'ont été que sectorielles. En effet, les domaines d'application des articles 88-2 et 88-3 ne concernent que l'Union économique et monétaire, la libre circulation des personnes, le mandat d'arrêt européen et le droit de vote et d'éligibilité. Ces dispositions n'impliquent aucunement le

⁹⁸⁰ Rallo Lombarte A., *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, précité, p. 234. L'auteur souligne aussi que la question posée par le déficit démocratique des institutions européennes n'est pas encore résolue.

⁹⁸¹ Predieri A., *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, précité, p. 35.

⁹⁸² Voir : Rideau J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, 3^{ème} édition, 1999, L.G.D.J., p. 1025. Cependant, l'affaire *Granital* du 8 juin 1984, revirement de jurisprudence impliquant l'applicabilité directe du droit communautaire, est interprétée comme ouvrant la porte « à un abandon de la conception dualiste soutenue par la Cour [Constitutionnelle] ». En ce sens : Carmeli S., *La Constitution italienne et le droit communautaire : étude de droit comparé*, Coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2002, spéc. p. 151.

⁹⁸³ Article 10 alinéa 1 de la Constitution italienne : « L'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues ».

transfert général de l'exercice de compétences dérivées de la Constitution, par le biais des Traités communautaires régulièrement ratifiés ou approuvés. La logique n'est donc pas transposable dans l'ordre juridique français. Néanmoins, l'opportunité d'une modification constitutionnelle, impliquant un transfert possible de l'exercice de compétences dérivées de la Constitution, est peut-être un moyen de rendre compte de la réalité publique nationale et supra-nationale. En effet, d'une part, le développement des autorités de régulation indépendantes nationales et, d'autre part, des agences indépendantes communautaires⁹⁸⁴, qui travaillent en réseau, conduisent à soulever la question.

B Le bénéfice d'une absence de constitutionnalisation

Certaines voix se sont élevées en France pour réclamer la constitutionnalisation d'une, ou de l'ensemble des A.A.I.⁹⁸⁵. En témoigne les propos marquants de François Mitterrand, au sujet du futur C.S.A. dans son ouvrage « Lettre à tous les Français »⁹⁸⁶ : « j'aimerais enfin que fût introduit dans notre Constitution, au même titre que le Conseil supérieur de la magistrature et que le Conseil Constitutionnel, et au même rang que les autres pouvoirs, l'organisme dont notre démocratie a grand besoin pour assurer le pluralisme, la transparence et la cohésion de notre système audiovisuel ». L'idée a été généralisée par une partie de la doctrine et étudiée dans une vue d'ensemble⁹⁸⁷.

Deux objectifs étaient visés par cette requête de constitutionnalisation : d'abord la garantie textuelle, et non pas toujours effective, de leur indépendance, ensuite la pérennité de l'institution. Sur la pérennité de l'institution, il est vrai que les A.A.I., en Europe continentale, ont presque toutes un statut légal⁹⁸⁸. Créées par la loi, elles peuvent aussi être dissoute par ce même instrument. En théorie, le parallélisme des formes implique cette solution. Le Conseil

⁹⁸⁴ Voir *infra* p. 719 et s.

⁹⁸⁵ Voir les propositions n° 76 et 77 de révision constitutionnelle visant à créer d'une part, un Défenseur des droits fondamentaux et, d'autre part, un Conseil du pluralisme. Ces deux entités reprendraient les fonctions d'autorités administratives existantes. Cependant, si les propositions prévoient des garanties d'indépendance, ni la forme d'autorité administrative indépendante, ni l'indépendance ne sont consacrées dans les propositions. Balladur E. : « Une V^{ème} République plus démocratique », Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, La Documentation française, Fayard, 2007, p. 17, 18, 92 à 95 ; Le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République prévoit aussi un titre XI bis intitulé « Le Défenseur des droits des citoyens ». Le projet prévoit certaines garanties d'indépendance mais n'évoque pas explicitement celle-ci ni ne qualifie le Défenseur d'autorité administrative indépendante. Exposé des motifs du Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 avril 2008, n° 820.

⁹⁸⁶ François Mitterrand : *Lettre à tous les Français*, imprimerie l'Avenir graphique, 1988, p. 6.

⁹⁸⁷ Delcros X. : « Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel nouvelle institution constitutionnelle », *A.J.D.A.*, 1988, p. 467.

⁹⁸⁸ Sauf la *Bundesbank*, qui comme évoqué précédemment, peut justifier de son existence sur un fondement constitutionnel explicite.

Constitutionnel l'a confirmé dans une décision relative à la loi remplaçant la HACA par la C.N.C.L.⁹⁸⁹. Le Conseil considère qu'« il est loisible au législateur de modifier des textes législatifs antérieurs ou d'abroger ceux-ci dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »⁹⁹⁰. Il avait précisé auparavant que le législateur pouvait aussi mettre fin au mandat des membres d'une A.A.I. Néanmoins, la lettre de ce considérant fait apparaître une limite à la suppression des A.A.I. Cette dernière ne doit pas priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel⁹⁹¹. Par conséquent, comme il est admis en Europe continentale ainsi que dans les pays anglo-saxons, le principe d'indépendance ne joue pas vis-à-vis du législateur⁹⁹². L'instrument légal créant les A.A.I., peut aussi bien y mettre fin.

Pour pérenniser l'institution, la doctrine a émis l'option de la constitutionnaliser. Cette idée a même été expressément soulevée et débattue au sein du comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le Doyen Vedel. Ce dernier a finalement refusé en avançant qu'« il était préférable de laisser évoluer ce statut sans se figer dans une catégorie constitutionnelle qui aurait au surplus le défaut de poser de nombreux problèmes »⁹⁹³. Après approfondissement, la variété des domaines, statuts et compétences des A.A.I. en France « n'incite pas à la formule d'une prise en compte par la Constitution d'une catégorie aussi hétéroclite »⁹⁹⁴. Effectivement, la création des A.A.I. correspond à une nécessité sociale. Leur conception est, par essence, momentanée et répond plus à des données conjoncturelles que pérennes. La constitutionnalisation de la catégorie ne serait donc qu'un inconvénient. Quant à la constitutionnalisation de certaines A.A.I. sectorielles, les ARI, par exemple, elle serait une entrave à leur caractère adaptable qui fait leur spécificité. En effet, une constitutionnalisation serait un frein aux modifications législatives visant à adapter rapidement la structure ou les pouvoirs de ces entités aux circonstances du marché⁹⁹⁵.

⁹⁸⁹ Décision n° 86-217 DC, précitée. Un exemple postérieur mais encore plus frappant, la transformation de la commission de la concurrence, qualifiée explicitement par le législateur d'A.A.I., par la loi du 30 décembre 1985, en Conseil de la concurrence, non qualifié en ce sens, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, sans que le Conseil Constitutionnel trouve à redire à ce changement.

⁹⁹⁰ Décision n° 86-217 DC, précitée, considérant 82.

⁹⁹¹ Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », précité, p. 153. Pour une interprétation du contrôle que le Conseil Constitutionnel exerce sur cette exigence, voir la décision à propos de la loi disparaître la Commission pour la transparence et le pluralisme : Décision du 29 juillet 1986 n° 86-210 DC, *loi portant réforme du régime juridique de la presse* ; Genevois B., « Les limites apportées au pouvoir d'abrogation », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, p. 432 ; Favoreu L., *R.D.P.*, 1989, p. 399 ; Pepy G., « La réforme du régime juridique de la presse », *A.J.D.A.*, 1986, p. 527.

⁹⁹² Wachsmann P., note sous décision n° 86-217 DC, précitée, p. 102.

⁹⁹³ Voir : Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », précité, p. 297.

⁹⁹⁴ Delcros X. : « Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel nouvelle institution constitutionnelle », précité, p. 467.

⁹⁹⁵ En témoignent le bénéfice engendré par la transformation de la Commission de la concurrence en Conseil de la concurrence, par exemple, ou plus récemment, la C.O.B., en Autorité des marchés financiers (A.M.F.). La

Enfin, la question du bénéfice engendré par l'absence de constitutionnalisation de ces entités indépendantes doit être posée. L'absence de constitutionnalisation, ainsi que la controverse entourant la constitutionnalité des A.A.I., sont deux éléments qui les placent dans une position illégitime, instable et temporaire. Les A.A.I. ne bénéficient donc que d'une présomption de légitimité qu'elles tiennent du consensus politique et social entre le gouvernement, le Parlement et la société civile. De même qu'il existe un « équilibre interpolable » par le biais des contrôles⁹⁹⁶, il existerait une « légitimité interpolable » par le biais du consensus existant entre les trois acteurs précités. Sans cet équilibre, sans l'appui d'une majorité des acteurs politiques et économiques (la société civile étant incluse dans les acteurs économiques), le soupçon d'inconstitutionnalité refera surface automatiquement et l'existence de l'A.A.I. sera mise en cause. Cette légitimité interpolable a comme cause, mais aussi comme conséquence première, le souci d'efficacité permanent des A.A.I. En effet, si l'efficacité ne semble pas être un titre de légitimité incontestable pour les A.A.I. ou les ARI, en revanche, elle est l'unique moyen pour ces institutions de bénéficier de l'appui de la majorité des acteurs politiques et économiques : la « légitimité interpolable ». Cette dernière réflexion participe assez logiquement de la fonction même des A.A.I., qui est de répondre, de manière empirique, à une nécessité de régulation sociale que l'administration traditionnelle ne peut satisfaire. Mais si l'action publique doit désormais rechercher plus d'efficacité⁹⁹⁷, de rapidité, et de dynamisme dans la prise de décision, le fondement qui a présidé à la création de l'ensemble des autorités administratives indépendantes est bien le souci d'une intervention impartiale de l'Etat dans certains secteurs. En ce sens, comme l'impartialité - sous couvert du principe de séparation entre le régulateur et l'opérateur d'un même secteur - est aussi le fondement de l'influence exercée par le droit communautaire dans la généralisation de la régulation indépendante, les A.A.I. vont faire office de figure juridique idoine pour mener à bien cette nouvelle fonction. En ce sens le Professeur Jean-François Brisson a pu parler de « recyclage » de l'autorité administrative indépendante pour la régulation des services publics organisés en réseau⁹⁹⁸.

constitutionnalisation de la COB n'aurait pas permis, par exemple, de donner la personnalité morale à l'institution qui la remplace, l'A.M.F.

⁹⁹⁶ Voir *supra* p. 80 et s., *infra* p. 818 et s.

⁹⁹⁷ En ce sens : Gazier F. et Cannac Y. : « Etude sur les Autorités Administratives Indépendantes », in Etudes et Documents du Conseil d'Etat, précité, p. 1983.

⁹⁹⁸ Voir *supra*, note n° 732.

Conclusion du chapitre

La question de l'impartialité de l'action publique a été résolue par la création d'autorités administratives indépendantes dans les ordres juridiques des Etats membres évoqués. Cet élément permet de confirmer la raison pour laquelle la figure juridique des A.A.I. peut être utilisée, sous l'impulsion du droit communautaire, pour créer des autorités de régulation indépendantes dans les secteurs des services publics organisés en réseaux.

L'étude des A.A.I. permet de mettre en lumière les problèmes qui se posent aussi pour les autorités de régulation indépendantes. En effet, celles-ci sont confrontées à un statut juridique instable, dans la mesure où il sera toujours difficile de considérer qu'elles sont en même temps des autorités administratives et des autorités indépendantes du gouvernement.

Il serait possible d'admettre qu'il existe une nouvelle catégorie, dénommée « autorités de régulation indépendantes », qui prenne en charge certaines fonctions sectorielles spécifiques pour les assurer en toute impartialité. Elles seraient donc en marge de la hiérarchie administrative traditionnelle et pourraient être assimilées à un quatrième pouvoir disposant de prérogatives quasi-législatives, quasi-exécutives et quasi-juridictionnelles. La reconnaissance d'un quatrième pouvoir aurait le mérite de clore le débat relatif à l'unité et la subordination de l'administration au gouvernement. Ces autorités de régulation indépendantes n'étant plus administratives, elles ne seraient plus soumises au régime de la hiérarchie ministérielle. Cependant, cette solution est difficilement compatible, d'une part, avec la tripartition théorique des pouvoirs et d'autre part, avec leur séparation, toutes deux ancrées dans la conception traditionnelle de l'Etat. Il n'est donc possible de rendre compte de la réalité juridique, manifestée notamment par les autorités de régulation indépendantes, qu'au prix d'une évolution conceptuelle de taille.

Ces problèmes se traduisent aussi au regard des textes constitutionnels. En effet, seule une interprétation souple des normes fondamentales permet de reconnaître la constitutionnalité de l'existence des A.A.I. Si la question de la consécration des A.A.I. dans le texte même des constitutions a pu être posée, elle ne semble cependant pas souhaitable. En effet, la présomption de constitutionnalité dont bénéficient les A.A.I. les met dans une position instable face au législateur, qui peut à tout moment décider de leur disparition. Par conséquent, cette menace leur impose une exigence d'efficacité ce qui leur donne une certaine légitimité. Cette légitimité peut être qualifiée d'« interpolable », c'est-à-dire qu'elle doit à la

fois être reconnue par le législateur, par le gouvernement et par le secteur en cause. Seul un consensus entre ces trois « pôles » sur la nécessité des autorités de régulation indépendantes permet d'envisager leur continuité.

Conclusion du titre

Le droit communautaire a donné un nouveau jour au principe d'impartialité. Il a pris corps, à l'origine, dans l'interdiction, pour l'Etat, de confier à une entreprise agissant sur le marché, la réglementation de ce même marché. Il a amené, ensuite, par le biais des règles communautaires de concurrence, à une exigence de séparation stricte entre les opérateurs et le régulateur d'un même secteur.

Alors même que la transposition des directives de libéralisation des services publics organisés en réseaux n'emportait pas l'obligation expresse de créer une nouvelle institution spécialisée, elle a fait naître de nouvelles fonctions dans le domaine des télécommunications, de l'énergie et des postes. Ces nouvelles fonctions de régulation ont provoqué un débat sur la place de l'Etat dans la régulation publique des activités économiques. En effet, désormais, « les Etats membres devraient garantir l'indépendance de la ou des autorités réglementaires nationales, afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions »⁹⁹⁹. L'appellation « autorité de réglementation nationale », généralisée explicitement dans le domaine des télécommunications et des postes et implicitement dans le domaine énergétique, s'est transformée, peu à peu, en « autorité de régulation nationale ». Ce changement lexical témoigne, entre autres, de la prise de conscience, de la part des autorités communautaires, de l'interventionnisme des Etats membres dans ces secteurs, à la fin des années quatre-vingt-dix. En effet, ceux-ci étant largement investis dans l'exploitation de ces domaines, le principe de séparation entre l'opérateur et le régulateur, autrement dit l'exigence d'impartialité, impliquait de confier la régulation à une autorité indépendante. Dès lors, la dénomination de « régulation » avait cet avantage par rapport à la « réglementation » de ne pas être consubstantiellement liée à la notion de « pouvoir exécutif ».

L'idée d'impartialité de l'action publique avait aussi justifié, pendant les années quatre-vingt, la création et la généralisation d'une nouvelle figure juridique en Europe continentale : l'autorité administrative indépendante. Celle-ci traduit la volonté, de la part des pouvoirs publics, de laisser certains domaines économiques, ou relatifs aux libertés fondamentales, hors de l'influence du pouvoir politique, pour garantir une action impartiale

⁹⁹⁹ Considérant numéro 11, 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

de l'administration. Cependant, garantir l'impartialité de certaines institutions, en leur octroyant une indépendance effective ainsi que, le cas échéant, des fonctions de régulation, pose un ensemble de problèmes théoriques comme constitutionnels. La confrontation entre ces problèmes juridiques et la réalité institutionnelle en Europe continentale pousse à relativiser très sérieusement le principe de l'unité de l'administration et celui de sa subordination au gouvernement.

Pour l'instant, seule une lecture souple des textes constitutionnels des Etats membres autorise la reconnaissance de l'existence de l'ensemble des autorités administratives indépendantes. Cette institution, voulue impartiale, va être « recyclée » et adaptée à la régulation publique du domaine économique, pour créer les autorités indépendantes de régulation des services publics organisés en réseaux. Elles ne bénéficient que d'une présomption de constitutionnalité au regard de l'ensemble des incertitudes constitutionnelles qui les entourent ce qui leur donne un statut instable. Celui-ci justifie qu'elles ne puissent perdurer qu'au prix d'une grande efficacité technique, nécessaire pour leur donner une légitimité face au législateur, au gouvernement et aux secteurs concernés.

Conclusion de la partie

Le choix de l'indépendance de l'organe chargé de réguler les services publics organisés en réseaux, et par conséquent la généralisation des autorités indépendantes de régulation en Europe, est bien le résultat de plusieurs influences croisées bien dissociables. Cependant, si l'influence s'est exercée sur la solution, les facteurs qui ont conduit au choix de l'indépendance sont radicalement différents.

Dans les modèles anglo-saxons l'indépendance a été choisie comme moyen de garantir l'externalisation de la fonction de régulation. Le but était d'éviter un accroissement des pouvoirs de l'exécutif aux Etats-Unis et de réduire l'implication gouvernementale dans certains secteurs au Royaume-Uni. En Europe continentale, l'indépendance s'est imposée comme le moyen de garantir l'impartialité de la fonction de régulation.

Le premier type d'interaction s'est exercé entre le modèle de référence états-unien et ce qui est devenu le modèle britannique de régulation. Du modèle nord-américain, les britanniques ont su importer le concept même de régulation indépendante des services publics organisés en réseaux. Mais en important ce modèle, ils ne s'en sont servis que comme d'un « modèle repoussoir ». Il n'y a donc pas eu de transplantation directe, mais plutôt ce qui peut être qualifié d'hybridation des droits.

Certains éléments ont fait le succès et la pérennité du modèle anglo-saxon. Il s'agit, d'une part, de l'organisation d'un réel encadrement des ARI pour obtenir un « équilibre interpolable ». Celui-ci suppose un ensemble de contrôles diffus exercés par les trois pouvoirs incluant, notamment, la responsabilité directe des autorités indépendantes devant le Parlement. D'autre part, il faudrait retenir le pragmatisme avec lequel les anglo-saxons ont su faire évoluer leur gestion de la régulation des services publics organisés en réseaux. Il convient aussi de relever certaines carences inhérentes à ces systèmes précurseurs dans régulation indépendante. La principale reste un contrôle juridictionnel dont l'intensité ne va pas au-delà de l'erreur manifeste d'appréciation. De plus, si l'indépendance est un choix de politique institutionnelle dans les modèles anglo-saxons, elle est parfois organiquement garantie mais souvent beaucoup moins prononcée fonctionnellement. La raison est simple, le choix porté sur l'indépendance n'est pas le résultat d'une contrainte juridique, comme peut

l'être la déclinaison du principe d'impartialité, matérialisée en droit communautaire par la séparation de l'opérateur et du régulateur.

Ainsi, les pays d'Europe continentale, sans minimiser l'influence directe qu'ont pu avoir les modèles anglo-saxons sur le choix de l'indépendance, ont plutôt évolué vers une régulation indépendante dont le fondement est le souci d'impartialité. En effet, la figure juridique de l'autorité administrative indépendante existait déjà dans la plupart de ces pays. Cette figure trouvait, elle aussi, sa raison d'être dans la nécessité de surveiller et d'organiser certains secteurs en toute impartialité. Plus d'une dizaine d'années de pratique de délégation de fonctions à des autorités administratives indépendantes a très logiquement impliqué leur « recyclage » sous l'influence du droit communautaire. Ce dernier, sous l'habillage juridique du principe de séparation de l'opérateur et du régulateur, a implicitement requis une régulation impartiale. Or, les Etats membres intervenaient par le biais de leur opérateur historique sur les marchés de services publics organisés en réseaux. Ils ont donc opté, au prix d'un processus politique parfois difficile, pour la création d'autorités administratives indépendantes sectorielles prenant en charge la régulation des secteurs de l'énergie, des postes et des télécommunications.

Par conséquent, en Europe continentale, si l'Etat offrait certaines garanties d'impartialité, notamment en se retirant du capital des opérateurs agissant sur les marchés de services publics, il serait tout à fait possible d'envisager une régulation du secteur, toujours impartiale, mais cette fois sans indépendance. A bien y réfléchir, quoi de plus logique que la récupération, dans le giron du pouvoir exécutif, de l'organisation et de la surveillance des missions de service public ? Certains argumenteront l'inefficacité des services de l'administration, le manque d'expertise ainsi que leur difficile adaptation à la rapidité des nouvelles évolutions. Mais avancer que l'administration est un appareil en perte de vitesse est un faux problème qui ne tient pas compte de la nécessaire mutabilité de celle-ci. Les méthodes de l'administration doivent évoluer pour éviter que perdure une forme institutionnelle qui, si l'Etat n'est plus opérateur, aura perdu toute justification objective. Dès lors, des services sectoriels efficaces pourraient être mis en place, quitte à ce que la structure de la Commission d'experts soit la formule choisie, sans indépendance, mais en toute impartialité.

En attendant, si les Etats membres tendent progressivement à se désengager de leurs opérateurs historiques, pour l'instant, une grande partie d'entre eux conserve un certain

pouvoir sur ceux-ci. Dès lors, après avoir envisagé la raison pour laquelle le principe d'indépendance a émergé en Europe, il faut déterminer comment l'indépendance de l'autorité de régulation nationale a été organisée dans les Etats membres, sous l'influence du droit communautaire.

PARTIE II : LA RELATIVITE DE L'INDEPENDANCE

« Si le débat sur la régulation est souvent cacophonique, il est du moins marqué par la prédominance d'une note, qui se détache et se reconnaît aisément par sa constance : celle de l'idée d'indépendance », ainsi s'exprimait Thierry Tuot dans l'ouvrage dirigé par Martine Lombard, « Régulation économique et démocratie »¹. A l'heure d'évaluer l'indépendance des autorités de régulation des services publics organisés en réseaux, il convient d'éclairer le concept d'indépendance². « Valeurs et concepts naissent de la comparaison »³. Dès lors, puisque l'indépendance est un concept, par essence relatif, son évaluation ne peut émaner que de la comparaison entre « le moins indépendant » et « le plus indépendant ». Ainsi, la recherche d'une caractérisation de l'indépendance des ARI ne peut émerger que de la comparaison entre les dispositions des Etats membres offrant « le moins d'indépendance » et ceux offrant « le plus d'indépendance ».

Il convient d'abord de préciser la portée du vocable d'indépendance. Il ne peut avoir dans le domaine de la régulation le même sens et la même valeur que lorsque l'on parle de l'indépendance d'un Etat, par exemple, en ce que les ARI ne disposent pas, à la différence de celui-ci, de la compétence de leur compétence⁴. En témoigne le fait que, dans les Etats membres évoqués, l'indépendance des A.A.I. n'est pas constitutionnellement reconnue et le législateur ordinaire peut, à tout moment, décider de supprimer ces instances. Dès lors, il ne peut s'agir d'une indépendance absolue mais, du fait de son organisation à l'intérieur même d'un Etat, d'une indépendance relative que le droit peut plus ou moins organiser, selon le degré souhaité⁵.

L'indépendance peut être envisagée sous deux aspects. En premier lieu, l'indépendance organique. Pour rendre une entité organiquement indépendante, il faut que les

¹ Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : « Régulation économique et démocratie », Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 219.

² Il s'agit d'un concept et non d'une notion dans la mesure où l'indépendance en tant que valeur absolue n'existe pas. En effet, l'indépendance, en tant qu'objet conçu par l'esprit, est un objectif à atteindre plus qu'un résultat matérialisable.

³ Citation attribuée à Lao Tseu, *Dao De Jing*, (*Livre de la Voie et de la Vertu*).

⁴ La comparaison et l'exemple sont tirés des propos de Thierry Tuot : « Perspectives d'évolution », précité, p. 224.

⁵ Thierry Tuot estime qu'« il ne peut s'agir que d'une forme d'autonomie, que le droit peut plus ou moins développer, selon le degré que l'on souhaite atteindre », Tuot T. : « Perspectives d'évolution », précité, p. 224.

règles de nomination des membres (composition et mandat des membres) ainsi que les règles de fonctionnement interne (procédure budgétaire et prise de décision) reflètent un détachement par rapport à l'organe vis-à-vis duquel l'indépendance est imposée. Cependant, ces éléments ne sont que le meilleur moyen pour garantir l'indépendance. Ils reflètent ce qu'il est possible de qualifier d'« affichage » de l'indépendance. Mais, pour que l'indépendance soit effective, il convient aussi de s'assurer que l'organe vis-à-vis duquel elle est imposée ne puisse influencer l'action de l'entité.

Par conséquent, en second lieu, l'indépendance doit être envisagée sous son aspect fonctionnel. Il s'agit de l'indépendance d'action, c'est-à-dire la capacité, pour l'entité considérée, d'exercer ses pouvoirs sans être soumise aux prescriptions de l'organe dont le détachement est requis.

L'indépendance organique des autorités de régulation nationales, vis-à-vis du pouvoir exécutif des Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'une entreprise agissant sur le marché régulé, a été imposée par le droit communautaire. Dès lors, les Etats membres interventionnistes se sont adaptés et ont généralisé dans ces secteurs la figure de l'autorité de régulation indépendante. Cependant, l'étude comparée de l'indépendance organique, dans les cinq Etats choisis, révèle une hétérogénéité des règles visant à l'assurer. Ainsi, leur évaluation permet de sélectionner celles qui sont considérées comme les plus efficaces, sans jamais les trouver dans le même Etat. Ceci implique, par conséquent, la qualification de l'indépendance organique comme perfectible (Titre I).

L'indépendance fonctionnelle, si elle n'est que suggérée par le droit communautaire, découle cependant de l'objectif d'indépendance en général. Elle n'est pas vérifiée actuellement au regard des dispositions internes des Etats considérés. En effet, l'indépendance d'action des ARI est relative dans la mesure où persistent certains cas d'encadrement fonctionnel du régulateur par les gouvernements nationaux. Ces situations sont dénoncées et critiquées notamment par la Commission européenne. Il conviendrait donc d'y remédier en supprimant tout lien entre le pouvoir exécutif et les ARI, ce qui ne peut se faire qu'en assurant un autre type d'encadrement fonctionnel, légitime, celui-ci, au regard des implications communautaires. Les parlements nationaux pourraient assurer un aspect de cet encadrement si la mise en oeuvre de la reddition de comptes était reconsidérée. Le juge assure déjà, par un contrôle des actes des ARI le deuxième aspect de cet encadrement. Ainsi, l'indépendance fonctionnelle des ARI devrait être réorganisée (Titre II).

TITRE I : L'INDEPENDANCE ORGANIQUE A PARFAIRE

L'objectif de l'indépendance organique est en premier lieu d'éviter une capture du régulateur par le secteur régulé. Cependant, sachant que l'Etat est opérateur sur le marché, il faut aussi organiser une indépendance vis-à-vis de l'Etat pour éviter une capture du régulateur par les pouvoirs publics. C'est ce qui résulte des textes communautaires relatifs à la libéralisation des services publics de réseaux. En effet, la généralisation du principe de l'indépendance organique du régulateur se traduit, en premier lieu, par l'indépendance principale vis-à-vis du secteur régulé, et en second lieu, par l'indépendance accessoire vis-à-vis de l'Etat interventionniste. Les Etats membres, presque toujours propriétaires de leurs opérateurs historiques, vont donc s'adapter au principe de la régulation indépendante. Mais cette adaptation va être progressive et laborieuse. En effet, les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale, et d'indifférence du droit communautaire au régime de propriété des Etats membres, ont limité l'impact de la préférence communautaire pour la régulation indépendante. Ces ambiguïtés ont eu pour conséquence une difficile généralisation du principe de la régulation indépendante (Chapitre I).

Comme le souligne la doctrine, « la question de l'indépendance est l'une des plus difficiles qui soit, car l'essentiel est dans la concrétisation, dans l'indépendance effective. Or, l'indépendance peut être ineffective alors que les textes en ont posé les garanties mais l'inverse est aussi vrai : l'indépendance peut être effective alors même que les textes ou l'organisation générale de l'Autorité n'en auraient pas donné toutes les conditions. Comme il a souvent été souligné, l'indépendance est un état d'esprit, et l'état d'esprit ne se décrète pas »⁶. Les législateurs européens ont cependant aménagé l'indépendance organique des autorités de régulation. Les textes institutifs témoignent d'une très grande diversité dans l'appréhension des règles garantissant cette indépendance. Ainsi, les Etats membres se sont concentrés, d'une part, sur des dispositions assurant, plus ou moins effectivement, que la composition des ARI soit détachée de toute influence du pouvoir exécutif. D'autre part, ils ont édicté des règles visant à ce que le fonctionnement des régulateurs ne soit pas soumis à la prééminence de celui-ci (Chapitre II). De l'expérience comparée des Etats membres il sera possible d'imaginer un prototype d'autorité de régulation la plus indépendante qui soit.

⁶ Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome II, chapitre III.

Chapitre I : La difficile généralisation du principe de l'indépendance organique

La création d'autorités de régulation indépendantes n'est la conséquence d'une exigence communautaire que si les Etats membres conservent une forme d'intervention sur le marché concerné⁷. Les directives de libéralisation, dans l'optique d'éviter toute « capture » du régulateur par le secteur régulé, n'ont imposé que l'indépendance juridique et fonctionnelle entre l'organe en charge de la réglementation et les opérateurs du secteur. Cette prescription vise à empêcher que le régulateur soit à la fois juge et partie⁸. Cependant, le problème s'est posé de savoir quelle attitude adopter dans le cas où les Etats membres décident de conserver la propriété, ou une forme de contrôle, d'un des opérateurs agissant sur le marché libéralisé. Le droit communautaire y répond en imposant une stricte indépendance organique entre les fonctions de réglementation et les activités liées à la propriété et au contrôle. La Commission vérifie la réalité de cette séparation structurelle et n'a pas hésité à engager des procédures d'infraction contre les Etats qui ne se sont pas conformés à cette obligation. Ainsi, les conditions de l'indépendance du régulateur s'apprécient, à titre principal, par rapport au secteur régulé, ce n'est qu'à titre subsidiaire que les Etats interventionnistes sont tenus d'assurer l'indépendance organique du régulateur à l'intérieur même de leur structure administrative (Section I).

La confrontation de la régulation indépendante avec certains principes généraux du droit communautaire et les dispositions des Traités fait apparaître pourquoi le droit communautaire n'a pas imposé directement telle ou telle solution. Il laisse les Etats membres libres de choisir entre l'indépendance organique de l'entité en charge de la régulation du secteur et l'abandon de tout interventionnisme sur le marché. En premier lieu, l'obligation de privatiser un opérateur public n'est pas conciliable avec le principe de neutralité du droit

⁷ Cela ne sera peut-être plus le cas si les dernières propositions de la Commission sont adoptées dans la mesure où elles ne conditionnent plus l'indépendance au principe d'impartialité mais optent plutôt pour une indépendance absolue, ce qui semble, d'ailleurs, juridiquement très difficilement justifiable et acceptable. Voir : proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, du 19 septembre 2007, COM (2007) 528 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, du 19 septembre 2007, COM (2007) 529 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 697 final.

⁸ Sur ce point, voir *supra* p. 130 et s.

communautaire face au régime de propriété des Etats membres. En deuxième lieu, les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale n'ont pas permis aux instances communautaires de contraindre les Etats membres à créer des entités ayant la forme d'autorités de régulation indépendantes. En dernier lieu, le principe de coopération loyale implique que les Etats prennent toutes les mesures visant à assurer la mise en oeuvre de leurs obligations. Dès lors, s'ils voulaient conserver une intervention dans leurs opérateurs, les Etats membres ne pouvaient pas rester dans une situation non conforme aux prescriptions communautaires. L'adaptation au principe de la régulation indépendante a été relativement hésitante en France, alors qu'elle a fait l'objet d'un consensus dans les autres Etats membres. Si ce processus a pris un certain temps, la figure de l'autorité de régulation indépendante est désormais généralisée dans la grande majorité des Etats membres (Section II).

Section I : L'ambivalence de l'indépendance organique requise par le droit communautaire

L'indépendance n'est pas un concept absolu, mais plutôt relatif qui ne se mesure que par degrés. En ce sens, le droit communautaire a, peu à peu, précisé sa propre conception de l'indépendance. Si certaines tentatives ont été faites pour imposer une indépendance face au gouvernement, elles ont été rejetées par les institutions communautaires au profit d'une indépendance de principe vis-à-vis des opérateurs. En effet, il faut éviter toute capture de la régulation par les opérateurs agissant sur le réseau des services publics. Définie respectivement par la Cour, puis par le droit dérivé, l'indépendance se veut juridique et fonctionnelle.

Mais si l'indépendance principale doit être envisagée en premier lieu par rapport au secteur régulé (§1), il reste le cas particulier de certains Etats membres interventionnistes dans le domaine des services publics. Ne pouvant être opérateur et régulateur sur le même marché, par application du principe d'impartialité, ces Etats, s'ils veulent conserver leur emprise sur le marché, doivent confier les fonctions de régulation à une entité indépendante. Ainsi, un nouveau type d'indépendance, accessoire, a vu le jour pour le cas particulier des Etats interventionnistes : l'indépendance organique du régulateur par rapport au gouvernement (§2). Ce type d'indépendance doit avoir les caractères d'une séparation structurelle effective, sous la surveillance des institutions communautaires.

§1 L'indépendance principale vis-à-vis de l'opérateur

Contrairement à ce qui a souvent été argumenté⁹ le droit communautaire n'exige, à titre principal qu'une indépendance de l'organe en charge de la régulation face au secteur régulé¹⁰ (A). Cette indépendance, qui trouve son origine première dans le principe d'impartialité de la régulation, n'est pas une idée nouvelle. En effet, elle avait déjà été formulée comme le moyen d'éviter la « capture » du régulateur par les intérêts du secteur régulé aux Etats-Unis¹¹. La Cour de Justice, puis le droit dérivé vont affiner ce qui apparaît aujourd'hui comme la teneur du principe d'indépendance : elle doit avoir les caractères d'une indépendance juridique et fonctionnelle entre l'organe en charge de la régulation du secteur et l'opérateur (B).

A L'indépendance face au secteur régulé

S'il apparaît actuellement évident que le principe d'indépendance, émanant de la séparation entre l'opérateur et le régulateur¹², s'évalue par rapport au secteur régulé et non pas par rapport au pouvoir exécutif, cela n'a pas toujours été le cas.

Les institutions communautaires, notamment la Commission, ont peut-être eu comme intention première une régulation indépendante des pouvoirs exécutifs nationaux, mais elles ne l'ont jamais laissé transparaître¹³. En effet, elles se sont toujours prononcées pour une

⁹ En effet, la lecture de la doctrine française révèle fréquemment l'affirmation que le droit communautaire « impose » la création d'autorités indépendantes de régulation. Ce raccourci est pratique mais manque de précision. En effet, le droit communautaire n'impose que la création d'autorités de régulation nationales qui sont structurellement et fonctionnellement indépendantes du secteur lorsque l'Etat est à la fois opérateur et régulateur sur celui-ci. Voir en ce sens, Jacques Fournier qui souligne par une lecture stricte du droit communautaire, que celui-ci n'a jamais imposé une solution particulière ni prescrit l'« externalisation » du régulateur par rapport à l'Etat, Fournier J. : « La nouvelle réglementation des télécommunications », *C.J.E.G.*, mars 1997 p. 90.

¹⁰ En ce sens : Lombard Martine : « La régulation dans un Etat de droit », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.) : « Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation », *Droit et économie de la régulation*, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 26.

¹¹ Sur ce point voir *supra* p. 75 et s.

¹² Voir *supra* p. 130 et s.

¹³ Ce n'est plus le cas dans la mesure où la Commission explique qu'« il doit être prévu, en droit national, une disposition expresse garantissant qu'une autorité de régulation nationale, dans l'exercice de ses fonctions, est à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité (...) ». De même, elle propose que « les autorités de régulation nationales ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe (...) », respectivement, sixième considérant et article 1^{er} paragraphe 3 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE

indépendance vis-à-vis du secteur régulé. En témoigne le souci constant de faire ressortir, à travers les textes, l'indépendance de la régulation uniquement par rapport aux opérateurs. Par exemple, si la directive postale établit, dans son article premier, des règles communes concernant « la création d'autorités réglementaires nationales indépendantes »¹⁴, elle précise ensuite que l'indépendance s'évalue par rapport au secteur régulé, en disposant que les autorités réglementaires nationales indépendantes seront « juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux ».

Cependant, en s'appuyant sur l'expérience anglo-saxonne, certains ont essayé de faire passer, via la législation communautaire, l'idée d'une régulation indépendante de l'exécutif. Il est possible de citer en exemple l'amendement du Parlement européen dans la proposition modifiée de directive énergie de la Commission, du 7 juin 2002, exigeant que les autorités de régulation nationales soient indépendantes des gouvernements. Certains parlementaires voulaient, en effet, graver dans le marbre un certain attachement pour une régulation indépendante, calquée sur le modèle anglo-saxon. Cet amendement a été refusé par la Commission¹⁵.

Ainsi, le souci premier du droit communautaire est bien d'assurer l'indépendance de la régulation par rapport au secteur régulé. L'indépendance vient donc pallier le risque, ou le soupçon, de « capture » du régulateur¹⁶ par les intérêts du secteur régulé. Il faut éviter que l'industrie en cause, un opérateur individualisé ou un groupe de pression, s'approprient la régulation. La Commission souligne cette nécessité dans son quatrième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation des télécommunications¹⁷. Elle y indique, en effet, que l'indépendance peut être compromise notamment par une « capture réglementaire », si jamais

relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 697 final.

¹⁴ La directive dans son article premier précise qu'elle établit des règles communes concernant « la création d'autorités réglementaires nationales indépendantes » sans plus de précision, laissant supposer l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique autonome. Directive 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (J.O.C.E., n° L 15, du 21 janvier 1998, p. 14) modifiée, mais restée inchangée sur ce point, par la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (J.O.U.E., n° L 52, du 27 février 2008, p. 3).

¹⁵ Amendement numéro 12, proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 96/92/CE et 98/30/CE concernant des règles communes pour les marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel (présentée par la Commission conformément à l'article 250, paragraphe 2 du traité CE), COM (2002) 304 final (J.O.C.E. n° E 227, du 24 septembre 2002, p. 393).

¹⁶ Sur la capture du régulateur, voir *supra* p. 75 et s.

¹⁷ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, quatrième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, le 25 novembre 1998, COM (1998) 594 final.

le personnel des A.R.N. est influencé par l'opérateur en place ou les intérêts d'autres opérateurs. Cette indépendance, vis-à-vis du secteur régulé, a trouvé progressivement une consistance juridique, par le biais de la jurisprudence de la Cour, puis dans le droit dérivé.

B Une indépendance juridique et de fonctionnement

En principe, la Cour ne se préoccupe pas de la consistance de la notion d'indépendance. Sa volonté semblait en effet être de laisser aux Etats la faculté de déterminer, en opportunité, les modalités de cette indépendance¹⁸. C'est ce qui résulte, par exemple, de l'affaire *Houtwipper*, du 15 septembre 1994¹⁹, mettant en cause le poinçonnage des métaux précieux par des organismes indépendants. Dans cet arrêt, la Cour estime qu'« il appartient au juge national de vérifier si le poinçonnage (...) a été effectué par un organisme offrant des garanties d'indépendance ». Cependant, la notion d'indépendance en l'espèce est une notion nationale et non communautaire. Ainsi, dans le domaine de la régulation des services publics organisés en réseaux, les institutions ont progressivement encadré la notion d'indépendance des autorités de réglementation nationales. C'est, en premier lieu, par la série de jurisprudences *Decoster*, *Taillandier* et *Lagauche*²⁰, que la Cour a déterminé, en creux, les contours de la notion d'indépendance. Ces contours sont précisés par la suite en droit dérivé.

¹⁸ En ce sens : Péraldi-Leneuf F. : « La libéralisation du marché des terminaux de télécommunications et la jurisprudence communautaire : une connexion en cours », Europe, février 1996, chron. p. 1.

¹⁹ Pt. 22 C.J.C.E., 15 septembre 1994, *Procédure pénale c/ Ludomira Neeltje Barbara Houtwipper*, aff. C-293/93, concl. Gulmann C., 9 juin 1994, Rec. 1994, p. I-4249 ; Simon D., *Europe*, Novembre 1994, p. 7.

²⁰ C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Francine Decoster, épouse Gillon*, aff. C-69/91, concl. Tesauo G., 3 juin 1992, Rec. 1993, p. I- 5335 ; Hancher L., *C.M.L.R.*, 1994, p. 857 ; Taylor S.M., « Article 90 and Telecommunications Monopole », *E.L.R.*, 1994, p. 322. C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Annick Taillandier, épouse Nény*, aff. C-92/91, concl. Tesauo G., 3 juin 1992, Rec. 1993, p. I-5383 ; Hancher L., *C.M.L.R.*, 1994, p. 857 ; Taylor S. M., « Article 90 and Telecommunications Monopolies, European Competition », *E.L.R.*, 1994, p. 322. C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procureur du Roi c/ J.M. Lagauche e.a.*, aff. C-46/90 et C-93/91, concl. Lenz C.O., 2 décembre 1992, Rec. 1993, p. I-5267 ; Defalque L., *J.T.D.E.*, 1993, p. 76 ; Hancher L., *C.M.L.R.*, 1994, p. 857.

1 Les contours jurisprudentiels de l'indépendance

Dans les arrêts *Decoster*²¹ et *Taillandier*²², qui concernaient le système français, les requérants reprochaient à la procédure d'agrément, de contrôle et de formalisation, sa contradiction avec l'article 6 de la directive 88/301²³. Cet article, comme évoqué précédemment, exigeait l'indépendance de l'organisme en charge de cette procédure vis-à-vis des entreprises offrant des biens ou des services dans le domaine des télécommunications.

La Commission a donné son point de vue sur la notion d'indépendance dans le rapport d'audience. Elle estime que « deux directions différentes d'une même administration, placées sous une autorité commune, ne peuvent être considérées comme indépendantes l'une de l'autre ». A cette époque, en France, le décret 89-327 du 19 mai 1989 avait créé la Direction de la réglementation générale, indépendante de l'exploitant public, France Télécom, dans l'optique de séparer les fonctions de réglementation et d'exploitation. L'Avocat Général Tesaro, tout en remarquant qu'un consensus général « se forme sur la considération que des conditions équitables de concurrence n'existent que dans la mesure où le système institué par des Etats membres garantit l'indépendance et l'impartialité de la réglementation et des contrôles », précise que la formalisation, le contrôle et l'agrément « étaient effectués par des organes administratifs qui faisaient tous partie de l'administration centrale des postes et télécommunications », ce qui équivalait à exclure toute garantie d'indépendance. Selon lui, s'il est vrai que les tâches pouvaient être réparties entre différentes directions générales ou d'autres composantes de la même administration, elles relevaient toutefois d'une seule administration de l'Etat et étaient hiérarchiquement soumises à une seule autorité de décision. L'Avocat Général a ajouté que le régime applicable prévoyait une liaison, hiérarchique ou fonctionnelle, entre les différentes directions considérées. L'imbrication de responsabilités est aussi relevée comme un indice démontrant la dépendance. La Cour de justice a suivi en tous

²¹ C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Francine Decoster, épouse Gillon*, précité.

²² C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Annick Taillandier, épouse Nény*, précité. L'arrêt *Lagauche* concerne l'organisation des télécommunications Belges. La R.T.T., à l'époque des faits, entreprise publique présente sur le marché des télécommunications, était aussi en charge d'octroyer l'agrément sur les appareils de radiocommunications. La procédure d'agrément ne fournissait par conséquent pas les garanties d'indépendance nécessaires. Le gouvernement belge a d'ailleurs admis, au cours de l'audience, que la division des activités n'avait pas été opérée en Belgique. C.J.C.E., 27 octobre 1993, *M. le Procureur du Roi c/ J.-M. Lagauche et autres*, précité.

²³ Directive 88/301/CEE de la Commission, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications (J.O.C.E. n° L 131 du 27 mai 1988, p. 73). Son article 6 disposait : « Les Etats membres assurent qu'à partir du 1er juillet 1989 la formalisation des spécifications mentionnées à l'article 5 et le contrôle de leur application ainsi que l'agrément sont effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou des services dans le domaine des télécommunications ».

points ses conclusions et exprimé sa position de principe dans les mêmes termes pour les deux affaires : « (...) des directions différentes d'une même administration ne sauraient être considérées comme indépendantes l'une de l'autre, au sens de l'article 6 de la directive »²⁴.

L'exigence d'indépendance, au sens du droit communautaire, et selon l'interprétation de la Cour, ne peut, si l'Etat est partie prenante sur le marché, être satisfaite par une division des responsabilités dans une même administration. Il est dès lors possible de déduire que l'indépendance implique une absence de lien hiérarchique, ce qui paraît logique, mais aussi une absence d'appartenance à la même organisation hiérarchique. L'indépendance, comme le souligne une partie de la doctrine, doit se donner à voir²⁵, elle exclut par conséquent que les activités de réglementation et d'exploitation soient exercées par des entités soumises au même centre décisionnel. Le principe d'indépendance juridique et fonctionnelle entre l'opérateur et le régulateur, sans être formalisé, commençait à se profiler.

Quelques années plus tard, la Cour, en restant en deçà de ce qu'elle aurait pu avancer, a rendu une décision qui peut être interprétée comme laissant aux Etats membres une certaine marge de manoeuvre pour adapter leurs propres administrations des télécommunications²⁶.

En France, un seul laboratoire était habilité pour effectuer des essais applicables aux équipements terminaux, le Laboratoire d'essai et d'agrément (L.E.A.). Ce laboratoire faisait partie intégrante d'un centre de recherches, le Centre national d'études des télécommunications (C.N.E.T.), qui était lui-même intégré à France Télécom. La réglementation française, visée en l'espèce, attribuait à une direction du ministère des postes et télécommunications qui était séparée, à tout le moins formellement, de l'entité chargée de l'exploitation du réseau et de la fourniture des biens et des services connexes, les phases de la formalisation des spécifications techniques et de la délivrance matérielle de l'agrément. En revanche, le contrôle des spécifications techniques, bien qu'il soit formellement exercé par la même direction du ministère, était fondé sur des contrôles techniques et des essais effectués par le L.E.A.

La Cour, dans l'arrêt *Tranchant*, a considéré, suivant en cela les conclusions de l'Avocat Général Tesauro, que les essais effectués par un laboratoire rattaché à un opérateur

²⁴ Respectivement, points 16 et 15 des arrêts *Decoster* et *Taillandier*, précités.

²⁵ Voir par exemple : Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité.

²⁶ C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Tranchant*, aff. C-91/94, concl. G. Tesauro, 6 juin 1995, Rec. 1995, p. I-3922 ; Fourgoux J.C., D., 1996, p. 2 ; Idot L., *Europe*, Janvier 1996, p. 22.

économique, France Télécom, ne pouvaient satisfaire à l'exigence d'indépendance de l'article 6 de la directive 88/301. L'arrêt illustre ce qui, dès 1993, aurait dû entrer dans le droit positif des Etats membres, par le biais de la directive 92/44/CE : la séparation juridique entre l'organisme chargé de la réglementation et l'exploitant de services de télécommunications.

De son côté, l'Avocat Général a estimé que si la condition d'indépendance était satisfaite par la législation française, à tout le moins formellement, en ce qui concerne les phases de la formalisation des spécifications techniques et de la délivrance de l'agrément, cette même condition n'était pas remplie pour ce qui était de la phase de contrôle desdites spécifications²⁷. La situation n'était pas, selon les propos de l'Avocat Général, conforme « aux exigences prescrites d'indépendance ». L'expression « à tout le moins formellement » pousse à déduire, par un raisonnement *a contrario*, que « substantiellement » l'indépendance des phases de formalisation des spécifications techniques et de délivrance de l'agrément ne remplissaient pas non plus, aux yeux de l'Avocat Général, l'exigence d'indépendance. En effet, si la séparation juridique entre France Télécom et le ministère des postes et des télécommunications fut réalisée, par la transformation du premier en établissement public, leur dépendance fonctionnelle n'avait pas été altérée, puisque France Télécom était encore, en 1990, sous la tutelle du ministère²⁸. Ainsi, un deuxième critère tend à s'ajouter dans la définition de l'indépendance, au sens de l'Avocat Général, il s'agit cette fois de l'indépendance fonctionnelle. Cette situation jurisprudentielle s'est cristallisée sous l'effet de la directive 92/44/CE qui exige une indépendance juridique et fonctionnelle par rapport aux organismes de télécommunications.

2 L'indépendance dans le droit dérivé

L'exigence d'indépendance a pris une nouvelle consistance textuelle. En effet, la notion d'autorité réglementaire apparaît et la définition de son indépendance est posée dans l'article 2 de la directive 92/44/CE : « autorité réglementaire nationale : dans chaque Etat membre, l'organe ou les organes qui sont juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants des organismes de télécommunications et auxquels l'Etat membre confie, entre autres, les fonctions réglementaires relevant de la présente directive »²⁹. Il y a donc deux

²⁷ Conclusions Tesouro sur : C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Tranchant*, précité, spéc. p. 3920.

²⁸ En ce sens, article 1 de la loi n° 90-568, du 2 juillet 1990, relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications (J.O.R.F., du 8 juillet 1990, p. 8062).

²⁹ Article 2, directive 92/44/CEE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (J.O.C.E., n° L 165, du 19 juin 1992, p. 27).

critères pour évaluer l'indépendance de l'organisme chargé de la régulation du secteur, une distinction juridique et une indépendance fonctionnelle vis-à-vis du secteur. Néanmoins, même s'il existe un lien évident entre les deux, d'après la communication de la Commission du 20 octobre 1995³⁰, l'indépendance fonctionnelle se rapproche plus d'une indépendance dans le fonctionnement technique de l'A.R.N. que de l'interdiction formelle de recevoir des instructions.

Peu de précisions ont été apportées sur les critères de l'indépendance requise par cette directive, jusqu'à la communication de la Commission du 20 octobre 1995, ne relevant cependant plus du droit dérivé³¹. Cette dernière, tout en avançant que quatre Etats membres ne satisfaisaient pas aux conditions d'indépendance de l'A.R.N. par rapport aux fonctions d'exploitation du secteur³², explicite ces notions. Elle souligne le caractère « réel » de la séparation juridique qui doit être démontré, l'indépendance financière entre les entités en charge de la réglementation et de l'exploitation, ainsi que l'absence de mouvement de personnel entre elles. Enfin, elle énonce en exemple une forme de séparation structurelle qui offre une garantie raisonnable de conformité avec les conditions précédentes. Deux cas de figure se présentent : si l'entreprise de télécommunications est uniquement contrôlée par des actionnaires privés, les fonctions de réglementation peuvent être attribuées à un service du ministère compétent ; si, au contraire, le ministère est l'actionnaire unique ou dominant de l'opérateur, ou lorsqu'une participation importante de l'Etat dans l'opérateur demeure, ces fonctions doivent être confiées à une entité indépendante du ministère concerné³³. Cependant, la Commission précise que « les modalités institutionnelles selon lesquelles l'indépendance est concrètement assurée peuvent varier dans une certaine mesure d'un Etat membre à l'autre en fonction de leur tradition juridique et de leur expérience respectives »³⁴. Une forme d'indépendance subsidiaire est désormais requise, l'indépendance, accessoire, vis-à-vis de l'Etat interventionniste.

³⁰ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, COM (95) 113 final, du 4 avril 1995, (J.O.C.E., n° C 275, du 20 octobre 1995, p. 2).

³¹ *Ibid.*

³² Il s'agit des Pays-Bas (le ministère des transports et des travaux publics exerce la réglementation par le biais de la direction générale de la poste et des télécommunications et est actionnaire majoritaire de K.P.N.), de la Belgique, de l'Espagne (le directeur général des télécommunications, chargé de la réglementation, est également le représentant du gouvernement au sein du conseil d'administration de Telefónica), de la Grèce (échange permanent de personnel entre l'exploitant et l'institution de réglementation) et de la France (voir *supra*, jurisprudences *Decoster* et *Taillandier*).

³³ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE, précité.

³⁴ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, précité, spéc. p. 25.

§2 L'indépendance accessoire vis-à-vis de l'Etat interventionniste

La position de la Commission est claire³⁵. Si l'Etat intervient sur le marché, en d'autres termes s'il dispose de la capacité juridique, par son contrôle sur une entreprise de réseau, d'agir sur le marché, alors il est tenu de séparer structurellement les fonctions d'intervention économique et de régulation (A). L'effectivité de cette séparation structurelle accessoire, vis-à-vis de l'Etat interventionniste³⁶, est précisée de manière informelle par la Commission. Selon la communication précitée³⁷, les fonctionnaires de l'organe auxquels les tâches de l'A.R.N. ont été assignées ne doivent pas intervenir dans la gestion de l'opérateur en place. De plus, les structures en place doivent garantir que les décisions de réglementation ne sont pas influencées par des questions de propriété dans l'opérateur³⁸.

Sans que ces mentions ne fassent partie du droit positif, l'effectivité de l'indépendance est quand même surveillée par la Commission (B). En ce sens, ses prescriptions deviennent *de facto* obligatoires. En témoignent les procédures d'infraction lancées à l'encontre de certains Etats membres sur le fondement de l'indépendance structurelle. Cependant, pour l'instant, si la Commission a introduit un recours, devant la Cour de Justice, contre la France, pour méconnaissance de l'indépendance fonctionnelle, celui-ci n'a pas abouti à une décision.

³⁵ Elle l'est beaucoup moins dans ses dernières propositions qui ne lient plus l'intervention de l'Etat sur les marchés et l'indépendance de l'autorité de régulation. Voir : proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, du 19 septembre 2007, COM (2007) 528 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, du 19 septembre 2007, COM (2007) 529 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 697 final.

³⁶ Le terme d'« interventionniste » (Sur la notion même d'« interventionnisme » et sa connotation péjorative, voir : Charlier R.-E. : « Signification de l'« intervention » de l'Etat dans l'économie », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique*, Etudes en l'honneur du doyen Georges Péquignot, Montpellier, 1984, volume I, p. 95-105) est utilisé au lieu de celui d'« actionnaire » car la Commission n'aborde que le cas dans lequel l'actionnariat est majoritaire ou dominant. Elle n'aborde jamais le cas de l'Etat en tant qu'actionnaire minoritaire, ou simple investisseur. Il y a lieu alors de se poser la question de la limite entre la présence et l'absence de conflit d'intérêt pour déterminer à partir de quel moment la régulation pourra être impartiale sans être indépendante. Sur ce point, voir *supra* p. 164 et s.

³⁷ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, précité, spéc. p. 24.

³⁸ L'indépendance de fonctionnement tend donc à garantir l'indépendance fonctionnelle, autrement dit que les A.R.N. ne subissent pas l'influence du secteur régulé et/ou du gouvernement.

A L'exigence d'une séparation structurelle effective pour l'Etat interventionniste

Suivant la Communication de la Commission, le troisième critère général d'indépendance est rentré dans le droit positif par le biais de la directive 97/51/CE³⁹. En effet, son article 5 bis vise à insérer une méthode pour garantir l'indépendance des autorités réglementaires nationales : « les Etats membres qui conservent la propriété ou, dans une large mesure, le contrôle des organismes fournissant des réseaux et/ou services de télécommunications garantissent une réelle séparation structurelle entre les fonctions de réglementation et les activités liées à la propriété et au contrôle ». Ce critère vient se surajouter à l'indépendance juridique et fonctionnelle vis-à-vis de l'opérateur.

Dans son quatrième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation des télécommunications⁴⁰, la Commission a encore délivré certains indices, afin de pouvoir vérifier la réalité de l'indépendance juridique et fonctionnelle des autorités en charge de la réglementation. Elle indique, tout d'abord, que l'indépendance peut être compromise notamment par une « capture réglementaire », dans la mesure où le personnel des A.R.N. est trop fortement influencé par l'opérateur en place ou par les intérêts d'autres opérateurs⁴¹. Elle évoque, comme indicateur, la question du détachement du personnel de l'A.R.N. par rapport aux opérateurs et fournisseurs d'installations. De même, un indicateur de dépendance serait l'existence d'une « porte à tambour » entre l'A.R.N. et l'opérateur en place en ce qui concerne le personnel⁴². Sur ce dernier phénomène, le sixième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation des télécommunications est révélateur puisqu'il dénonce, au Luxembourg, la nomination d'un membre du personnel du ministère responsable de la réglementation au conseil d'administration de l'opérateur historique⁴³.

A propos de la séparation structurelle, dans le cas où l'Etat membre reste propriétaire de l'opérateur en place ou conserve un pouvoir de contrôle important sur celui-ci, la

³⁹ Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications (J.O.C.E., n° L 295 du 29 octobre 1997, p. 23).

⁴⁰ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, quatrième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, le 25 novembre 1998, COM (1998) 594 final.

⁴¹ Sur la capture du régulateur, problématique dégagée aux U.S.A., voir *supra* p. 75 et s.

⁴² Sur la notion de « revolving door » évoquée précédemment à propos des Etats-Unis, voir *supra* p. 78.

⁴³ Sixième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, COM (2000) 814 final.

Commission reconnaît une grande diversité de solutions alternatives à mettre en place. L'indépendance n'est donc pas un principe absolu, calqué sur un modèle institutionnel rigide, mais dépend bien « de la structure juridique et administrative de l'Etat membre ». Comme le souligne la Commission, « il existe différentes manières d'assurer une séparation structurelle effective entre le ministère responsable de la participation de l'Etat dans l'entreprise de l'opérateur en place et les différents organes auxquels ont été assignées les tâches de l'A.R.N. »⁴⁴. Selon elle, les fonctionnaires de l'organe auxquels les tâches de l'A.R.N. ont été assignées ne doivent pas participer directement ou indirectement à la gestion de l'opérateur en place, ou vice-versa⁴⁵. Enfin, un indicateur serait de vérifier si les structures permettent de garantir que les décisions de réglementation ne sont pas influencées par des questions de propriété dans l'opérateur⁴⁶. L'idée maîtresse de la vérification de l'impartialité de la régulation est présente en toile de fond.

Tout en réaffirmant cette idée maîtresse, la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, vient réitérer l'exigence de séparation structurelle. En effet, après avoir exposé dans son onzième considérant que « les Etats membres devraient garantir l'indépendance de la ou des autorités réglementaires nationales, afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions », elle impose aux Etats membres dans l'article 3 alinéa 2 qu'ils « garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques ». Jusqu'ici l'affirmation n'est pas nouvelle, mais elle est précisée dans le même article : « les Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part »⁴⁷. Une séparation structurelle effective est donc

⁴⁴ Communication de la Commission, quatrième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, précité, spéc. p. 14.

⁴⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, précité, spéc. p. 24.

⁴⁶ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, quatrième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, précité, spéc. p. 14.

⁴⁷ 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

requis entre les activités inhérentes à la propriété ou à la direction des entreprises et la fonction de réglementation.

B L'effectivité de l'exigence assurée par les autorités communautaires

L'obligation de séparation structurelle effective de la fonction de réglementation et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction des opérateurs, n'a pas été généralisée dans les directives de libéralisation énergétique et postale⁴⁸. Certes l'indépendance y figure, mais son contenu n'est pas déterminé⁴⁹. Est-ce à dire qu'il appartient aux Etats membres de déterminer quelle est, selon eux, l'indépendance idoine ? Sans doute pas. En témoigne la décision de la Commission du 23 octobre 2001 relative à l'absence de contrôle indépendant des conditions appliquées par la Poste aux entreprises de routage⁵⁰. Elle condamne la réglementation française, comme contraire aux dispositions combinées des articles 86§1 et 82 T.C.E., dans la mesure où elle autorise, entre autres, des contrôles exercés par une autorité publique insuffisamment indépendante et neutre.

Suite à l'immobilisme français, la Commission européenne a décidé, l'année suivante, de demander formellement à la France de veiller à l'indépendance de l'organe national de réglementation du secteur par rapport à l'opérateur public postal⁵¹. En effet, en 2002, le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie était désigné comme autorité de réglementation nationale⁵² par les autorités françaises, au sens de la directive 97/67/CE. Il était donc responsable des tâches de régulation du secteur, mais aussi, ce qui posait problème, responsable de certaines tâches liées à la propriété de l'Etat dans La Poste et sa performance économique et financière. La procédure d'infraction ainsi lancée par la Commission, à l'encontre de la France, portait donc sur le manque d'indépendance fonctionnelle de l'A.R.N.

⁴⁸ Noter que la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (J.O.U.E., n° L 52, du 27 février 2008, p. 3) est revenu sur cette situation en introduisant une disposition exigeant que « les Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle des prestataires de services postaux veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation, d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises, d'autre part », article premier point 20.

⁴⁹ Respectivement, les articles 23 et 25 des directives énergétiques de 2003 imposent que les autorités de régulation soient totalement indépendantes du secteur régulé, sans plus de précisions. L'adverbe est cependant assez révélateur du degré d'indépendance requis.

⁵⁰ Décision 2002/344/CE de la Commission, du 23 octobre 2001, relative à l'absence de contrôle exhaustif et indépendant des conditions tarifaires et techniques appliquées par La Poste aux entreprises de routage pour l'accès à ses services réservés (J.O.C.E., n° L 120 du 7 mai 2002, p. 19). *Europe*, juillet 2002, comm. 246.

⁵¹ Avis motivé, du 26 juin 2002, relatif à l'exigence d'indépendance fonctionnelle entre l'autorité réglementaire nationale et les opérateurs postaux, Communiqué de Presse de la Commission, IP/02/932.

⁵² En ce sens, voir : Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 25 novembre 2002, sur l'application de la directive postale (directive 97/67/CE), COM (2002) 632 final, p. 25.

par rapport aux opérateurs postaux. Cette procédure faisait partie d'une série d'actions similaires entamées contre la Belgique, la Grèce, l'Italie et l'Espagne, pour avoir manqué à leurs obligations relatives à la directive de 1997. Cependant, en 2001, ces derniers Etats s'étaient déjà engagés dans la voie de l'introduction de mesures destinées à remédier à cette situation et en particulier la création d'un organe de réglementation indépendant.

La France, quant à elle, n'a pas mis en oeuvre les mesures nécessaires pour remédier à cette carence. Un recours a donc été introduit par la Commission à son encontre devant la Cour de Justice le 10 septembre 2004⁵³. A l'appui de ce recours, la Commission explique que le Ministre de l'économie et des finances, chargé des postes, est l'autorité réglementaire nationale. Parallèlement, ce ministre est aussi à la tête de la direction générale de l'industrie, des technologies de l'information et des postes, créée au sein du ministère de l'économie, qui exerce des fonctions de tutelle de La Poste. La Commission explique que la notion de tutelle comprend certaines fonctions et responsabilités dans l'entreprise publique liées à l'exercice du droit de propriété et à la performance économique et financière de La Poste. Elle en donne les exemples suivants : « la définition d'orientations stratégiques, l'offre et la tarification des services au-delà du service universel, l'intervention dans le choix des administrateurs de l'entreprise, la prise de participation dans d'autres entreprises, etc. »⁵⁴. Dès lors, la Commission conclut à la nécessité d'une séparation entre la fonction de tutelle et celle de régulation, afin de respecter le principe de l'indépendance fonctionnelle posé par la directive postale. Finalement, par ordonnance du 5 octobre 2005, le président de la C.J.C.E. a ordonné la radiation de l'affaire, suite au rétablissement par la France d'une situation compatible avec la directive.

Ainsi, la teneur de l'indépendance minimale imposée par le droit communautaire est désormais formulée. A titre principal, il s'agit d'une indépendance entre le régulateur et les opérateurs. Elle doit avoir les caractères d'une indépendance juridique et fonctionnelle. A titre subsidiaire, lorsque les Etats membres désirent conserver un certain degré d'intervention sur les marchés, ils doivent confier la régulation à une entité structurellement séparée de l'organe interventionniste.

⁵³ Recours introduit le 10 septembre 2004, contre la République française par la Commission des Communautés européennes (affaire C-389/04).

⁵⁴ *Ibid.*

Section II : L'adaptation des Etats membres au principe de la régulation indépendante

Le principe et la teneur de l'indépendance sont posés. Mais comment les Etats membres vont-ils s'adapter à cette nouvelle forme d'intervention dans la vie économique ? La réponse est simple : « Les Etats choisissent la forme que revêt leur mécanisme de régulation à condition qu'il respecte le principe d'indépendance »⁵⁵. Par conséquent, s'ouvre un choix pour l'Etat interventionniste : privatiser son opérateur historique ou confier la régulation à une autorité indépendante de son gouvernement. La question qui se pose est donc de savoir si le fait de mettre un Etat membre devant une option de ce type, n'est pas contraire aux principes généraux du droit communautaire. En effet, d'une part, imposer la privatisation des entreprises publiques agissant sur les marchés apparaît en très nette contradiction avec le principe de neutralité du droit communautaire face au régime de propriété des Etats membres. D'autre part, imposer la création d'autorités de régulation indépendantes des gouvernements, semble en contradiction avec le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale (§1).

Cependant, l'impératif de coopération loyale, tiré de l'article 10 T.C.E., impose aux Etats membres de tout mettre en oeuvre pour libéraliser les réseaux et confier la régulation à un organe indépendant du secteur. Mais l'indépendance n'est pas une valeur absolue, ce qui explique probablement la difficile adaptation des Etats membres au principe de la régulation indépendante. Les critères de l'indépendance minimale exigée par le droit communautaire vont être absorbés, par les Etats membres, tout au long des années quatre vingt dix. Le secteur français des télécommunications en est un exemple révélateur. En effet, les pouvoirs publics vont tâtonner pendant plus de cinq ans, quelques alternances de gouvernement aidant, avant de porter durablement leur choix sur la régulation confiée à une autorité indépendante. Les autres Etats membres, au contraire, vont connaître une adaptation à la régulation indépendante assez consensuelle (§2).

⁵⁵ Achilléas Ph., Jurisclasseur Europe, Droit communautaire des communications électroniques, Fasc. 1225.

§1 La délicate conciliation de la régulation indépendante et des principes du droit communautaire

Si la question de l'apparente méconnaissance, par les directives de libéralisation, des principes généraux du droit communautaire et des règles du Traité, a pu être soulevée⁵⁶, l'étude de la lettre même des textes montre plutôt un souci de concilier ces principes avec celui de coopération loyale, lequel souci explique la timidité communautaire sur la mise en oeuvre de l'indépendance de la régulation. Il est vrai que la situation de la grande majorité des Etats membres, détenteurs d'une entreprise publique sur le marché en cause, ne leur laissait guère le choix. Cependant, les termes mêmes du droit positif communautaire n'en restent pas moins en accord, d'une part, avec les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et, d'autre part, mais dans une moindre mesure, avec celui de neutralité face au régime de propriété, issu du Traité. L'ensemble doit être analysé à la lumière du principe de coopération loyale, de la part des Etats membres, dans l'optique d'effectivité du droit communautaire.

Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale, tout comme la coopération loyale, ne figurent pas *expressis verbis* dans les traités fondateurs. Si le dernier d'entre eux n'est pas complètement absent du droit communautaire originaire, car tiré de l'article 10 T.C.E.⁵⁷, l'autonomie institutionnelle et procédurale, « caractéristique fondamentale de l'architecture communautaire »⁵⁸ est plutôt un principe qui jalonne la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Elle traduit l'option initiale, des rédacteurs des traités, en faveur d'un renvoi aux formes et procédures nationales pour l'exécution du droit communautaire.

La C.J.C.E. a circonscrit ces principes dans l'affaire *International Fruit Company*⁵⁹. Elle estime que « la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les Etats à des organes déterminés,

⁵⁶ Par exemple: Terrón Santos D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Editorial Comares, 2004, spéc. p. 18.

⁵⁷ Article 10 T.C.E. : « Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission ».

⁵⁸ Le Barbier – Le Bris M. : « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum* en l'honneur de Jean Raux, , Ed. Apogée, 2006, p. 419.

⁵⁹ C.J.C.E., 15 décembre 1971, *International Fruit Company*, aff. 51 à 54-71, concl. Dutheillet de Lamothe, 10 mars 1971, Rec. 1971, p. 1107 ; Constantinesco V., *J.D.I.*, 1973, p. 523.

relève uniquement du système constitutionnel de chaque Etat »⁶⁰. Ainsi, les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale permettent aux Etats membres de conserver leur capacité organisationnelle dans la mise en oeuvre du droit communautaire répondant à une logique d'administration indirecte⁶¹. Mais l'autonomie qui est reconnue aux Etats, témoignage de leur souveraineté, comporte un risque de mise en oeuvre inégalement efficiente du droit communautaire. Intervient alors comme correctif la nécessité de canaliser les comportements étatiques, en les soumettant aux exigences du principe de coopération loyale, qui apparaît dès lors dans une relation dialectique avec l'autonomie institutionnelle et procédurale.

En effet, la coopération loyale porte, en elle-même, la restriction tenant à la liberté d'organisation dont disposent les Etats membres. Ils ne sont maîtres de leurs modalités internes de mise en oeuvre du droit communautaire que pour autant que les formes et moyens retenus garantissent le plein et uniforme effet du droit communautaire.

Partant de l'impératif de coopération loyale, tiré de l'article 10 T.C.E., et connaissant l'objectif avoué par les institutions communautaires de libéraliser les services d'intérêt économique général organisés en réseaux, deux options s'ouvraient : imposer la privatisation des entreprises publiques agissant sur les marchés ou imposer la création d'autorités de régulation indépendantes des gouvernements. Aucune de ces options n'était réalisable en l'état. La première était en contradiction évidente avec le principe de neutralité du droit communautaire face au régime de propriété des Etats membres (A). La deuxième contredisait l'autonomie institutionnelle et procédurale (B).

A Régulation indépendante et régime de propriété des Etats membres

Le principe de neutralité du droit communautaire face au régime de propriété des Etats membres est posé à l'article 295 T.C.E. : « Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ». Cette formule, reprise d'une déclaration de Robert Schuman faite le 9 mai 1950⁶², « admettait donc l'existence d'une politique

⁶⁰ *Ibid.*, pt. 4.

⁶¹ Sur la notion d'« administration indirecte », voir *infra*, p. 645 et s.

⁶² Sur la genèse de l'article 295 T.C.E., voir les conclusions de l'Avocat général sur CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ République portugaise, République française et Royaume de Belgique*, aff. Jtes C-367/98, C-483/99 et C-503/99, concl. Ruiz-Jarabo Colomer D., 3 juillet 2001, Rec. 2002 p. I-4731 ; Frison-Roche M. A., « Les conditions communautaires de validité des golden shares dans les entreprises publiques privatisées », *D.*, 2002, p. 2242 ; Guillaume E., « Libre circulation des capitaux: les enseignements des arrêts de la Cour européenne de justice du 4 juin 2002 », *C.J.E.G.*, 2002, p. 640 ; Gippini-Fournier E., Rodríguez Míguez, J. A., « Actions spécifiques dans les sociétés privatisées: le beurre ou l'argent du beurre », *R.D.U.E.*, 2003, n° 1, p. 39 ;

industrielle dans le cadre de laquelle la propriété publique de certaines entreprises permettait à l'Etat d'influer sur les objectifs de politique économique qui leur étaient assignés »⁶³. Ainsi, théoriquement, les institutions communautaires se trouvaient dans l'impossibilité de demander ou d'imposer aux Etats membres de privatiser leurs entreprises en charge des services publics organisés en réseaux. Mais, comme l'a démontré Michaël Karpenschif, la neutralité du droit communautaire à l'égard du régime de propriété en vigueur dans les Etats membres est, en réalité, une « "neutralité positive" empêchant uniquement les institutions de l'Union de se prononcer sur l'opportunité d'une telle opération [de privatisation] sans pour autant que ces dernières renoncent à engager les Etats dans cette voie »⁶⁴.

Dans cette optique, le traité comporte trois dispositions susceptibles d'entraîner une modification du régime juridique des entreprises publiques, dans le sens d'une privatisation. L'article 31 T.C.E. prévoit l'aménagement des monopoles nationaux présentant un caractère commercial, l'article 86 T.C.E. implique la soumission des entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général aux règles de la concurrence, et enfin, les dispositions sur les aides d'Etat peuvent interférer sur les relations entre les Etats membres et leurs entreprises publiques⁶⁵.

L'incitation au désengagement de l'Etat tient au fait que le rapport entre les dispositions allant dans le sens de la privatisation des entreprises publiques et celle relative à la neutralité du droit communautaire par rapport au régime de propriété n'est pas égalitaire. En effet, il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice que l'article 295 T.C.E. s'efface devant les dispositions relatives à la concurrence⁶⁶. Certains considèrent en effet que l'existence même de l'entreprise publique crée un risque pour le jeu de la concurrence⁶⁷. Comme l'exprime l'ancien directeur de la Direction générale de la concurrence à la Commission européenne, « ce risque consiste dans le fait que ce type d'entreprise, grâce à son

Grisay D., « Privatisation, golden shares et droit européen », *J.T.D.E.*, 2002, n° 94, p. 238 ; Idot, L., « Entreprises privatisées », *Europe*, Octobre 2002, p. 19 ; Lombard M., « Les pouvoirs attachés aux actions spécifiques créées lors de privatisations doivent être strictement encadrés », *D.A.*, 2002, n° 126.

⁶³ Fournier J. : « Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne », *R.J.E.P.*, *C.J.E.G.*, n° 619, avril 2005, p. 135.

⁶⁴ Karpenschif M. : « La privatisation des entreprises publiques: une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *R.F.D.A.*, 2002, p. 95 et s.

⁶⁵ Pour une analyse détaillée dans le domaine des services publics organisés en réseaux, Rodrigues S. : *La nouvelle régulation des Services Publics en Europe, énergie, postes, télécommunications et transports*, éd. Tec et Doc, 694 pages, spéc. p. 84 et s.

⁶⁶ Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 295 n'a pas pour effet de faire échapper les régimes de propriété existant dans les Etats membres aux règles fondamentales du traité. Voir, en ce sens : C.J.C.E., 4 juin 2002, *Commission c/ République française*, précité.

⁶⁷ Voir, par exemple : Moavero Milanese E. : « Les services d'intérêt économique général, les entreprises publiques et les privatisations », *R.D.U.E.*, 2000, p. 117, spéc. p. 130.

rapport privilégié avec la puissance publique, peut représenter un facteur anormal, tendant à perturber le marché, surtout si l'on considère ce facteur dans la perspective d'une libre concurrence »⁶⁸. Le droit communautaire a donc, de diverses manières, encouragé l'Etat à s'engager dans la voie de la privatisation. Le comportement des institutions communautaires a un double aspect sur ce point. D'une part, une volonté de banalisation : l'Etat peut être propriétaire d'entreprises, mais cette propriété ne doit absolument pas impliquer d'avantage quelconque pour l'entreprise agissant dans un environnement concurrentiel⁶⁹. D'autre part, une suspicion de principe : « l'entreprise publique est de plus en plus considérée comme une anomalie, l'idée sous-jacente est que, en économie de marché, l'Etat doit être régulateur et non producteur »⁷⁰.

Pour illustrer ce propos, deux exemples témoignent de l'incitation à la privatisation des entreprises publiques, devant lesquelles le principe de neutralité du droit communautaire vis-à-vis du régime de propriété des Etats membres reste de peu d'utilité⁷¹.

En premier lieu, la décision de la Commission du 16 décembre 2003, relative aux aides d'Etat accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières⁷², dans laquelle elle considère que « la garantie illimitée de l'Etat dont bénéficie EDF constitue ainsi une aide d'Etat incompatible avec les règles du traité »⁷³. Après avoir souligné qu'elle ne « remet aucunement en cause le caractère public du capital d'EDF, ni ne conteste le statut d'EPIC en tant que tel »⁷⁴, elle relève que les personnes morales de droit public, dont les EPIC font partie, ne sont pas soumises au droit commun relatif au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté⁷⁵. Elle en conclut que « la garantie illimitée

⁶⁸ *Ibid.*, spéc. p. 130.

⁶⁹ La Commission le rappelle dans le Livre blanc sur les services d'intérêt général : « En l'absence d'harmonisation communautaire, les pouvoirs publics concernés dans les Etats membres sont, en principe, libres de décider de fournir eux-mêmes un service d'intérêt général ou de le confier à une autre entité (publique ou privée). Néanmoins, les fournisseurs de services d'intérêt économique général, (...) sont des entreprises et sont dès lors soumis aux règles de concurrence prévues par le traité ». Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, le 12 mai 2004, COM (2004) 374 final, spéc. p. 16.

⁷⁰ Fournier J. : « Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne », *R.J.E.P.*, *C.J.E.G.*, n° 619, avril 2005, p. 135, spéc. p. 136.

⁷¹ Sur ces deux décisions, voir Lombard M. : « L'impact du droit communautaire sur les entreprises publiques », in Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J., *Droit administratif européen*, Bruylant, 2006, p. 901.

⁷² Décision de la Commission, du 16 décembre 2003, relative aux Aides d'Etat accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières (J.O.C.E., n° L 49, du 22 février 2005, p. 9) ; Paroche E., Segura Catalán M.-J. : « Garantie illimitée de l'Etat en faveur d'EDF : ouverture de la procédure formelle », *C.P.N.*, n° 2, été 2003, p. 88.

⁷³ Décision de la Commission, du 16 décembre 2003, précitée, spéc. pt. 134.

⁷⁴ *Ibid.*, spéc. pt. 133.

⁷⁵ Si l'article Livre VI du Code de commerce prévoit les difficultés des entreprises, notamment la liquidation judiciaire, certaines lois particulières remontant à la Révolution ou à l'Empire, l'article 537 alinéa 2 du C.Civ. ou,

de l'Etat dont EDF bénéficie doit être supprimée de manière effective avant le 1^{er} janvier 2005 ». La France se trouvait donc face à un choix entre modifier complètement le régime juridique applicable aux personnes morales de droit public, solution peu concevable, et changer le statut d'EDF. C'est pourquoi, choisissant la deuxième option, la loi du 9 août 2004 est venue transformer EDF en société dont l'Etat détient plus de 70% du capital⁷⁶. Certes, l'Etat reste l'actionnaire majoritaire de l'entreprise, mais désormais, ni l'Etat, ni l'entreprise ne trouvent d'avantages liés au statut d'EDF⁷⁷.

En second lieu, une autre affaire peut illustrer le propos. Il s'agit de la décision prise le 20 juillet 2004⁷⁸ dans laquelle la Commission estime que l'avance d'actionnaire offerte par l'ERAP⁷⁹ à France Télécom, en décembre 2002, contient des éléments d'aide. Cette offre doit, selon la Commission, être considérée « dans le contexte des déclarations du gouvernement de juillet à décembre 2002 », qui se voulaient rassurantes sur l'avenir de l'entreprise. Ces déclarations « ont créé un effet d'attente et de confiance de la part des marchés financiers et ont permis de maintenir la notation de France Télécom au rang d'investissement ». La Commission conclut qu'en l'absence de ces déclarations, aucun investisseur avisé n'aurait offert une avance d'actionnaire, ce qui est constitutif d'une aide d'Etat. Sans en tirer toutes les conséquences, puisqu'elle n'ordonnera pas la récupération de l'aide, la Commission sanctionne un nouveau type d'aide qualifiée par certains d'« aide psychologique »⁸⁰, ce qui porte jusqu'à son paroxysme la considération que l'entreprise publique, lorsqu'elle est adossée à l'Etat, risque de se comporter de façon non conforme aux

selon le cas, le principe général du droit « selon lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables » y font échapper les personnes morales de droit public. Sur ce dernier, voir : C.Cass. 1^{ère} civ., 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières c. Société Lloyd Continental*, Bull. civ., I, n° 348, p. 249, concl. Charbonnier, note Pacteau B, *R.F.D.A.*, 1988, p. 771 ; Richer L., *C.J.E.G.*, 1988, p. 107 ; *J.C.P.*, 1988, II, 21183 ; *G.A.J.A.*, 15^{ème} éd., 2005, n° 94.

⁷⁶ La loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (*J.O.R.F.*, du 11 août 2004, p. 14256) transforme E.D.F., tout comme G.D.F., en sociétés dont l'Etat détient plus de 70% du capital (article 24).

⁷⁷ Ne trouvant plus d'autre avantage que celui d'un simple actionnaire, la tentation est grande pour le pouvoir exécutif de vendre progressivement les parts de la société pour bénéficier de liquidités à court terme. En témoigne le capital social actuel d'EDF dont l'Etat ne détient plus que 83,6% après des ventes parcellaires mais successives en fonction des alternances gouvernementales. Comme le souligne Martine Lombard, « L'Etat actionnaire [par l'instrumentalisation des entreprises publiques] recherche non un profit mais un pouvoir et entend faire des entreprises publiques un moyen d'action au service de finalités d'intérêt général », « c'est la perte des raisons d'être mêmes d'un secteur public d'entreprise qui conduit logiquement à sa réduction », Lombard M. : « L'impact du droit communautaire sur les entreprises publiques », précité, resp., p. 911 et 908.

⁷⁸ Décision de la Commission du 20 juillet 2004, communiqué du 20 juillet 2004, IP/04/981.

⁷⁹ ERAP, entité publique française dont l'objet social est de prendre, à la demande de l'Etat, des participations dans des entreprises des secteurs de l'énergie, de la pharmacie et des télécommunications. Celle-ci avait la possibilité d'offrir une avance de 9 milliards d'Euros à l'opérateur public de télécommunications pour faire face au remboursement de ses dettes.

⁸⁰ En ce sens, Chetrit R. : « La compétence du juge national et la récupération des aides d'Etat non notifiées mais compatibles avec le Traité », in <http://www.blogdroitadministratif.net>.

lois du marché⁸¹ dès que celui-ci a une attitude active à son égard. Si rien n'empêche l'Etat de faire une déclaration sur la santé financière d'une entreprise, cet élément, cumulé à la position interventionniste de celui-ci, peut être constitutif d'une aide d'Etat. Dès lors, l'Etat ne peut plus se permettre d'agir de la même manière avec une entreprise privée qu'avec une entreprise dont il est actionnaire.

Par conséquent, les règles de concurrence, sans contraindre explicitement à la privatisation, suppriment tout avantage au statut de droit public, ce qui pousse indubitablement les entreprises publiques agissant sur des marchés ouverts, sous la pression concurrentielle, à préférer un statut de droit privé. Il faut ajouter à cela deux paramètres qui sont, le premier, un mouvement de privatisation généralisé dans l'ensemble de l'Union européenne, au centre duquel la France a longtemps fait figure d'exception, et le second, une propension parfois explicite des institutions européennes à considérer l'entrée de personnes du secteur privé dans les entreprises publiques comme un facteur de renforcement du dynamisme et de la compétitivité de l'industrie européenne⁸². L'état d'esprit de la Commission sur ce point est d'ailleurs incontestable. En effet, si elle n'adopte pas une attitude réellement active dans le sens d'une privatisation des entreprises publiques, par respect du principe de neutralité, elle n'a pas manqué de le faire, puisque libérée des obligations du traité, avec les pays candidats à l'entrée dans l'Union européenne⁸³.

Aux trois articles du traité incitant aux privatisations des entreprises publiques, vient s'ajouter, comme un instrument supplémentaire, spécifique au domaine des services publics

⁸¹ Il n'en reste pas moins que l'on peut tirer un bilan positif de la neutralité du droit communautaire vis-à-vis du régime de propriété des Etats membres. En ce sens, les conclusions de l'Avocat général Kokott présentées le 3 mars 2005 sur l'affaire *Commission c/ République Italienne*. En l'espèce, la Commission reproche à la République Italienne un manquement aux dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux. Une disposition législative limitait les droits de vote des acquéreurs de participations dans les entreprises privatisées à 2% (« *golden shares* ») dans la mesure où ces acquéreurs sont contrôlés par un Etat. Il s'agissait d'empêcher EDF et GDF, sous contrôle public français, de pénétrer le marché énergétique italien, plus précisément éviter l'acquisition, par EDF, de participations dans Montedison. L'Avocat général précise que « si les entreprises privées devaient être les seules bénéficiaires des libertés fondamentales, le principe de neutralité du traité au regard du régime de propriété dans les Etats membres ne serait plus assuré. Indirectement, le traité contraindrait à une privatisation des entreprises étatiques pour qu'elles puissent elles aussi bénéficier des libertés fondamentales ». Même si la Cour n'a pas suivi les conclusions sur ce fondement, elles restent riches en enseignements. C.J.C.E., *Commission c/ République Italienne*, 2 juin 2005, aff. C-174/04, Concl. Kokott J., 3 mars 2005, Rec. 2005, p. 4933 ; Bernard E., « Restriction non justifiée à la libre circulation des capitaux », *Europe*, Août-Septembre 2005, p. 18 ; Champaud C., Danet, D., « Sociétés et autres groupements », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2005, p. 752 ; Jazottes G., « Droit européen des affaires », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2005, p. 627 ; Luby M., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *J.D.I.*, 2006, p. 695.

⁸² Voir en ce sens le Livre blanc de la Commission « Croissance, compétitivité, emploi, les défis et les pistes pour entrer dans le XXIème siècle », (COM (93) 700, 5 décembre 1993), spéc. p. 89.

⁸³ En ce sens, Karpenschif M. : « La privatisation des entreprises publiques: une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *R.F.D.A.*, 2002, p. 95 et s.

en réseaux, la régulation indépendante. En effet, sans imposer explicitement le désengagement de l'Etat de la propriété d'une entreprise, les directives de libéralisation imposent aux Etats actionnaires la séparation structurelle des activités de réglementation et d'exploitation. Dès lors, si le droit interne d'un Etat membre exclut de manière absolue le principe d'une régulation indépendante, cet Etat membre se trouve, à l'évidence, acculé à la privatisation. En ce sens, le principe de la régulation indépendante est-il contraire à la neutralité du droit communautaire vis-à-vis du régime juridique de propriété des Etats membres ? Indirectement, c'est certain⁸⁴, mais de manière encore plus nette que les autres règles du traité précédemment évoquées. Car si les articles 31, 86 et 90 impliquent le désengagement de l'Etat de certaines entreprises, ce désengagement tient finalement à des raisons purement externes, notamment le manque d'attrait de la structure publique et la pression concurrentielle internationale. Au contraire, la situation dans laquelle les directives de libéralisation laissent les Etats membres s'apparente à une croisée de chemins. D'un côté, la privatisation de l'entreprise, avec tous les inconvénients politiques et sociaux que cela engendre, de l'autre, confier la régulation du secteur à une autorité structurellement indépendante de l'Etat actionnaire.

Par conséquent, même si les directives s'emploient à affirmer que l'indépendance de l'autorité de régulation n'est pas contraire au principe de neutralité vis-à-vis du régime de propriété des Etats membres⁸⁵, il n'en reste pas moins qu'indirectement, l'exigence d'indépendance est, tout comme la libéralisation, un phénomène d'accélération de la privatisation des entreprises chargées des services publics organisés en réseaux.

En poussant la logique plus loin, il faut constater que les directives exigent la séparation de la réglementation et de l'exploitation. Or, l'expérience des Etats membres

⁸⁴ En ce sens : Rodrigues S., *La nouvelle régulation des Services Publics en Europe, énergie, postes, télécommunications et transports*, précité, spéc. p. 276, qui évoque à propos de la création d'une autorité de régulation autonome et du désengagement financier de l'Etat dans les opérateurs : « Le risque de heurter le principe de neutralité du droit communautaire vis-à-vis du régime de propriété dans les Etats membres n'est pas de pure hypothèse ». L'affirmation est réitérée dans : Rodrigues S. : « Les circonstances communautaires de l'émergence des autorités de régulation nationales », in Journée d'études Jean Monnet : « Autorités de régulation et droit européen », 20 février 2004, *J.C.P. E.*, n°2, supplément à la semaine juridique n°19 du 6 mai 2004, spéc. p. 4.

⁸⁵ Voir par exemple la directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications (J.O.C.E., n° L 295 du 29 octobre 1997, p. 23), cons. 9 : « conformément au principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, les Etats membres doivent garantir l'indépendance de l'autorité (...) afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions (...); que cette exigence d'indépendance est sans préjudice de l'autonomie institutionnelle et des obligations constitutionnelles des Etats membres ou du principe de neutralité en ce qui concerne le régime de propriété dans les Etats membres, conformément à l'article 222 du traité ».

montre⁸⁶ qu'ils n'ont, en fait, confié à un organe formellement indépendant qu'une partie des pouvoirs réglementaires, en conservant les domaines les plus sensibles dans leur compétence. Cela tient notamment à ce que leurs dispositions constitutionnelles respectives ne leur permettent pas toujours de confier l'ensemble des pouvoirs réglementaires d'un secteur entier à une entité indépendante. En ce sens, il y a contradiction entre, d'une part, la séparation stricte des fonctions réglementaires et opérationnelles et d'autre part, le principe de neutralité du droit communautaire vis-à-vis du régime de propriété des Etats membres.

Enfin, la situation est relativement paradoxale si l'on considère la chose vue du droit communautaire. En admettant, comme certains⁸⁷, que les institutions communautaires sont partisans du principe d'une régulation indépendante telle que le conçoivent les anglo-saxons, alors, il apparaît contradictoire de fonder l'indépendance sur l'objectif d'impartialité. Ainsi la régulation indépendante, qui fait figure de solution pour éviter de privatiser, sera inutile dès lors que les autres contraintes communautaires poussant à la privatisation auront achevé leur office. Dans cette situation, en effet, la régulation indépendante ne sera plus nécessaire, car l'Etat, désengagé des services publics, ne se trouvera plus dans une situation de conflit d'intérêts.

B Régulation indépendante et principe d'autonomie institutionnelle et procédurale

La deuxième solution qui paraissait s'ouvrir aux institutions communautaires était d'imposer la création d'entités indépendantes des différents pouvoirs exécutifs, dans l'optique de satisfaire l'impartialité de la régulation. Si cette voie n'a pas été explorée en ces termes, c'est bien dans un souci de respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres. Les autorités communautaires ont préféré une solution médiane, plus subtile, qui a été celle du respect de l'indépendance du régulateur vis-à-vis du secteur régulé.

Comme évoqué précédemment⁸⁸, il n'y a rien dans le droit positif communautaire qui impose la création d'une institution nouvelle ou explicitement d'une autorité de régulation indépendante, sur le modèle, par exemple, de l'OFFER ou de l'OFTEL.

⁸⁶ Voir *infra* p. 402 et s.

⁸⁷ Voir, en ce sens, le Rapport Borotra : « Faut-il défendre le service public ? », rapport d'information de la délégation pour l'Union européenne de l'Assemblée nationale, n° 2260, octobre 1995, direction de l'information de l'Assemblée nationale, Paris, qui titre : « 2) Le Royaume-Uni, terre promise de la Commission européenne » et le sous-titre suivant : « a) Le système des régulateurs, un concept anglo-saxon étranger à notre culture ».

⁸⁸ Voir *supra* p. 239 et s.

En effet, les textes demandent uniquement aux Etats membres de désigner une autorité réglementaire nationale dont une des caractéristiques est son indépendance vis-à-vis du secteur régulé. En témoignent les premières autorités réglementaires nationales déclarées par les Etats membres à la Commission en application des directives de libéralisation, qui étaient en règle générale des ministères, donc manifestement incompatibles avec le principe d'indépendance⁸⁹.

Le principe de coopération loyale impose donc, aux Etats membres, de tout mettre en oeuvre pour assurer cette indépendance face au secteur régulé. Comme le souligne la doctrine, « les limites de l'autonomie institutionnelle et procédurale, calquées sur les contours ultimes du principe de coopération loyale, [peuvent] aller jusqu'à contraindre les Etats membres à certains aménagements internes afin de prévenir de telles situations, et d'éviter d'avoir à assumer des manquements en quelque sorte "inévitables" »⁹⁰. L'aménagement interne à envisager, dans le cadre de la régulation des services publics organisés en réseaux, était de confier la régulation du secteur à une institution indépendante des opérateurs du marché. Cet aménagement n'était en rien contraire au respect, par l'Union, des ordres constitutionnels et de la souveraineté des Etats membres. Comme la Commission l'a souligné à plusieurs reprises, « les modalités institutionnelles selon lesquelles l'indépendance est concrètement assurée peuvent varier dans une certaine mesure d'un Etat membre à l'autre en fonction de leur tradition juridique et de leur expérience respectives »⁹¹.

Les institutions communautaires ont aussi pris le soin de justifier que leurs interventions ne méconnaissent pas le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, par exemple à l'occasion de la directive 97/51/CE : « conformément au principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, les Etats membres doivent garantir l'indépendance de l'autorité (...) afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions (...) ; que

⁸⁹ La France avait, par exemple, désigné le Ministre de l'économie et des finances, qui était le ministre chargé des postes, en application de l'article 22 de la directive 97/67/CE, comme autorité réglementaire nationale pour le secteur postal, alors qu'il exerçait conjointement les fonctions de réglementation et de tutelle du secteur. Voir en ce sens le recours introduit contre la France par la Commission le 10 septembre 2004, aff. C-389/04, précité.

⁹⁰ Le Barbier – Le Bris M. : « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres », précité, p. 431.

⁹¹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, COM (95) 113 final, du 4 avril 1995, (J.O.C.E., n° C 275, du 20 octobre 1995, p. 2), spéc. p. 25.

cette exigence d'indépendance est sans préjudice de l'autonomie institutionnelle et des obligations constitutionnelles des Etats membres »⁹².

S'il est possible d'estimer que les institutions communautaires ont outrepassé l'exigence d'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres, c'est à l'occasion de la directive postale du 15 décembre 1997. En effet, en premier lieu, l'exposé des motifs, qui n'a cependant pas valeur contraignante, cite dans son considérant 39 deux options institutionnelles pour assurer la séparation de l'organe de réglementation et l'opérateur : « une ou plusieurs autorités réglementaires nationales, qui peuvent être une autorité publique ou une entité indépendante désignée à cet effet ». La même directive, dans son article premier utilise aussi la formule équivoque, car incomplète : « La présente directive établit des règles communes concernant : (...) la création d'autorités réglementaires nationales indépendantes ». L'imprécision de cette obligation, qui ne détermine pas vis-à-vis de qui cette indépendance doit être considérée, même si la précision se trouve plus en avant dans la directive, laisse à penser qu'un pas de trop a été fait dans le champ de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres. Cependant, une vision globale des obligations imposées par le droit communautaire amène à considérer, allant certainement à l'encontre de l'opinion d'une partie de la doctrine européenne⁹³, que l'autonomie institutionnelle et procédurale a toujours été respectée.

Certains considèrent en effet que « réclamer une séparation structurelle effective entre la fonction de réglementation et les activités associées à la propriété et au contrôle suppose une méconnaissance du droit public et constitutionnel, même si ce n'est que sensiblement »⁹⁴. Il est vrai que, considérée isolément, l'autonomie institutionnelle et procédurale peut paraître sensiblement méconnue par le fait d'imposer une séparation structurelle entre la réglementation et la propriété ou la direction de l'opérateur historique. Cependant, comme évoqué précédemment⁹⁵, l'autonomie institutionnelle et procédurale trouve sa limite dans l'application effective et loyale du droit communautaire. Il ne s'agit donc pas d'un principe absolu mais relatif qui ne s'envisage que dans le respect du principe de coopération loyale. La

⁹² Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications (J.O.C.E., n° L 295 du 29 octobre 1997, p. 23), cons. 9. Dans le même sens : directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, précitée, cons. 11.

⁹³ Terrón Santos D. : « *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* », précité, p. 18.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 18. Une conclusion semblable est tirée dans: Marti Del Moral A. : « *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* », INAP, Madrid, 2000, p. 69.

⁹⁵ En ce sens, voir *supra* p. 252 et s.

Cour a pu condamner, dans cette optique, un Etat membre pour n'avoir pas pris « les mesures nécessaires pour que les autorités respectent leurs obligations » communautaires⁹⁶. En effet, si le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale laisse *a priori* aux Etats membres le choix des modalités de transposition qui leur semblent opportunes pour cette adaptation institutionnelle, encore faut-il qu'ils usent de cette marge d'autonomie dans le respect du principe de coopération loyale, qui leur impose de garantir la pleine efficacité des dispositions communautaires concernées. En ce sens, les Etats membres ont progressivement modifié leur droit interne en préférant finalement l'adaptation institutionnelle à la privatisation intégrale des opérateurs historiques.

§2 L'adaptation institutionnelle dans les Etats membres

L'adaptation au principe de la régulation indépendante est aussi le résultat d'un lent processus de désengagement de l'Etat dans la gestion quotidienne des opérateurs de réseaux. En ce sens, l'exemple de l'adaptation du domaine des télécommunications françaises à la régulation indépendante est topique (A). Il témoigne d'une hésitation politique à franchir le pas de la délégation, à une entité indépendante des pouvoirs publics, de certaines compétences sur le domaine. Cette hésitation se traduit matériellement par la recherche, au gré des changements de majorités politiques, de modalités alternatives de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation. Partant du statut d'administration d'Etat, les télécommunications françaises ont, peu à peu, isolé les fonctions commerciales des fonctions réglementaires, pour finalement décider, comme les autres Etats membres européens, d'avoir recours à une entité indépendante, tant du secteur régulé que du pouvoir exécutif (B).

A Une adaptation institutionnelle hésitante : l'exemple des télécommunications en France

Si cet exemple de régulation indépendante hésitante est particulièrement intéressant, c'est parce qu'il témoigne, d'une part, de la recherche de solutions alternatives, et d'autre part d'une opposition politique relativement forte. Ainsi, ce secteur a connu une évolution structurelle marquée, en premier lieu, par la transformation d'une administration d'Etat en établissement public, puis en société anonyme et, en second lieu, par des hésitations sur le mode de régulation. En effet, la régulation confiée à une entité indépendante avait été

⁹⁶ Voir C.J.C.E., 13 décembre 1991, *Commission c/ Italie*, aff. C-33/90, Concl. Darmon M., 5 novembre 1991, Rec. 1991, p. I-5987 ; Constantinesco V., Simon D., *J.D.I.*, 1992, p. 419.

initialement envisagée, mais elle a échoué. Contrainte par l'échec de la séparation effective des fonctions de réglementation et d'exploitation cette première approche de la régulation confiée à une entité indépendante a ressurgi, une dizaine d'années plus tard.

1 La gestion publique du service des postes et télécommunications

Les postes et télécommunications, en France, étaient placées pour l'essentiel sous un régime de monopole, dont les activités étaient confiées à une administration les exploitant en régie directe, le tout soumis à des règles dérogatoires du droit commun. Les postes et télécommunications ont formé une administration unifiée dans le cadre d'un département ministériel autonome, jusqu'à la constitution, en 1971, de deux directions générales distinctes, l'une pour les postes et l'autre pour les télécommunications. Cette scission témoigne, pour la première fois depuis leur réunion à la fin du XIX^{ème} siècle⁹⁷, d'une prise de conscience du particularisme de chaque secteur et de leurs évolutions techniques respectives.

Le statut d'administration d'Etat impliquait une absence de liberté de gestion. En effet, les moyens financiers étaient inscrits chaque année dans la loi de finances, même si l'institution du budget annexe, à partir de 1923, leur permit d'individualiser les comptes, et de veiller à un équilibre global des recettes et des dépenses. Cependant, le budget annexe n'a donné aux postes ou aux télécommunications aucune garantie ni marge d'autonomie financière. L'application des règles de la comptabilité publique, enfermées dans des procédures rigides d'exécution des dépenses, les soumettait au mécanisme du contrôle *a priori*, cumulé à des tutelles multiples. Ainsi, l'exploitation en régie ne permettait pas de dissocier les postes et télécommunications des autres branches de l'Etat. Cette administration était, comme le souligne le Professeur Jacques Chevallier, « amenée à reproduire les caractéristiques fondamentales d'un modèle administratif fondé sur la hiérarchie, l'uniformité et la centralisation »⁹⁸. Le service des postes et télécommunications, service public administratif du fait de son mode d'organisation et de fonctionnement⁹⁹, n'a adopté, jusqu'à la

⁹⁷ La fusion des postes et télécommunications a été réalisée par une loi du 6 décembre 1873.

⁹⁸ Chevallier J. : « La mutation des postes et télécommunications », *A.J.D.A.*, 1990, p. 667 et s. spéc. p. 669.

⁹⁹ Le service géré par les P.T.T a un caractère administratif. Cette affirmation résulte implicitement d'une jurisprudence constante attribuant, conformément à la volonté des pouvoirs publics, compétence au juge administratif pour connaître du contentieux des produits postaux. Cependant, il existait une dérogation d'origine légale qui attribuait un bloc de compétence au profit des tribunaux judiciaires concernant les litiges opposant les abonnés au service du téléphone (En ce sens : CE, 21 novembre 1890, *Roustaing*, n° 72480, Rec. p. 852, concl. Le Vavas seur du Pré court, Rec. p. 852). Cette exception sera résorbée par l'arrêt *Ursot* du 24 juin 1968 (T.C., 24 juin 1968 : *Epoux Ursot*, n° 01917, Rec. p. 798. concl. Gégout, *J.C.P. G.*, 1968.II.15646 ; du Bois de Gaudusson J., *D.*, 1969, p. 416 ; Dufau, *J.C.P. G.*, 1968.II.15646 ; Lemasurier, *A.J.D.A.*, 1969, p. 139) qui donnera la compétence à la juridiction administrative en matière d'abonnements. Le Tribunal des Conflits en décidera ainsi

réforme des années quatre vingt dix, que des stratégies empiriques d'adaptation face au contexte technologique et économique en évolution permanente. La France est restée l'un des derniers pays européens où les télécommunications gardaient le statut d'administration d'Etat.

2 Une première tentative de régulation indépendante dans les télécommunications

A partir du milieu des années quatre-vingt, la France a fait une tentative dans le sens de l'anticipation du principe de séparation des responsabilités de réglementation et d'exploitation en cherchant à transposer le modèle de la F.C.C. américaine¹⁰⁰. A l'initiative de ce projet se trouvent François Léotard, ministre de la culture et de la communication du gouvernement de Jacques Chirac, ainsi que Gérard Longuet, ministre délégué auprès du ministre de l'industrie, des postes et télécommunications et du tourisme, du même gouvernement. La loi du 30 septembre 1986¹⁰¹, dite « loi Léotard », a posé le principe du transfert des responsabilités de régulation en matière de télécommunications à une instance indépendante. En ce sens, elle créait la Commission nationale de la communication et des libertés (C.N.C.L.) chargée de mener à bien certaines compétences de régulation dans le domaine des télécommunications¹⁰². Son article 10 prévoyait une augmentation de compétences, notamment par la délivrance des autorisations relatives aux liaisons et installations de télécommunications, à partir d'une loi qui interviendrait au plus tard le 31 décembre 1987. Elle devait ainsi devenir, à terme, l'autorité de régulation commune du secteur de l'audiovisuel et des télécommunications¹⁰³.

L'avant-projet de loi, programmé par la loi de 1986 et élaboré sous la direction de Gérard Longuet, est intervenu à la fin du mois d'août 1987. Largement inspiré, selon son auteur¹⁰⁴, du modèle de la F.C.C., ce texte a pu être considéré comme d'inspiration très libérale¹⁰⁵. Il préconisait la transformation de la Direction générale des télécommunications

en se fondant sur le fait que les services dépendant de l'administration des P.T.T. présentent, « à raison de leur mode d'organisation et des conditions de leur fonctionnement, le caractère de services publics administratifs de l'Etat ». Dans le même sens : CE, Sect., 29 juin 1979, *Dame Veuve Bourgeois*, n° 06571, Rec. p. 292, concl. Dondoux.

¹⁰⁰ Voir *supra* p. 51 et s.

¹⁰¹ Loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication, (J.O.R.F., 1^{er} octobre 1986, p. 11755), dite « Loi Léotard ».

¹⁰² Loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, précitée, spéc. articles 1, 3, et 10 à 12.

¹⁰³ En ce sens : « Dix questions à M. Paul Quilès, Ministre des postes, des télécommunications et de l'Espace », in Dossier spécial télécommunications, *R.F.A.P.*, n° 52, octobre 1989, p. 7.

¹⁰⁴ « Dix questions à M. Gérard Longuet, ancien Ministre Député de la Meuse », in Dossier spécial télécommunications, *R.F.A.P.*, n° 52, octobre 1989, p. 17.

¹⁰⁵ Chevallier J. : « La réglementation des télécommunications », *A.J.D.A.*, 1991, p. 203, spéc. p. 204.

(D.G.T.) en une entreprise de télécommunications à capitaux d'Etat¹⁰⁶ et confiait les responsabilités de régulation à la C.N.C.L. Ces dispositions mettaient fin à la concentration des fonctions réglementaires et opérationnelles, au profit de la D.G.T. En ce sens, le texte tirait toutes les leçons du principe de séparation, affirmé quelques mois auparavant dans le Livre vert de la Commission¹⁰⁷. L'apport sur ce point était remarquable puisqu'il préfigurait d'une nouvelle conception, en France, de la régulation indépendante. Cependant, cet avant-projet n'a pas trouvé de suite, par manque de volonté politique, au sein même de la formation au gouvernement, ainsi que par crainte de mouvements sociaux.

Entre-temps, le gouvernement de Jacques Chirac remplace la Délégation générale à la stratégie au sein du Ministère des postes et télécommunications par une Mission à la réglementation générale¹⁰⁸ considérée selon certains comme « une première version française d'une instance de régulation dans le secteur des télécommunications »¹⁰⁹. Cependant, la Mission à la réglementation générale, si elle préfigurait d'une séparation interne des activités de réglementation et d'exploitation, relevait toujours du ministère et exerçait ses compétences en relation avec la D.G.T. La Mission a servi « d'expérience pilote pour mesurer les réactions politiques et sociales des acteurs du secteur face à l'idée d'une régulation indépendante »¹¹⁰. Le principe de séparation entre les fonctions de réglementation et d'exploitation trouve son origine, en France, dans cette réforme institutionnelle. Ce passage peut s'interpréter comme la redéfinition du rôle du ministère des P.T.T. en tant que tuteur et régulateur d'un secteur qui, en 1987, commence à intéresser les institutions européennes : d'un côté la Mission à la réglementation générale, de l'autre, la D.G.T., ce qui allait dans le sens de l'affirmation de son comportement d'entreprise, en particulier sur le plan commercial. Cependant, même si la Direction Générale des Télécommunications a pris une nouvelle dénomination plus commerciale à partir de 1988, « France Télécom »¹¹¹, il fallait à la fois revoir les textes, ainsi que les structures juridiques, pour « poursuivre l'évolution de manière à arriver à une séparation complète des deux fonctions ». La réforme envisagée « allait plus loin que la

¹⁰⁶ Article 12 du texte de travail numéro 1 pour un avant-projet de loi sur les télécommunications. Voir : Bazex M. : « L'avant-projet de loi sur les télécommunications, ou les transformations du paysage administratif », *A.J.D.A.*, 1988, p. 3, spéc. Annexe, p. 11.

¹⁰⁷ Communication de la Commission : « Vers une économie européenne dynamique », Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications du 30 juin 1987, COM (87) 290 final.

¹⁰⁸ Décret n°86-1083, du 7 octobre 1986, modifiant le décret n° 86-129, du 28 janvier 1986, portant organisation de l'administration centrale du Ministère des P.T.T. (J.O.R.F., 8 octobre 1986, p. 12044).

¹⁰⁹ Gonzalez-Laporte C. : *La régulation des services publics en réseau : une vision organisationnelle. Le cas de l'A.R.T. et de la CRE*, Thèse, Sciences politiques, sous la direction du Professeur Jobert, IEP de Grenoble, décembre 2004, p. 76.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 95.

¹¹¹ Décision annoncée au cours du « Salon Télécom 1987 » par G. Longuet. Le changement était prévu pour le 1^{er} janvier 1988.

simple réorganisation du ministère »¹¹², et penchait vers « la répartition des pouvoirs entre le ministère des P.T.T. et une autorité administrative indépendante ». Selon le Ministre de l'époque « l'essentiel de la réglementation et notamment tout ce qui concerne les autorisations d'exploitation et la gestion du spectre hertzien doit être de la compétence d'une A.A.I. de type F.C.C. »¹¹³. Le changement de majorité de 1988 n'a pas donné le temps à ce gouvernement de réaliser ses projets. La fonction de régulation allait progressivement être réintégrée au sein du ministère.

Ce changement de majorité a donné lieu à un double abandon. D'une part, l'abandon de l'idée d'une régulation commune des secteurs de la communication audiovisuelle et des télécommunications, d'autre part, l'abandon de l'idée d'une régulation indépendante dans ce dernier secteur. En effet, par l'intermédiaire de la loi du 17 janvier 1989¹¹⁴, qui confiait provisoirement au C.S.A. les compétences de régulation des télécommunications précédemment assumées par la C.N.C.L., le législateur a prévu implicitement une réforme fixée au plus tard le 31 mars 1990¹¹⁵. Les contours de cette réforme, sur le point de la régulation indépendante, étaient déjà scellés autour de l'option de la réintégration des responsabilités de la régulation du domaine des télécommunications au sein du ministère des P.T.T.¹¹⁶.

Cette idée était motivée par deux facteurs. En premier lieu, le C.S.A., après deux années de pratique de la régulation, constatait certaines difficultés¹¹⁷ et s'interrogeait sur le bien-fondé d'une instance unique pour les deux domaines que sont la communication audiovisuelle et les télécommunications. En second lieu, le secteur des télécommunications mettait en jeu, selon certains¹¹⁸, des questions de souveraineté, qui rendaient inconcevable son exercice par une instance indépendante et poussaient à être confiées au ministre.

¹¹² « Dix questions à M. Gérard Longuet, ancien Ministre Député de la Meuse », in Dossier spécial télécommunications, *R.F.A.P.*, n° 52, octobre 1989, p. 22.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Loi du 17 janvier 1989 relative à la liberté de communication, (*J.O.R.F.*, du 18 janvier 1989, p. 728).

¹¹⁵ Article 7 de la loi du 17 janvier 1989, précitée : « Le dernier alinéa de l'article 10 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 précitée est ainsi rédigé : « Jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi qui organise, au plus tard le 31 mars 1990, l'exercice de la fonction de réglementation dans le domaine des télécommunications, le Conseil supérieur de l'audiovisuel exerce les compétences relatives aux télécommunications attribuées à la Commission nationale de la communication et des libertés par la loi du 30 septembre 1986 ».

¹¹⁶ Chevallier J. : « De la C.N.C.L. au C.S.A. », *A.J.D.A.*, 1989, p. 71 ; Chevallier J. : « La nouvelle réforme des télécommunications, ruptures et continuité », *R.F.D.A.*, 1996, p. 909 et s.

¹¹⁷ En ce sens, Rapport d'activité du C.S.A. pour l'année 1989, citée dans Chevallier J. : « La réglementation des télécommunications », *A.J.D.A.*, 1991, p. 203, spéc. p. 209.

¹¹⁸ Voir les propos tenus par Paul Quilès, ministre des postes, des télécommunications et de l'espace à l'époque : « les responsabilités de régulation doivent être confiées à l'Etat, donc à un ministre », (*J.O.R.F.*, déb. A.N. p. 3378) ; dans le même sens : « Dix questions à M. Paul Quilès, Ministre des postes, des télécommunications et de l'Espace », in Dossier spécial télécommunications, *R.F.A.P.*, n° 52, octobre 1989, p. 7.

3 L'échec de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation dans les télécommunications

Si la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation dans les télécommunications a été un échec, c'est avant tout au regard du droit communautaire, avec lequel cette nouvelle réforme fut jugée incompatible¹¹⁹. Il faut aussi admettre que le changement institutionnel des années 1990 traduisait un compromis ingénieux entre la régulation exercée par un organe indépendant des pouvoirs publics et la confusion des fonctions dans les mains du ministère. Cette réforme comprenait deux volets complémentaires dans le sens de la séparation des fonctions : la transformation des opérateurs en établissements publics et la prise en charge de la réglementation du secteur par la Direction à la réglementation générale créée l'année précédente¹²⁰.

La réforme prévue pour 1990 faisait suite à un procédé démocratique, inconnu jusqu'alors : la consultation à l'échelle nationale par le biais d'un grand débat sur la place du service public des postes et des télécommunications. Paul Quilès a confié cette tâche à Hubert Prévot, conseiller maître à la Cour des comptes et ancien Commissaire général au plan, dont la mission était de conduire des réflexions et d'élaborer des propositions pour « fonder la défense du secteur public sur sa capacité à répondre à ses missions »¹²¹. Le rapport faisait ressortir, entre autres problématiques, la séparation des fonctions qui « va dans le sens de l'histoire »¹²² et estimait que « France Télécom doit être très clairement séparée de l'organisme chargé de la réglementation (...). Il n'y pas encore une claire séparation entre le réglementeur [la D.R.G.] et l'exploitant public, dans la mesure où le directeur de la réglementation et le directeur général de France Télécom agissent tous deux par délégation du même Ministre ». Il posait en suivant les éléments du choix à envisager : « Quelques-uns (notamment au Comité national français de la Chambre de Commerce Internationale) préconisent la création d'une commission, ou d'une autorité indépendante pour la réglementation ; la majorité considère que l'exercice des fonctions de souveraineté relève

¹¹⁹ C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Francine Decoster, épouse Gillon*, précité. C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Annick Taillandier, épouse Nény*, précité.

¹²⁰ Décret et arrêté du 19 mai 1989 (J.O.R.F., du 21 mai 1989, p. 6412).

¹²¹ Hubert Prévot, « Rapport de synthèse à l'issue du débat public sur l'avenir du service public de la Poste et des Télécommunications », 31 juillet 1989, La Documentation française.

¹²² *Ibid.*, p. 78.

d'un ministère, alors que celles d'exploitant doivent être confiées à une entité bien distincte »¹²³.

L'opinion de la majorité parlementaire l'a emporté, et la distinction entre les entités s'est matérialisée en donnant à France Télécom un nouveau statut d'établissement public. Cependant, le directeur de la réglementation générale et le directeur général de France Télécom ont continué à agir, tous deux, par délégation du même Ministre des postes et des télécommunications. Le problème, en étant formellement résolu, ne traduisait pas encore une réelle séparation structurelle et fonctionnelle des pouvoirs.

Ainsi, le premier volet de la réforme tenait dans la création de deux « exploitants publics » autonomes, figure juridique *sui generis* dont les caractéristiques propres poussent à considérer comme des établissements publics¹²⁴. La loi du 2 juillet 1990 a, en partie, renoué les structures et transformé France Télécom et La Poste en exploitants publics sous la tutelle du ministre des postes et télécommunications¹²⁵. Les liens entre les exploitants publics et le ministre étaient donc renoués, mais relevaient encore d'un rapport de tutelle¹²⁶. En effet, ce dernier conservait un pouvoir d'orientation en amont de l'activité des exploitants, ainsi qu'une mission de supervision en aval, destinée à vérifier la bonne exécution des obligations pré-établies. Les moyens de la tutelle étaient matérialisés par le cahier des charges, de nature réglementaire, et le contrat de plan pluriannuel, négocié entre l'opérateur et le ministre¹²⁷. Ils se combinaient avec les pouvoirs réglementaires du ministre des postes et télécommunications sur le secteur, ainsi que sa mission de surveillance générale du secteur. Il veillait ainsi, au

¹²³ *Ibid.*, p. 40.

¹²⁴ La particularité de la loi du 2 juillet 1990 réside dans la création de deux personnes morales de droit public en les identifiant formellement comme des « exploitants publics ». Cette dénomination du législateur jette un trouble sur la catégorie juridique d'appartenance de ces deux exploitants. La doctrine s'est ainsi posée la question de savoir si cette personne morale de droit public était un établissement public ou une nouvelle catégorie de personne morale venant s'ajouter aux catégories existantes. En ce sens : Moderne F. : « Observations sur le concept d'exploitant public et sa place dans l'ordre juridique français », *Juris P.T.T.*, 1990, numéro spécial, « La réforme des télécommunications », p. 5. Cependant, comme le souligne Jacques Chevallier, les exploitants publics présentent tous les signes distinctifs des établissements publics : la personnalité morale, la spécialité des missions, le contrôle et la tutelle. Voir : Chevallier J. : « La mutation des postes et télécommunications », *A.J.D.A.*, 1990, p. 667.

¹²⁵ Loi n° 90-568, du 2 juillet 1990, relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, (J.O.R.F. du 8 juillet 1990, p. 8069).

¹²⁶ Sur ce point : Lesquins J.-L. : « Tutelle et régulation », *Rev. Conc. Cons.*, n°95, janvier-février 1997, p.9.

¹²⁷ Le cahier des charges formalise les obligations imposées aux exploitants. Il inscrit les intentions des pouvoirs publics dans la durée et permet aux exploitants de faire des prévisions, sur cette base, à long terme. Les cahiers des charges fixent, pour chaque exploitant, selon l'article 8 de la loi du 29 juillet 1982 : « (...) ses droits et obligations, le cadre général dans lequel sont gérées ses activités, les principes et procédures selon lesquels sont fixés ses tarifs et les conditions d'exécution des services publics qu'il a pour mission d'assurer (...) ». Le contrat de plan, selon l'article 9 de la loi du 29 juillet 1982, « détermine les objectifs généraux assignés à l'exploitant public et au groupe qu'il forme avec ses filiales et les moyens à mettre en oeuvre pour les atteindre. Il précise notamment le cadre financier global, en particulier dans le domaine des tarifs, des investissements, des charges et des règles d'affectation des résultats ».

respect des lois et règlements applicables, au respect des missions confiées aux exploitants publics et à l'accomplissement des prescriptions du cahier des charges et du contrat de plan¹²⁸. Enfin, sept représentants de l'Etat, composant le tiers du Conseil d'administration¹²⁹, étaient nommés par décret, ce qui assurait une certaine unité de vues entre les positions du gouvernement et celles des exploitants. La tutelle technique se doublait logiquement d'une tutelle économique et financière de droit commun, sous la responsabilité du ministre de l'économie et des finances, telle qu'organisée par le décret de 1955¹³⁰. L'exercice de cette tutelle se trouvait facilité par la présence d'un commissaire du Gouvernement et d'une mission de contrôle économique et financière placés auprès de chaque exploitant. Conformément à l'article 39 de la loi, les comptes étaient aussi examinés par la Cour des Comptes.

Le deuxième volet de la réforme, mis en oeuvre par le décret du 19 décembre 1990¹³¹ et la loi du 29 décembre 1990¹³², tire formellement les leçons de l'arrêt de la C.J.C.E., *British Telecom*, de 1985¹³³. Il tente une adaptation aux objectifs énoncés dans le Livre vert de la Commission, confirmés par le Conseil des Ministres le 30 juin 1988, notamment la séparation de l'exploitation et de la réglementation¹³⁴. En parallèle des deux exploitants publics créés, ce qui donne une certaine autonomie aux opérateurs historiques, la réglementation du secteur des télécommunications est confiée à la Direction de la réglementation générale, alors que les missions correspondant à la tutelle sont exercées, au nom du ministre, par la Direction du service public¹³⁵.

¹²⁸ Article 34 de la loi n° 90-568, du 2 juillet 1990, précitée : « (...) [il] veille (...) au respect des lois et règlements applicables au service public des postes et télécommunications, et aux autres missions qui sont confiées par la présente loi aux exploitants publics ».

¹²⁹ Article 10 de la loi n° 90-568, du 2 juillet 1990, précitée.

¹³⁰ Décret n° 55-733, du 26 mai 1955, portant codification et aménagement des textes relatifs au contrôle économique et financier de l'Etat (J.O.R.F. du 1^{er} juin 1955, p. 5547)

¹³¹ Décret n° 90-1121, du 18 décembre 1990, portant organisation de l'administration centrale du ministère des postes, des télécommunications et de l'espace (J.O.C.E. du 19 décembre 1990, p. 15615).

¹³² Loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 précitée.

¹³³ C.J.C.E., 20 mars 1985 : *République Italienne c/ Commission*, précité, voir *supra*, p. 127 et s.

¹³⁴ Communication de la Commission : « Vers une économie européenne dynamique », précitée : une « distinction nette doit être établie entre les fonctions réglementaires et les fonctions opérationnelles ».

¹³⁵ Selon les articles 3 et 4 du décret n° 90-1121, du 18 décembre 1990, (précité), qui fixe les attributions de la D.R.G. : La Direction de la réglementation générale exerce les fonctions de réglementation, sous l'autorité du ministre. Elle définit et adapte le cadre juridique général dans lequel s'exercent les activités relevant du secteur, elle veille au respect de la réglementation en vigueur, prépare les projets de loi et de règlement, et élabore toutes directives ministérielles relatives au régime des activités des différents acteurs économiques. Elle instruit aussi les demandes d'autorisation et les déclarations préalables adressées au ministre, établit les cahiers des charges et veille à ce que les obligations contractées par les titulaires d'autorisations soient respectées. Enfin, elle délivre les agréments des équipements terminaux. La Direction du service public, au contraire, exerce au nom du ministre la tutelle des exploitants publics. En ce sens, elle prépare les cahiers des charges des exploitants publics et veille à l'application de leurs dispositions, sous réserve des attributions de la direction de la réglementation générale. Elle prépare aussi, pour le compte de l'Etat, les contrats de plan des exploitants publics, participe à leur négociation et en assure le suivi. Elle assure aussi le suivi de la politique tarifaire des exploitants et met en oeuvre, notamment,

Cependant, l'article premier du décret du 18 décembre 1990 portant organisation de l'administration centrale du ministère des postes, des télécommunications et de l'espace¹³⁶, précise que ces deux directions sont sous l'autorité directe du ministre. L'affirmation sera complétée par les articles 5 et suivants de la loi de décembre 1990, ainsi que par le Titre II qui abroge l'article 10 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Ce dernier avait, en effet, transféré certaines compétences de régulation à la C.N.C.L., assumées ensuite provisoirement par le C.S.A. La période transitoire est donc révolue. Le ministre des postes et télécommunications, comme le souligne Jacques Chevallier, même s'il n'est pas la seule instance de régulation des télécommunications, compte tenu des attributions détenues par le Conseil de la Concurrence et du pouvoir de supervision exercé au niveau européen, « il n'en devient pas moins la clef de voûte de l'évolution du secteur »¹³⁷. Mais, si le ministre a sous son autorité les deux directions en charge de la réglementation et en charge des fonctions de tutelle, il doit quand même veiller « à ce que soient assurées de façon indépendante les fonctions de réglementation des activités relevant du secteur des télécommunications et les fonctions d'exploitation de réseaux ou de fourniture de service de télécommunications »¹³⁸. Si la construction juridique est pour le moins paradoxale, elle a le mérite de satisfaire le ministre de l'époque qui estime que « la séparation des fonctions est ainsi désormais une réalité en France »¹³⁹.

Le Sénat n'était pas exactement du même avis : en témoigne la tentative de création d'une instance indépendante lors du passage de la loi sur le bureau de l'assemblée. Cette tentative des sénateurs de ressusciter la régulation indépendante avait pour objectif, une fois encore, d'éviter que l'administration des postes et télécommunications soit à la fois « juge et partie »¹⁴⁰. Le Sénat proposa, par conséquent, la création d'un « Haut Conseil pour les Télécommunications », par l'intermédiaire d'un amendement proposé par le Sénateur Larcher au nom de la Commission des affaires économiques. Son rapport souligne effectivement que

les procédures relatives aux tarifs prévues par leurs cahiers des charges. Elle élabore enfin les orientations générales dans lesquelles s'inscrivent les activités des exploitants publics et notamment leur offre de services.

¹³⁶ Voir l'article 1 du décret n° 90-1121, du 18 décembre 1990, qui fixe les attributions de la D.R.G., précité.

¹³⁷ Chevallier J. : « La réglementation des télécommunications », précité, spéc. p. 212.

¹³⁸ Article 2 de la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990, précitée, modifiant l'article L 32-1 du Code des Postes et Télécommunications.

¹³⁹ Propos tenus en vue de la réforme à venir dont la teneur est fixée par les lois de juillet et décembre 1990 ; « Dix questions à M. Paul Quilès, Ministre des postes, des télécommunications et de l'Espace », in Dossier spécial télécommunications, *R.F.A.P.*, n° 52, octobre 1989, p. 7, spéc. p. 12.

¹⁴⁰ Chevallier J. : « La réglementation des télécommunications », précité, spéc. p. 209.

le projet présenté par le gouvernement est contestable car « l'indépendance de la fonction de réglementation n'est pas garantie »¹⁴¹.

La doctrine française, à l'époque, n'avait pas non plus manqué de soulever la régression que constitue la réintégration des fonctions. Pour Jacques Chevallier, en 1990, si cette réintégration traduit « une perte de confiance dans les vertus présumées de la régulation indépendante »¹⁴² elle apparaît aussi comme « une régression par rapport à la formule de la régulation indépendante adoptée en 1986 »¹⁴³. En effet, le nouveau système et « la solidarité naturelle entre ses responsables [la D.R.G.] et ceux de France Télécom (...) peut faire douter de sa totale impartialité »¹⁴⁴. D'autres s'inscrivent dans l'optique inverse, comme Lucien Rapp qui estime que « la liberté s'obtient peut-être plus sûrement par la création d'une administration centrale que par l'institution d'un organe indépendant »¹⁴⁵.

Enfin, la nouvelle organisation institutionnelle française n'a pas tardé pas à être implicitement condamnée par la jurisprudence européenne puisque, comme évoqué précédemment, la Cour de Justice a déclaré, dès 1993, que : « deux directions différentes d'une même administration, placées sous une autorité commune, ne peuvent être considérées comme indépendantes l'une de l'autre », dans les affaires *Decoster*¹⁴⁶ et *Taillandier*¹⁴⁷.

Cette condamnation, cumulée à un nouveau changement de gouvernement en France, remet la régulation indépendante au goût du jour. Gérard Longuet, qui voulait une « séparation des fonctions qui aille plus loin que la simple réorganisation du ministère »¹⁴⁸ reprend en mains le ministère des postes et des télécommunications, sous le gouvernement d'Edouard Balladur, et relance de ce fait le débat sur la régulation indépendante. En parallèle, la réflexion sur la régulation indépendante, ou une formule alternative, est présente à l'esprit des membres de la D.R.G. comme en témoignent les écrits de son Directeur, Bruno

¹⁴¹ Rapport n° 69 (1990-1991) de M. Gérard Larcher fait au nom de la Commission des affaires économiques, déposé le 7 novembre 1990, chapitre III, paragraphe III A.

¹⁴² Chevallier J. : « La réglementation des télécommunications », précité, spéc. p. 210.

¹⁴³ *Ibid.*, spéc. p. 209.

¹⁴⁴ *Ibid.*, spéc. p. 210.

¹⁴⁵ Rapp L. : « La réforme du régime juridique des télécommunications en France », *R.F.D.A.*, 1991, p. 243, spéc. p. 256.

¹⁴⁶ C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Francine Decoster, épouse Gillon*, précité.

¹⁴⁷ C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Procédure pénale c/ Annick Taillandier, épouse Nény*, précité.

¹⁴⁸ « Dix questions à M. Gérard Longuet, ancien Ministre Député de la Meuse », précité, spéc. p. 22.

Lasserre¹⁴⁹. La prochaine réforme a amené, en France comme dans les autres Etats membres, l'avènement d'une certaine forme de régulation indépendante.

B La généralisation européenne de la régulation indépendante

Globalement, pour satisfaire en partie le principe de l'indépendance de la régulation, trois solutions se sont présentées aux pouvoirs publics : confier la régulation du secteur à l'autorité de concurrence, à une autorité sectorielle, ou à une autorité multi-sectorielle.

La première solution a, tout d'abord, été envisagée sur le modèle de ce qui avait été réalisé en Nouvelle-Zélande. Comme le souligne le Rapport Larcher¹⁵⁰, la Nouvelle-Zélande a confié la mission de régulation à l'instance chargée de contrôler le respect du droit commun de la concurrence¹⁵¹. Cependant, après plusieurs années d'application du dispositif initial, l'observation du marché révélait que le droit commun de la concurrence et les autorités chargées de le mettre en oeuvre ne suffisaient pas à assurer la régulation d'un domaine en voie de démonopolisation. En effet, l'opérateur historique continuant à occuper une position hégémonique, les néo-zélandais ont finalement décidé de confier cette mission à un organisme spécifique.

La deuxième solution est, par conséquent, celle qui a trouvé les faveurs de la majeure partie des Etats membres : créer une institution *ad hoc*, spécialisée dans le secteur à réguler, et disposant de moyens propres pour mener à bien sa mission. Le principe de spécialité est motivé, notamment, par celui de l'efficacité. Jacques Fournier explique dans cette optique que « spécialisée, elle [l'institution *ad hoc*] pourra traiter les affaires du secteur mieux que ne le ferait par exemple le Conseil de la concurrence »¹⁵². De plus, les entités à compétence générale pressenties pour mener à bien cette fonction, en France comme ailleurs¹⁵³, ont décliné l'offre considérant que la régulation serait mieux prise en charge par une instance spécifique. Cependant, cette spécificité s'est élargie dans les dernières années. En effet, il faut

¹⁴⁹ Lasserre B. : « Quelques expériences étrangères : des leçons pour l'avenir ? » in Dossier spécial télécommunications, *R.F.A.P.*, n° 52, octobre 1989, p. 95. Lasserre B. : « Quelle réglementation pour les télécommunications françaises ? », Synthèse de la consultation publique, Direction Générale des Postes et des Télécommunications, mars 1994.

¹⁵⁰ « L'avenir de France Télécom, un défi national », Rapport du Sénateur Gérard Larcher, Commission des affaires économiques et du plan, 1995-1996, titre II, chapitre II. Sénat, annexe séance du 29 mai 1996, Doc. Parlem. n° 260.

¹⁵¹ Il en fut de même en Allemagne avant la création de la *Bundesnetzagentur*.

¹⁵² Fournier J. : « La nouvelle réglementation des télécommunications », *C.J.E.G.*, mars 1997, p. 77, spéc. p. 90.

¹⁵³ Voir par exemple en Espagne et au Royaume-Uni, respectivement *infra* p. 167 et s.

remarquer un mouvement global d'interdépendance de certains secteurs qui tendent naturellement à se rapprocher¹⁵⁴. Ainsi, chronologiquement, la régulation postale a fusionné avec la régulation des télécommunications dans le secteur élargi des « communications électroniques », et la régulation du secteur gazier s'est développée en s'adossant à la régulation du secteur électrique, dans le domaine plus vaste de l'énergie. Si la question reste ouverte pour les postes et les télécommunications, le postulat de base est de dire que les problématiques des secteurs du gaz et de l'électricité sont assez semblables pour justifier une fusion¹⁵⁵. Cependant, la réflexion peut-elle être poussée jusqu'à estimer que le secteur entier des services publics organisés en réseaux pourrait être régulé par une seule et même institution ?

Une idée de réponse est donnée dans la troisième solution, récemment illustrée par le cas allemand¹⁵⁶, qui tend à considérer qu'il est possible de créer une seule institution, que l'on peut qualifier de « multi-sectorielle », pour réguler l'ensemble des services publics organisés en réseaux. Il est vrai que la régulation des services publics organisés en réseaux, ou du moins de ceux qui connaissent un degré semblable de libéralisation, trouve une définition commune dans la conciliation entre les exigences du service public¹⁵⁷ et celles de la concurrence. Cependant, la pratique quotidienne de la régulation par l'entité allemande, la « *Bundesnetzagentur* », témoignera sur le point de savoir si la fusion des régulateurs est une option efficace. Dès lors, le principe de la régulation indépendante s'est généralisé, en France, tout comme dans les autres Etats membres étudiés.

1 L'avènement de la régulation indépendante en France

En France, dans le domaine des télécommunications, dès 1996, gouvernement et parlementaires étaient au diapason au moins sur un point : il fallait confier la régulation des télécommunications à une entité *ad hoc*. Le Rapport Larcher¹⁵⁸ après avoir décrit les exemples néo-zélandais, américain, britannique et allemand, écarte deux options : confier la régulation des télécommunications au C.S.A.¹⁵⁹ ou au Conseil de la Concurrence¹⁶⁰. Il en

¹⁵⁴ Sur ce point, voir *infra*, p. 601 et s.

¹⁵⁵ Sur la question de l'interdépendance des postes et télécommunications, voir *infra*, p. 616 et s.

¹⁵⁶ Voir *infra* p. 618 et s.

¹⁵⁷ Que ce soit le service public, les obligations imposées aux *public utilities*, aux *servicios públicos* ou au *Daseinvorsorge*.

¹⁵⁸ « L'avenir de France Télécom, un défi national », Rapport du Sénateur Gérard Larcher, précité.

¹⁵⁹ « Les compétences du Conseil supérieur de l'audiovisuel sont établies par la loi de 1986 et la future législation relative aux télécommunications devra les respecter. Cependant, en l'espèce, l'essentiel est d'assurer non pas une régulation technique des " contenus " pour laquelle le CSA dispose d'une expérience incontestable, mais une

arrive donc à la conclusion qu'il est « tout à fait possible, pour la régulation du marché des télécommunications, de confier des tâches techniques qui ne relèvent pas des responsabilités régaliennes de l'Etat à une autorité administrative indépendante ». Il propose en ce sens la création de l'Autorité administrative des télécommunications (A.A.T.) qui devait être totalement indépendante des opérateurs et n'être en rien soumise aux contingences politiques, mais elle n'en devait pas moins être adossée à l'Etat, notamment au Parlement.

La deuxième question qui se posait était bien la nécessité de l'indépendance de cette autorité. Le ministre délégué à la poste, aux télécommunications et à l'espace de l'époque, François Fillon, y a répondu de manière assez claire : « Pourquoi une institution indépendante ? Parce que l'opérateur principal sur le marché, celui qui assurera le service public, restera sous le contrôle de l'Etat. Cette raison est déterminante : l'Etat ne saurait demeurer l'actionnaire majoritaire de France Télécom et prétendre en même temps faire respecter la loi du marché avec toute l'impartialité requise (...) »¹⁶¹. La doctrine en arrive à la même conclusion : « L'intervention d'une autorité indépendante a surtout été justifiée par l'exigence d'impartialité du fait même que l'Etat avait fait le choix de conserver France Télécom dans le secteur public »¹⁶². Même si l'opposition a été virulente sur le principe de la régulation indépendante, en la décrivant comme un « recul de l'Etat » ou en estimant que, « Calife à la place du Calife »¹⁶³, l'autorité prendrait les prérogatives antérieurement détenues par le Ministre, le texte fut adopté, après l'accord de la commission mixte paritaire du Parlement, et promulgué le 26 juillet 1996¹⁶⁴. Son article 8 prévoyait l'introduction d'une disposition dans le Code des postes et télécommunications (C.P.T.), l'article L 36, qui créait, à compter du 1^{er} janvier 1997, une autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.).

régulation des " contenants " -les réseaux- et de leur interconnexion. (...) Aussi, pour votre Commission des affaires économiques, il ne saurait être question de transférer tout ou partie de la régulation des télécommunications au Conseil supérieur de l'audiovisuel. », in : « L'avenir de France Télécom, un défi national », Rapport du Sénateur Gérard Larcher, précité.

¹⁶⁰ « Désigner le Conseil de la concurrence pour exercer la plénitude de ces missions techniques ne serait guère pertinent au vu de l'expérience néo-zélandaise dont on a rappelé le bilan. (...)il serait dommageable d'instaurer deux droits distincts de la concurrence, l'un pour les télécommunications, l'autre pour les secteurs connaissant déjà une pluralité d'offres. Le consommateur s'y perdrait. En outre, à l'achèvement du processus de libéralisation, le Conseil de la Concurrence a, selon votre rapporteur, vocation à être la seule instance de régulation d'une branche de l'économie que rien ne distinguera plus des autres. in : « L'avenir de France Télécom, un défi national », Rapport du Sénateur Gérard Larcher, précité.

¹⁶¹ Propos tenus par F. Fillon, discussion sur le projet de loi de réglementation des télécommunications, Assemblée Nationale, 2^{ème} séance du 7 mai 1996, p. 2877. Il avait au préalable posé la logique des deux lois de 1996 : « Le Gouvernement devait choisir : ou bien assurer la régulation d'un marché ouvert, mais ne pas rester majoritaire dans le capital de l'opérateur historique France Télécom ou continuer à contrôler l'opérateur public en charge du service public et confier à une autorité indépendante le soin d'assurer la régulation ».

¹⁶² Chérot J.-Y., *Droit Public Economique*, Economica, 2002, p. 264.

¹⁶³ Propos tenus par Georges Sarre, (J.O.R.F., déb. A.N. 1996, p. 2286), et repris par Jean Proriol, (J.O.R.F., déb. A.N. 1996, p. 2915).

¹⁶⁴ Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, (J.O.R.F. n° 174, du 27 juillet 1996, p. 11384).

L'A.R.T. devait exercer, selon l'article L 32-1 du C.P.T., la fonction de régulation du secteur des télécommunications, au nom de l'Etat et conjointement avec le ministre chargé des télécommunications.

L'article 14 de la loi du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales¹⁶⁵ est venu transformer l'A.R.T. en ARCEP (Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes). La régulation sectorielle passe, dès lors, en France à être une régulation multi-sectorielle. Le cumul des deux compétences au sein de la même autorité de régulation indépendante semble avoir toujours été l'option la plus probable. Déjà, en 2003, le Rapport Larcher¹⁶⁶ faisait uniquement état de cette solution, comme si l'instauration, en prévision d'une libéralisation complète des activités, d'une instance spécialisée dans les postes n'était pas envisageable. L'option avait pourtant été évoquée lors des débats au Sénat par Jean-Pierre Sueur, le 27 janvier 2004, en mettant en avant la crainte que le domaine postal, sous tutelle des télécommunications au sein de l'ARCEP, devienne le parent pauvre de celles-ci. Mais la Ministre déléguée à l'Industrie, Nicole Fontaine, n'y répondit que par l'argument de la rapidité opérationnelle, inspiré aussi de l'expérience de huit autres pays européens qui ont confié la régulation postale à l'autorité en charge des communications électroniques¹⁶⁷. La logique d'évaluation voudrait qu'après quelques années d'activité cette fusion soit réévaluée pour déterminer si les besoins logistiques et politiques sont assez proches pour être traités au sein d'une même institution.

Dans le domaine énergétique, le droit interne, en France, a anticipé le caractère contraignant des directives de libéralisation. En effet, il a été précisé¹⁶⁸ que la notion même d'« autorité réglementaire nationale » n'a pas été reprise dans les premières directives de libéralisation énergétique. Même si le principe de séparation entre l'opérateur et le régulateur est présent en toile de fond, les directives de 1996¹⁶⁹, pour l'électricité, et de 1998¹⁷⁰, pour le

¹⁶⁵ Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, (J.O.R.F., n°117 du 21 mai 2005, p. 8825).

¹⁶⁶ Rapport d'information « La Poste, opérateur de service public face à l'évolution technique et à la transformation du paysage postal européen », Commission des affaires économiques, Sénateur Gérard Larcher, n° 344, du 11 juin 2003.

¹⁶⁷ Débats sur le projet de loi n° 410 relatif à la régulation des activités postales, Sénat, séance du 27 janvier 2004, (J.O.R.F. déb., du 28 janvier 2004).

¹⁶⁸ Sur ce point, voir *supra* p. 140 et s.

¹⁶⁹ Directive 96/92/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E., n° L 27, du 30 janvier 1997, p. 20).

¹⁷⁰ Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (J.O.C.E., n° L 204, du 21 juillet 1998, p. 1).

gaz, sont assez minimalistes sur la matérialisation de l'impartialité du régulateur¹⁷¹. En effet, le terme même d'« autorité réglementaire nationale » n'y figure pas, et l'on peut observer que les autorités qui pourraient s'en rapprocher sont plus considérées comme des organes de règlement des litiges ou de surveillance des procédures d'appel d'offres que comme de véritables Autorités Indépendantes de Régulation. La raison est assez simple : le faible degré d'ouverture du secteur n'a pas fait apparaître les fonctions de régulation correspondantes.

Dès le mois de février 1998, une grande concertation a été lancée sur la base du livre blanc intitulé « Vers la future organisation électrique française »¹⁷², que le Secrétariat d'Etat à l'industrie et les Préfets de Région se sont employés à diffuser. Ce livre blanc évoque la possibilité de création d'une instance spécialisée qui devrait s'articuler avec l'application du droit de la concurrence. Il indique, dans le même temps, que la fonction de régulation technico-économique devrait continuer à être assurée directement par l'Etat. Il prône ensuite certaines évolutions, notamment dans la distinction entre la structure administrative chargée de la régulation et celle en charge de la tutelle d'EDF. Cependant, le livre blanc, propose de conserver la mission de régulation à l'Etat, chargé par ailleurs de la tutelle du secteur.

Ensuite, le Conseil de la concurrence¹⁷³, interrogé sur la directive 96/92/CE en avril 1998, prolonge le débat et dégage trois solutions : confier la régulation à une direction du ministère, à une autorité administrative indépendante, du type de l'A.R.T., ou à une formation spécialisée du Conseil de la concurrence. Cependant, il insiste surtout, dans son avis, sur la deuxième solution, ce qui traduit sa préférence pour l'indépendance de la fonction ainsi que sa réticence à exercer lui-même ces nouvelles fonctions. Sa préconisation conclusive sera : « le Conseil estime nécessaire que la régulation soit confiée à une autorité indépendante dont les missions devront être clairement définies et les décisions, motivées et rendues publiques, devront être soumises à un contrôle juridictionnel »¹⁷⁴. Il est suivi en ce sens par le rapport du Sénateur Henri Revol¹⁷⁵, le 20 mai 1998, au nom de la Commission d'enquête du Sénat, qui envisage deux éléments. D'une part, la création d'une « autorité administrative indépendante

¹⁷¹ En ce sens, l'article 6 alinéa 5 de la directive 96/92/CE, précitée, n'impose aux Etats membres que la désignation d'une autorité ou un organisme public ou privé, indépendant des activités de production, de transport et de distribution, qui soit responsable de l'organisation et de la surveillance de la procédure d'appel d'offres.

¹⁷² D.G.E.M.P., « Vers la future organisation électrique française », Paris, Secrétariat d'Etat à l'industrie, février 1998.

¹⁷³ Conseil de la concurrence, avis n° 98-A-05 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, spéc. p. 30 à 33.

¹⁷⁴ Conseil de la Concurrence, avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998, précité, p. 33.

¹⁷⁵ Rapport du Sénateur Henri Revol, au nom de la Commission d'enquête du Sénat, n° 439, du 20 mai 1998, « Les conditions d'élaboration de la politique énergétique de la France et les conséquences économiques, sociales et financières des choix effectués ».

des opérateurs et de l'administration chargée d'assurer la régulation technique et le contrôle du respect des règles du jeu, sur le mode de l'autorité de régulation des télécommunications ». D'autre part, la « transformation (d'EDF) en société anonyme à capitaux publics ».

L'avenir de la régulation du secteur électrique se dégage nettement encore grâce au deuxième rapport du Sénateur Henri Revol¹⁷⁶ : « votre commission estime indispensable qu'une autorité totalement indépendante du Gouvernement soit chargée de cette régulation (...). La création d'une autorité administrative indépendante permet de garantir l'impartialité de la régulation, qui est ainsi distincte à la fois de l'administration, bien qu'elle exerce des prérogatives de puissance publique qui sont du ressort de l'Etat, et des opérateurs ». Les rapporteurs de l'Assemblée Nationale sont sur la même longueur d'onde. En témoigne le rapport du Député Christian Bataille, le 4 février 1999, qui considère que : « la création d'une autorité administrative indépendante apparaît nécessaire, [...] pour garantir, aux yeux des acteurs économiques français et étrangers et auprès de la Commission européenne, l'impartialité des décisions prises en matière de régulation de l'accès au réseau et l'efficacité technique et économique de l'action de l'Etat. »¹⁷⁷.

Enfin, en avril 2000, le rapport de Jean Bergougnoux¹⁷⁸, Directeur honoraire d'E.D.F., au nom du Commissariat Général du Plan, est aussi partisan d'une « Commission de régulation offrant toute garantie d'impartialité »¹⁷⁹. Il faudrait, selon lui, « veiller à ce que l'indépendance de cette Commission vis-à-vis de l'Etat et de ses services soit effective afin de la rendre totalement légitime dans ses rôles essentiels, tout particulièrement pour l'organisation, en concertation avec les autres régulateurs nationaux, d'un marché électrique européen concurrentiel et intégré »¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Rapport du Sénateur Henri Revol « Projet de loi relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », précité. Il précise, ce qui ne manque pas d'intérêt, toute la logique du passage de l'impartialité à l'indépendance : « Dès lors que sont affirmés l'axiome d'une propriété nationale de l'Etablissement public Electricité de France et son corollaire : la tutelle de l'Etat sur l'opérateur historique, l'indépendance de la régulation est absolument nécessaire. Le plus grand opérateur du marché, celui qui assurera le service public, restera sous contrôle du Gouvernement. Dès lors, comment ce dernier pourrait-il prétendre faire respecter la loi du marché en toute impartialité ? Placer la puissance publique en position de juge et partie reviendrait à fausser la concurrence, à décourager la libre entreprise, bref à contredire les principes mêmes de l'ouverture du marché ».

¹⁷⁷ Rapport du Député Christian Bataille au nom de la Commission de la production et des échanges de l'Assemblée Nationale, n° 1371, du 4 février 1999, « relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ».

¹⁷⁸ Rapport du groupe présidé par Jean Bergougnoux, Commissariat général du plan : « Services Publics en réseaux : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », la Documentation française, 2000, 347 pages.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p 27.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p 34.

Une grande majorité des acteurs institutionnels était, par conséquent, favorable à la création d'une autorité administrative indépendante pour réguler le secteur électrique en voie de libéralisation. La loi du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité¹⁸¹, vient prendre acte de ce fort consensus et définit le fonctionnement de la Commission de régulation de l'électricité dans son article 28. Cette définition organise l'indépendance, relative, du régulateur par rapport au gouvernement. La Commission, au bout de trois ans de pratique, s'est vue confier des compétences dans le domaine gazier. Elle a donc été transformée en « Commission de régulation de l'énergie » par la loi du 3 janvier 2003¹⁸².

Ainsi, en France comme dans la grande majorité des pays d'Europe continentale, les modalités de l'intervention de l'Etat dans l'organisation des services publics en réseaux ont radicalement changé entre la fin des années quatre-vingt-dix et le début du vingt-et-unième siècle. De l'Etat chargé de la tutelle des opérateurs historiques, les modalités d'interventions sont transférées à un binôme, composé de l'Etat législateur et de l'Etat régulateur par l'entremise des Autorités indépendantes de régulation. Ce modèle s'est généralisé en Europe continentale.

2 La généralisation de la régulation indépendante dans les autres Etats membres

L'avènement de la régulation indépendante, qui a pris corps en France, se retrouve dans l'ensemble des Etats membres avec, pour chacun, sa particularité. En Espagne et en Italie, chaque secteur, les communications et l'énergie, a son propre régulateur sectoriel. En revanche, en Allemagne, le législateur a opté récemment pour un régulateur que l'on pourrait qualifier de « multi-sectoriel ». En effet, la « *Bundesnetzagentur* » regroupe l'ensemble des services publics organisés en réseaux : l'énergie, les communications et les transports.

En Espagne, le rapport du Tribunal de défense de la concurrence (« *Tribunal de defensa de la competencia* ») de 1993¹⁸³, est le premier document mettant en avant la

¹⁸¹ Loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143).

¹⁸² Loi n° 2003-8, du 3 janvier 2003, relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (J.O.R.F. n° 3, du 4 janvier 2003, p. 265), article 13.

¹⁸³ Rapport du Tribunal de défense de la concurrence, 1993, « Les remèdes politiques qui peuvent favoriser la libre concurrence dans les services et atténuer les méfaits causés par les monopoles » p. 79. (traduction libre de : *Informe del Tribunal de defensa de la competencia, 1993, « Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios »*).

nécessité de créer un organe indépendant qui veille à la libre concurrence dans le secteur des télécommunications. En cela, le rapport révèle le souci d'impartialité dans l'action de cet organe et fait valoir que la réglementation future du secteur des télécommunications devra se prémunir contre le risque du phénomène, déjà connu, de la « capture du régulateur par le secteur régulé ». L'influence de ce rapport s'est faite sentir peu après, notamment à travers l'accord du Conseil des ministres, du 7 octobre 1994, sur la politique des télécommunications à adopter jusqu'en 1998. Dans cet accord, le gouvernement fait une mention explicite à la constitution future d'une « entité arbitrale, dotée d'autonomie et des moyens nécessaires, qui garantit les conditions de concurrence effective sur les marchés des télécommunications »¹⁸⁴. L'opposition au gouvernement était quant à elle plus près du concept de régulation indépendante. En effet, le groupe parlementaire du *Partido Popular* avait présenté une proposition de loi le 17 octobre 1994, intitulée « création d'un organisme indépendant qui garantira la neutralité dans la réglementation des télécommunications »¹⁸⁵. Cette proposition a été débattue par la Commission des infrastructures et de l'environnement de la Chambre des Députés lors de la session du 15 novembre 1994¹⁸⁶ et fut finalement rejetée par le groupe socialiste. Le changement de gouvernement, qui a suivi les élections du 3 mars 1996 amenant le *Partido Popular* au pouvoir, a accéléré le changement de conception dans le domaine de la politique des télécommunications espagnoles. Il a engendré, grâce à l'approbation du Décret-Loi Royal du 7 juin 1996 relatif à la libéralisation des télécommunications¹⁸⁷, la création de la Commission du marché des télécommunications (C.M.T.). Cette entité de droit public devait être, selon l'exposé des motifs du décret-loi, un organe indépendant. L'affirmation ne connaît pas plus de précisions, les articles du texte ne reprenant plus cette qualité.

Dans le domaine énergétique, le besoin de confier le secteur à une entité spécifique s'est fait sentir à la même époque. Ainsi, dès 1994, la LOSEN (loi d'organisation du secteur électrique national espagnol)¹⁸⁸ prévoyait la création d'une entité régulatrice du système, la

¹⁸⁴ Traduction libre de : « *una entidad arbitral, dotada de autonomía y los medios adecuados, que garanticen las condiciones de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones* », in : Chillón Medina J.-M. Escobar Roca G., *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2001, p. 89.

¹⁸⁵ *Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, proposición no de ley en Comisión, 161/000309, « Proposición no de ley sobre la creación de una oficina independiente que garantizara la neutralidad en la reglamentación de las telecomunicaciones », B.O.C.G., Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie D, n° 149, spéc. p. 9.*

¹⁸⁶ *D.S.C.D., Comisiones, V Legislatura, n° 353, p. 10972 et s.*

¹⁸⁷ *Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones* (BOE, n° 139, du 8 juin 1986).

¹⁸⁸ *Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN)*, (BOE, n° 313, du 31 décembre 1994).

« *Comisión del sistema eléctrico nacional* » (C.S.E.N.)¹⁸⁹ en garantissant, selon l'exposé des motifs, l'indépendance de ses membres. Cette commission fut renommée « *Comisión nacional del sistema eléctrico* » (C.N.S.E.) par la loi du 27 novembre 1997 relative au secteur électrique¹⁹⁰. Il a fallu attendre la loi du 7 octobre 1998¹⁹¹ pour que l'entité englobe les secteurs électrique et gazier en transformant celle-ci en « *Comisión nacional de energía* »¹⁹² (C.N.E.).

En Italie, la loi du 14 novembre 1995 « relative aux normes pour la concurrence et la régulation des services d'utilité publique et instituant les autorités de régulation des services d'utilité publique »¹⁹³ fixe les règles générales de fonctionnement des futures autorités de régulation. Elle dispose que celles-ci doivent fonctionner de manière autonome et en toute indépendance de décision et d'appréciation¹⁹⁴. Cependant, si seule l'« *Autorità per l'energia elettrica e il gas* » (A.E.E.G.) est créée par cette loi¹⁹⁵, il faudra attendre 1997 pour qu'elle devienne opérationnelle¹⁹⁶. La même année, le domaine de la régulation des télécommunications a vu l'installation de l'« *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* » (A.G.Com.). Cette autorité, instituée par la loi n° 249 du 31 juillet 1997¹⁹⁷, est devenue opérationnelle en juillet 1998, avec la publication dans le journal officiel de ses règlements d'organisation et de fonctionnement¹⁹⁸.

En Allemagne, la loi relative aux télécommunications, du 25 juillet 1996¹⁹⁹, crée l'agence de régulation du secteur des télécommunications allemande. Dénommée « *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* » (Reg T.P.) sa structure, ses

¹⁸⁹ Article 6 de la *Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional*, précitée.

¹⁹⁰ *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico*, (BOE, n° 285, du 28 novembre 1997), spécialement la troisième disposition transitoire intitulée « *Renovación de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico* ».

¹⁹¹ *Ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

¹⁹² Onzième disposition additionnelle de la *Ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, précitée. En Espagne, le règlement de fonctionnement de la « *Comisión Nacional de Energía* » (C.N.E.) a été approuvé par le Décret Royal 1339/1999, du 31 juillet 1999 (BOE n° 202, du 24 août 1999).

¹⁹³ Loi n° 481 du 14 novembre 1995, « *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* » (G.U., n° 270, supplément ordinaire du 18 novembre 1995).

¹⁹⁴ Traduction libre de : « *Le autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione (...)* », article 2 alinéa 5 de la loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée.

¹⁹⁵ Article 3, Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée.

¹⁹⁶ Ranci P., Ascari S., Beccarello M., « Organisation et réglementation des services du gaz en Italie », in Henry C., Quinet E., *Concurrence et service public*, textes des conférences Jules Dupuit, présidées par Marcel Boiteux, Economiques, édition l'Harmattan, 2003, p. 323.

¹⁹⁷ Loi n° 249 du 31 juillet 1997 « *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo* », (G.U., n° 177, supplément ordinaire n° 154/L, du 31 juillet 1997).

¹⁹⁸ Nonno F. : « La réglementation en Italie : la situation actuelle et les nouvelles questions qui se posent », in Henry C., Quinet E., *Concurrence et service public*, textes des conférences Jules Dupuit, présidées par Marcel Boiteux, Economiques, édition l'Harmattan, 2003, p. 367.

¹⁹⁹ Loi relative aux télécommunications du 25 juillet 1996, « *Telekommunikationsgesetz* » (B.G.B.I., I, p. 1120).

moyens et ses compétences sont déterminées aux articles 66 à 84. Cette autorité supérieure fédérale²⁰⁰, qui a pris formellement ses fonctions en janvier 1998, sous la direction de Klaus-Dieter Scheurle, s'est fondue dans la nouvelle « *Bundesnetzagentur* », autorité désormais en charge de la régulation des secteurs de l'électricité, du gaz, des télécommunications des postes et du domaine ferroviaire depuis la loi du 13 juillet 2005²⁰¹.

La particularité du système de régulation allemand dans le domaine énergétique réside dans le fait que, de 1998 à 2005, c'est l'autorité de la concurrence (« *Bundeskartellamt* »), qui a pris en charge la régulation. En effet, la loi du 24 avril 1998, définissant les nouvelles règles juridiques applicables au secteur de l'énergie²⁰², ne s'est pas souciée de la création d'un régulateur spécialisé pour le domaine énergétique. La doctrine allemande considérait, en effet, que le contrôle à exercer sur les opérateurs historiques, mis en valeur par la directive électricité, existait déjà dans la loi sur l'énergie de 1935²⁰³ comme dans celle de 1998. « Elle prend la forme d'une surveillance technico-économique sur les entreprises de fourniture d'énergie et d'une surveillance sur les pratiques anti-concurrentielles des entreprises du secteur, dans le cadre de la loi anti-cartel »²⁰⁴. La doctrine considérait enfin que la fonction de réglementation ne méritait pas d'être individualisée par la mise en place d'une institution *ad hoc*. Par conséquent le gouvernement fédéral, par le biais de la transposition de la directive électricité par la loi de 1998, a marqué son attachement à la considération qu'il revient par principe aux entreprises d'infrastructures de réseaux d'assurer directement, sous le contrôle de l'Office des Cartels (« *Bundeskartellamt* »), la régulation des activités de fourniture dans un cadre concurrentiel. Certains se sont opposés à ce type de régulation, et ont même regretté que les directives n'imposent pas des régulateurs sectoriels. En ce sens, Thierry Tuot, alors qu'il était directeur général de la CRE, estimait que le *Bundeskartellamt*, n'étant pas un régulateur sectoriel, n'avait « pas les moyens, ni d'ailleurs selon son Président, la volonté de mettre fin à des pratiques très restrictives »²⁰⁵.

²⁰⁰ La Loi sur les télécommunications du 22 juin 2004, « *Telekommunikationsgesetz* », (B.G.B.I., I, p. 1190), venant transposer les directives 2002/19, 2002/20, 2002/21 et 2002/21, rappelle dans son article 116 que l'autorité de régulation des télécommunications et des postes est une autorité supérieure fédérale dans le ressort du ministre fédéral de l'économie et du travail.

²⁰¹ Loi du 13 juillet 2005 sur l'alimentation en gaz, en électricité, et relative à la garantie d'approvisionnement (« *Gesetz über die Elektrizitäts und Gasversorgung Energiewirtschaftsgesetz* ») (BgbI., I P. en 1970 (3621)).

²⁰² Loi du 24 avril 1998 définissant les nouvelles règles juridiques applicables au secteur de l'énergie, « *Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts* », (B.G.B.I., I, p. 730).

²⁰³ Loi du 13 décembre 1935 d'aide au secteur de l'énergie, « *Gesetz zur Förderung des Energiewirtschaft* » (R.G.B.I., I, p. 1451).

²⁰⁴ Courivaud H., *L'introduction de la concurrence dans les activités de réseaux électriques : éléments de comparaison entre la France et l'Allemagne*, thèse, Paris Sud XI, décembre 2000, dactyl., p. 151.

²⁰⁵ Tuot T. : « Il n'y aura pas de marché ouvert sans régulateur », *L.P.A.*, 23 octobre 2002, n° 212, p. 4.

A partir de 2005²⁰⁶, la situation change radicalement et l'Allemagne se dote d'un régulateur spécialisé dans le domaine des services publics organisés en réseaux, l'agence fédérale de réseau pour l'électricité, le gaz, les télécommunications la poste et les chemins de fer : la « *Bundesnetzagentur* ».

Par conséquent, massivement, les Etats membres ont préféré adopter un système de régulation indépendante dans l'optique de garder les mains libres quant à leur degré d'interventionnisme dans l'économie des réseaux. Une fois le principe de l'indépendance organique du régulateur entré dans le droit des Etats membres, son aménagement interne reste leur prérogative propre. Certes, il y a quelques prescriptions communautaires mais, principalement, les Etats membres ont agi en se référant à leurs propres traditions juridiques nationales. Ils se sont inspirés de la figure juridique des autorités administratives indépendantes pour aménager l'indépendance organique des autorités de régulation.

²⁰⁶ Loi du 7 juillet 2005, sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, (« *Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen* ») (BgbI. I P. 2009).

Conclusion du chapitre

La généralisation du principe de l'indépendance organique du régulateur est due au fait que cette dernière a une double teneur. L'indépendance s'évalue principalement par rapport au secteur régulé mais aussi, accessoirement, par rapport à l'Etat interventionniste. Le principe de l'indépendance organique du régulateur implique, par souci d'éviter toute « capture » du régulateur par le secteur régulé, une stricte indépendance juridique et fonctionnelle entre l'organe en charge de la régulation et les opérateurs du secteur. Selon la Commission, cette indépendance juridique interdit que la réglementation et l'exploitation soient exercées par des entités soumises au même centre décisionnel. Elle implique une séparation juridique « réelle », au sens organique du terme. L'indépendance qualifiée de « fonctionnelle »²⁰⁷, implique, quant à elle, une indépendance financière entre l'entité régulatrice et l'entité opératrice ou l'absence de mouvement de personnel entre elles. Mais cette indépendance principale, vis-à-vis de l'opérateur, est grandement complexifiée lorsque l'Etat est aussi partie prenante sur le marché en question. Dès lors, pour le cas particulier de l'Etat interventionniste, la directive de 1997²⁰⁸ a prévu une indépendance accessoire. Elle exige, en effet, que ces Etats garantissent une « réelle séparation structurelle entre les fonctions de réglementation et les activités liées à la propriété et au contrôle ». Néanmoins, cette séparation structurelle n'implique pas une modalité institutionnelle préconçue, du moins selon les propos de la Commission. Devant les atermoiements de certains Etats membres, la directive de 2002²⁰⁹ est venue réaffirmer cette exigence en précisant que la séparation structurelle devait être « effective ». L'effectivité de l'indépendance a été surveillée minutieusement par la Commission en engageant, par exemple, des procédures d'infraction contre certains Etats membres.

²⁰⁷ L'« indépendance fonctionnelle », est une expression tirée des directives communautaires. Cependant, elle correspond à une indépendance dans le fonctionnement des régulateurs (indépendance liée au budget des régulateurs, à leur financement, à l'absence de mouvement de leurs fonctionnaires), et non à l'indépendance des fonctions des régulateurs. Elle relève donc plus d'une indépendance de fonctionnement que d'une indépendance fonctionnelle. En ce sens, cette « indépendance fonctionnelle » participe de ce que est qualifié ci-dessous d'« indépendance organique ».

²⁰⁸ Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications (J.O.C.E., n° L 295, du 29 octobre 1997, p. 23).

²⁰⁹ 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 (J.O.C.E., n° L 108, du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

Dès lors, la création, dans l'ensemble des Etats membres, d'autorités indépendantes de régulation n'est pas, à proprement parler, le résultat exclusif d'une exigence communautaire. Si ces nouvelles entités ont été créées, c'est parce qu'elles ont été présentées subtilement comme une alternative à la privatisation. En effet, la situation était telle que les Etats membres interventionnistes, pour satisfaire le principe d'impartialité de la régulation, avaient un choix à faire entre deux possibilités. Ils pouvaient soit privatiser leurs opérateurs historiques, soit, à défaut, confier la régulation de leurs services publics organisés en réseaux à des autorités de régulation indépendantes. La technique communautaire a donc poussé à opter pour l'une ou l'autre de ces deux solutions. Or, il aurait été impossible, pour les instances communautaires d'imposer l'une sans l'autre. En effet, il apparaît que l'obligation de privatiser un opérateur historique va à l'encontre du principe de neutralité face au régime de propriété des Etats membres. Dans une moindre mesure, les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale semblent assez malmenés par l'obligation, pour les Etats membres interventionnistes, de confier la régulation à un organe indépendant du pouvoir exécutif. Mais l'autonomie institutionnelle et procédurale paraît perdre de sa substance face au principe de coopération loyale dégagé des traités fondateurs. Ce dernier impose aux Etats membres de tout mettre en oeuvre pour assurer l'exécution des obligations découlant des traités et du droit dérivé. Les Etats membres ont donc opté pour la régulation indépendante et adapté, en conséquence, leurs systèmes institutionnels. L'entreprise a été hésitante, car peu conforme à la tradition institutionnelle de certains Etats, en témoigne la tentative échouée dans le domaine des télécommunications France. Cependant, désormais, tous les Etats membres évoqués ont créé des autorités de régulation indépendantes. La question qui se pose, dès lors, est celle de savoir comment ils ont aménagé l'indépendance organique de leurs autorités de régulation pour se conformer aux prescriptions communautaires.

Chapitre II : Les modalités de l'indépendance organique

Le droit communautaire impose aux Etats membres l'indépendance de leurs autorités de régulation dès lors que l'Etat conserve un intérêt financier dans les opérateurs de réseaux. Cependant, eu égard au respect des principes d'autonomie institutionnelle et procédurale, cette obligation n'est pas formellement détaillée dans les directives de libéralisation. En effet, il est seulement possible de trouver certaines considérations générales qui évoquent, en premier lieu, l'indépendance juridique et fonctionnelle des autorités réglementaires par rapport aux opérateurs, ainsi que la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation et des activités inhérentes à la propriété et à la direction des opérateurs historiques²¹⁰. De même, les Etats membres doivent veiller à ce que les autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente²¹¹. En second lieu, il est possible de dégager, à partir d'une interprétation globalisante des exposés de motifs ainsi que du corps même des directives de libéralisation, les contours de l'indépendance dans le fonctionnement des ARI²¹². En effet, la directive 2002/21, dans son exposé des motifs, estime qu'« il convient que les autorités réglementaires nationales soient en possession de toutes les ressources nécessaires, en termes de personnel, de compétences et de moyens financiers, pour l'exécution de leurs missions »²¹³. De plus, les directives énergétiques évoquent, dans leurs dispositions contraignantes, que les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que les autorités de régulation puissent s'acquitter de leurs obligations et sont tenus de créer des mécanismes appropriés et efficaces de contrôle et de transparence²¹⁴. A la lumière des vérifications exercées par la Commission²¹⁵, il est aussi

²¹⁰ Article 3, alinéa 2, 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 (J.O.C.E., n° L 108, du 24 avril 2002, p. 33).

²¹¹ Article 3, alinéa 3, directive 2002/21/CE, précitée.

²¹² Sur les méthodes d'interprétation, voir Boulouis J. : « Interprétation », in Jurisclasseur Droit communautaire, 15 avril 1992.

²¹³ Directive 2002/21/CE, précitée.

²¹⁴ Article 25, alinéas 7 et 8, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 57). Article 23, alinéas 7 et 8, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 37).

²¹⁵ La Commission vérifie l'ensemble de ces éléments à l'occasion, par exemple, de ses rapports sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications. Elle relève par exemple que des mesures ont été prises au Royaume-Uni pour réduire les problèmes de personnel et que la pénurie de ressources budgétaires et de personnel demeure un problème en Italie. Elle critique aussi la capacité, pour le Ministre portugais de nommer les membres du Conseil d'administration de l'ARN ainsi que ceux de l'opérateur historique, Communication de

possible de déduire que l'objectif communautaire tend à généraliser le recours à des régulateurs qui soient organiquement indépendants des gouvernements. Ceci se traduit par une indépendance à la fois dans la composition des autorités, mais aussi dans le fonctionnement interne de celles-ci²¹⁶.

L'ensemble des Etats membres étudiés a développé un *corpus* juridique visant à garantir cette indépendance. Cependant, l'étude comparée démontre une grande variété dans l'appréhension de ces garanties. Il en est ainsi des règles relatives à la composition des régulateurs indépendants. En effet, dans certains Etats membres, le mode de désignation des membres des ARI ainsi que les caractères de leur mandat restent intimement liés au bon vouloir du pouvoir exécutif. D'autres ont, en revanche, veillé à détacher le plus possible la désignation des régulateurs de toute influence de celui-ci (Section I).

La variété est aussi de mise pour les dispositions qui se réfèrent au fonctionnement de ces institutions. Cet aménagement de l'indépendance se traduit par deux éléments principaux qui sont évoqués partiellement dans l'exposé des motifs de la directive 2002/21. Il s'agit des règles relatives au fonctionnement budgétaire et à l'indépendance dans la prise de décision

la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 7 décembre 2000, sixième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, (COM (2000) 814 final), p. 15 et s.

²¹⁶ Selon les dernières propositions de la Commission, l'indépendance devrait avoir une toute autre teneur. En effet, les dispositions, qui pourraient devenir contraignantes en cas d'adoption en l'état, imposent que les Etats membres veillent « à ce que le chef d'une autorité de régulation nationale ou son remplaçant ne puisse être congédié que s'il ne remplit plus les conditions requises pour exercer ses fonctions, préalablement définies en droit national, ou s'il a commis une faute grave. La décision de congédier le chef de l'autorité de régulation nationale contient un exposé des motifs et elle est rendue publique au moment du congédiement. Les Etats membres veillent à ce que les autorités de régulation nationales disposent des ressources financières et humaines nécessaires pour accomplir les tâches qui leur sont assignées, et qu'elles aient des budgets annuels distincts. Les budgets sont rendus publics », article 1^{er} paragraphe 3 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 697 final. De même dans le secteur de l'énergie, « l'Etat membre veille à ce que, dans l'exécution des tâches qui lui sont conférées par la présente directive, l'autorité de régulation soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée et que son personnel et les personnes chargées de sa gestion agissent indépendamment de tout intérêt commercial et ne sollicitent ou n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée. Afin de protéger l'indépendance de l'autorité de régulation, les Etats membres veillent notamment à ce que : l'autorité de régulation soit dotée de la personnalité juridique, bénéficie de l'autonomie budgétaire et dispose de ressources humaines et financières suffisantes pour s'acquitter de ses obligations; ses cadres soient nommés pour un mandat à durée déterminée non renouvelable de cinq ans au minimum, et ne puissent être démis de leurs fonctions au cours de leur mandat que s'ils ne répondent plus aux conditions fixées par le présent article ou ont commis une faute grave », article 1^{er} paragraphe 12 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, du 19 septembre 2007, COM (2007) 528 final ; article 1^{er} paragraphe 14 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, du 19 septembre 2007, COM (2007) 529 final.

des autorités de régulation. En effet, en évoquant la suffisance financière, d'une part, et d'autre part l'adéquation des ressources humaines aux missions ainsi que l'exigence de transparence des mécanismes de régulation²¹⁷, le droit communautaire soulève ces deux questions qui seront partiellement résolues dans le droit interne des Etats membres (Section II).

Section I : L'indépendance liée à la composition des ARI

L'indépendance, traduite dans la composition des autorités de régulation, est matérialisée, dans les Etats membres étudiés, par un ensemble de dispositions législatives visant à réduire les possibles influences du pouvoir exécutif et du secteur régulé sur les organes décisionnels. Cependant, le caractère administratif des ARI implique quand même la participation du pouvoir exécutif, notamment dans la nomination des membres. Dès lors, il résulte de la comparaison des législations des Etats membres qu'une très grande variété de règles peut protéger les ARI, autant que possible, de la prééminence du pouvoir exécutif dans le mode de désignation de leur collègue.

L'indépendance liée à la composition des régulateurs s'organise donc, en premier lieu, dans les dispositions relatives à la désignation des membres (§1). En effet, les régulateurs de réseaux sont des organes collégiaux nommés par le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, et parfois des entités représentant la société civile. Dès lors, la proportion des membres nommés par le pouvoir exécutif devrait diminuer pour faire place à celle du pouvoir législatif et, peut-être, du secteur régulé ou des associations de consommateurs. De plus, la nature des organes en charge de la nomination des commissaires, conjugué au calendrier électoral, soulève la question de la politisation des membres des ARI. Par conséquent, le choix des commissaires est d'une haute importance à l'heure de déterminer s'il faut s'orienter vers une composition politique ou, ce qui a retenu la faveur des Etats membres, une composition basée principalement sur la légitimité technique.

Mais l'indépendance se traduit aussi par les caractères du mandat des membres (§2). En effet, la durée, le renouvellement et les incompatibilités imposées aux commissaires jouent fortement sur leur possible capture. Un mandat assez long influe sur la capacité de ceux-ci à

²¹⁷ Respectivement, exposé des motifs, cons. numéro 11, et article 3 alinéa 3, directive 2002/21/CE précitée.

se familiariser avec la technicité du secteur et garantir l'indépendance dans la durée. De plus, le non renouvellement implique que les membres sont présumés ne pas agir en fonction d'intérêts personnels, comme la prolongation de leur mandat. Enfin, un système d'incompatibilités, pendant et après l'exercice de leurs fonctions, est primordial pour éviter tout conflit d'intérêts, ainsi que la reconversion des commissaires dans le secteur régulé. Cependant, les règles relatives aux caractères du mandat ne sont pas suffisantes. Il faut aussi que les membres des ARI disposent d'une indépendance garantie pendant l'exercice de leurs fonctions. Dès lors, si des dispositions relatives à la révocation des membres sont nécessaires en cas, par exemple, d'incompatibilités, elles ne doivent pas aller jusqu'à une révocabilité *ad nutum* et leur rédaction doit être assez précise pour ne pas dissimuler une séparation dont les motifs seraient discrétionnaires.

§1 L'indépendance à l'égard des pouvoirs publics par le mode de désignation des membres

La désignation des membres des autorités de régulation traduit le degré d'indépendance, non seulement au regard de l'organe chargé, par le législateur, de les désigner (A), mais aussi en fonction des qualités requises pour les personnes susceptibles d'être nommées (B).

En premier lieu, tous les Etats membres étudiés ont choisi de confier une partie de la fonction de régulation à des organes collégiaux. Cependant, la pluralité, garantie d'indépendance puisqu'elle rend plus difficile la capture, doit aussi être conjuguée avec l'objectif d'efficacité, qui implique des collèges suffisamment restreints pour rendre des décisions rapidement. De plus, si la diversité des organes en charge de la nomination des membres n'est pas de mise dans tous les Etats membres, l'étude démontre quand même que la part des membres nommés par le pouvoir législatif tend à augmenter. Il faudra aussi poser la question de la diversité des organes en charge de la nomination, pour avancer l'hypothèse d'une participation partielle des associations de consommateurs, ou d'opérateurs.

En second lieu, la qualité des membres nommés traduit une option claire de la part des législateurs européens. Ils ont choisi de ne pas transformer les ARI en entités politisées. Ils imposent donc, à des degrés de précision plus ou moins élevés, certaines compétences techniques dans les domaines régulés. Cependant, le lien entre compétence et indépendance

doit être évalué à la lumière de la nécessaire hétérogénéité technique dans la composition des ARI.

A Le mode de nomination des membres

Les régulateurs étudiés sont dotés d'un collège de membres, dont le mode de nomination diffère selon les Etats²¹⁸. La collégialité garantit non seulement le pluralisme des idées, mais rend aussi plus difficile la capture du régulateur par le secteur régulé ou le pouvoir exécutif. Ce dernier, chargé de nommer une partie des membres de l'organe décisionnel, voit cependant, au fil des évolutions législatives, sa part diminuer au profit du pouvoir législatif, ou d'autres entités représentatives, ce qui implique une distanciation par rapport au pouvoir politique, garantissant l'indépendance des ARI.

1 La collégialité des ARI

Les Etats membres considérés dans cette étude ont tous opté pour la collégialité des entités en charge de la régulation des services publics en réseaux. La collégialité, conjuguée avec la diversité des pouvoirs susceptibles de nommer les membres des ARI, est une garantie d'indépendance dans le sens où elle implique un certain pluralisme, en intégrant un maximum de courants de pensée. Elle est aussi une garantie d'indépendance, au sens pratique du terme, puisqu'il est, dans le pire des cas, beaucoup plus difficile d'influencer un collège entier de membres qu'une seule personne²¹⁹. « L'indépendance des membres est préservée lorsque ceux-ci ne peuvent être séduits ni pris à partie, double face de la capture. Pour cela il est souvent affirmé, notamment par les membres des autorités administratives indépendantes eux-mêmes, que la meilleure garantie de leur indépendance est la collégialité. Cela tient à la vertu de l'anonymat engendré par la collégialité (...) »²²⁰. Ainsi, le nombre de membres est actuellement compris, dans les Etats membres étudiés, entre trois et onze, pour trouver un

²¹⁸ Ce n'est désormais plus le cas, mais le Royaume-Uni avait opté, entre les années quatre-vingt et le début du 21^{ème} siècle (en 2001 pour GEMA et en 2003 pour OFCom), pour un régulateur personnifié, en ce sens, voir *supra* p. 109 et s.

²¹⁹ C'est aussi l'argumentaire que soutient OFCom dans « *A case study on public sectors mergers and regulatory structures* » : « *It's also more difficult to demonise a Board than an individual regulator* », source : <http://www.ofcom.org.uk/>.

²²⁰ Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome II, chapitre III.

juste milieu entre le pluralisme et l'efficacité dans la prise de décisions²²¹. Cependant, ce pluralisme va être limité ou amplifié en fonction du deuxième paramètre à prendre en compte dans la nomination des membres composant les ARI : les organes chargés par le législateur de cette nomination. La variété et la représentativité des organes désignant les commissaires entraînent *de facto* une hétérogénéité de la composition des ARI et donc un pluralisme idéologique.

2 Les organes en charge de la nomination des commissaires

Globalement, deux méthodes ont été éprouvées par les Etats membres pour nommer les commissaires des autorités indépendantes de régulation. La première méthode consiste à répartir les pouvoirs de nomination entre les différentes autorités de l'Etat. La deuxième méthode, qui est la moins probante dans la garantie de leur indépendance, consiste à confier le pouvoir de nomination à l'exécutif, tout en le soumettant à une procédure de consultation. Une dernière méthode mérite aussi d'être soulignée : il s'agit de diluer le pouvoir de nomination entre les organes constitués de l'Etat et de laisser une certaine part au secteur régulé.

Mais le mode de nomination des membres des ARI est, de loin, le moins révélateur du degré d'indépendance que l'on souhaite imposer à ces institutions. En effet, quelle que soit la formule employée par les pouvoirs publics, elle implique automatiquement un paradoxe évident : d'un côté, « par transitivité la personne nommée (...) va bénéficier de l'autorité politique ou morale de celui qui l'a nommée »²²². De l'autre, c'est par rapport à l'organe en charge de la nomination que l'autorité devrait, en théorie, affirmer son indépendance²²³. La résolution de ce paradoxe ne trouve sa solution que dans la diversification des personnes en charge de la nomination. Ainsi, confier à plusieurs autorités la fonction de nommer la totalité des membres des ARI est la meilleure garantie de l'absence de collusion ou de communauté de vues entre ses propres membres. En effet, si le commissaire n'est pas théoriquement

²²¹ 3 membres pour la *Bundesnetzagentur*, 5 membres pour l'A.E.E.G., 7 membres pour l'ARCEP, 8 pour Postcom, 9 membres pour la CRE, la C.M.T., la C.N.E., A.G.Com., OFCom., 11 membres pour GEMA.

²²² Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité, chapitre III.

²²³ Il faut cependant noter que le mode de désignation par décret pris par le pouvoir exécutif, « normal dès qu'il s'agit de désigner les titulaires de fonctions publiques, ne doit pas être regardé comme contraire au principe d'indépendance que constitue la base de ces institutions », Gentot M., *Les autorités administratives indépendantes*, Collection Clefs Politique, Montchrestien, p. 55.

indépendant par rapport à l'autorité qui l'a nommée, la diversité des organes de désignation implique qu'il soit indépendant par rapport aux autorités qui ne l'ont pas nommées²²⁴.

La première méthode évoquée est la plus répandue en Europe continentale. Il s'agit de la nomination confiée aux autorités politiques telles que le titulaire du pouvoir exécutif, les présidents de chambres parlementaires ou directement les chambres elles-mêmes.

L'articulation du nombre de membres des ARI avec les autorités en charge de leur nomination va déterminer un degré plus ou moins élevé d'indépendance vis à vis du pouvoir exécutif. En ce sens, la CRE, en France, a connu un remaniement sous le coup de la loi du 3 janvier 2003²²⁵ qui, tout en faisant passer le nombre de commissaires de six à sept, augmente d'autant plus la part des membres nommés par le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat. D'un équilibre partiel entre, d'une part, les membres nommés par le pouvoir exécutif et, d'autre part, ceux nommés par le pouvoir législatif et le Conseil économique et social (C.E.S.), la CRE est passée à une composition dominée par les membres nommés par les chambres. En effet, la Commission de régulation de l'électricité, avec la loi du 11 février 2000²²⁶, était composée de six membres dont le président et deux membres étaient nommés par décret. Les trois restants étaient nommés respectivement par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat et le président du Conseil économique et social. Avec la réforme de 2003, transformant la Commission de régulation de l'électricité en Commission de régulation de l'énergie, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat nommaient deux membres chacun. Deux autres membres étaient nommés par décret, et le dernier membre devait sa nomination au C.E.S. L'article 5 de la loi du 7 décembre 2006²²⁷ vient une nouvelle fois modifier la composition de la CRE. Désormais, quatre membres sont nommés par décret, quatre par les présidents des chambres et un par le président du Conseil économique et social. Néanmoins, un élément conforte l'influence croissante des chambres. La loi de 2006 impose l'avis des commissions du parlement compétentes en matière d'énergie sur la nomination du président du collège²²⁸.

²²⁴ En ce sens : Franch Saguer M.: « *La seguridad alimentaria: las agencias de seguridad alimentaria* », *RAP*, n° 159, 2002, p. 330.

²²⁵ Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (J.O.R.F. n° 3 du 4 janvier 2003, p. 265), article 11.

²²⁶ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35 du 11 février 2000, p. 2143), article 28.

²²⁷ Loi n° 2006-1537, du 7 décembre 2006, relative au secteur de l'énergie, article 5-I (J.O.R.F., du 8 décembre 2006, p. 1).

²²⁸ *Ibid.*

L'ARCEP a connu la même évolution, allant dans le sens d'une représentativité prépondérante des membres nommés par le pouvoir législatif. Elle est actuellement composée de 7 membres dont 4 sont nommés par les présidents de chambres. Les trois restants, dont le président, sont nommés par décret. Sous l'égide de la loi de réglementation des télécommunications de 1996, sa composition était de trois membres nommés par décret, ne laissant que deux membres à la discrétion des présidents de chambres²²⁹.

Les autorités italiennes ont aussi adopté la méthode de la représentativité pluraliste dominée par les membres nommés par les chambres, pour leurs ARI. En effet, l'A.G.Com. est composée de neuf membres, dont le président seulement est nommé par décret du Président de la République sur proposition du président du Conseil, en accord avec le ministre des communications. Les huit autres membres sont nommés par le Sénat et la chambre des députés moyennant un décret du Président de la République²³⁰.

L'A.E.E.G., quant à elle, témoigne d'un mode de nomination hybride basé sur une communauté de vues entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Elle est composée de 5 membres, dont le président est nommé par décret. Les autres membres sont nommés par décret du Président de la République sur désignation du conseil des ministres. Cependant, les nominations sont soumises à la commission parlementaire compétente, pour scrutin à la majorité des deux tiers²³¹. La commission procède à l'audition des futurs commissaires. Si dans les trente jours elle n'a pas dégagé la majorité requise, elle ne peut ensuite faire son choix qu'à la majorité absolue²³². Cette solution hybride comporte en elle-même un choix de l'exécutif validé par une commission parlementaire à une large majorité. La prépondérance reste tout de même entre les mains du pouvoir exécutif, mais celui-ci doit obligatoirement composer pour bénéficier de l'aval du pouvoir législatif. Une formule originale qui a pour finalité d'accorder les titulaires du pouvoir législatif et exécutif sur des personnalités présentant les qualités requises pour remplir leurs fonctions.

²²⁹ Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications (J.O.R.F. n° 174 du 27 juillet 1996, p. 11384), article 8.

²³⁰ Loi n° 249 du 31 juillet 1997 « *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo* », (G.U., n° 177, supplément ordinaire n° 154/L, du 31 juillet 1997), article 1.3.

²³¹ Loi n° 481 du 14 novembre 1995, « *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* » (G.U., n° 270, supplément ordinaire du 18 novembre 1995), modifiée par la Loi n° 239 du 23 août 2004, « *Riordino del settore energetico, nonche' delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia* » (G.U., n° 215 du 13 septembre 2004).

²³² Loi n° 481 du 14 novembre 1995, article 2 alinéa 7.

Le même type de formule est employé en Allemagne pour nommer les membres de la *Bundesnetzagentur* (B.N.A.). Sans opter pour une nomination diluée entre les pouvoirs, la nomination reste pluraliste puisqu'elle relève de la concertation entre les autorités exécutives et législatives. En effet, le président et les deux vice-présidents sont nommés, sur proposition du Conseil consultatif de l'agence de réseau fédérale, par le gouvernement fédéral²³³. Le Conseil consultatif est composé de seize membres du *Bundestag* et de seize membres du *Bundesrat*²³⁴. Il dispose de quatre semaines pour élaborer une proposition, à défaut, ce droit expire. Si la proposition est rejetée, le Conseil consultatif a encore quatre semaines pour faire une nouvelle proposition. Les membres de la *Bundesnetzagentur* sont ensuite formellement nommés par le Président de la République. Une formule de compromis qui fait intervenir, de concert, les deux chambres et le gouvernement.

La deuxième méthode utilisée par certains Etats membres n'implique aucun pluralisme dans la nomination des membres. Ils sont nommés par le pouvoir exécutif avec ou sans consultation des autres pouvoirs.

Le mode de nomination des membres des ARI espagnoles, s'il ne fait pas preuve d'un pluralisme exacerbé, témoigne quand même d'un souci de consultation des assemblées un peu plus étendu qu'au Royaume-Uni. Il est possible de prendre l'exemple de la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, qui est composée de neuf membres, dont un président, un vice-président et sept conseillers. Ils sont tous nommés par le gouvernement, par *Real Decreto* adopté sur proposition du ministre des sciences, de la technologie et de l'économie. Cependant, le ministre responsable doit, au préalable comparaître devant la commission compétente de la chambre des députés (*Congreso de los diputados*) pour information sur les personnes qui seront proposées²³⁵. Cette comparution n'est pas suivie d'un débat, à la différence de la procédure mise en oeuvre pour la nomination des membres de la *Comisión Nacional de Energía*. Pour cette dernière, le débat, comme le précise la loi du 7 octobre 1998²³⁶, a pour objectif de constater que les candidats réunissent bien les conditions requises, c'est-à-dire une compétence technique et professionnelle reconnue dans le secteur. Il est donc

²³³ Loi sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, du 7 juillet 2005, (« *Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen* ») (BgbI. I P. 2009), paragraphe 3.

²³⁴ *Ibid.*, paragraphe 5.

²³⁵ Loi 32/2003 du 3 novembre 2003, *General de Telecomunicaciones* (BOE n° 264 du 4 novembre 2003), article 48.

²³⁶ Loi 34/1998 du 7 octobre 1998, *del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998), onzième disposition additionnelle, alinéa 3.

circonscrit et ne porte pas sur l'opportunité du choix du candidat. De plus, aucun vote n'est organisé, ce qui exclut tout pouvoir de blocage de la part de la chambre des députés.

Enfin, la technique garantissant le moins l'indépendance et le pluralisme des membres est utilisée au Royaume-Uni pour OFCom et GEMA. OFCom est composée de neuf membres dont un *Chairman*, quatre membres non-exécutifs, un *Chief Executive* et quatre autres membres exécutifs. Le *Chairman* ainsi que les membres non exécutifs sont nommés par le *Secretary of State*. Les autres membres sont nommés par le *Chairman* avec l'accord du *Secretary of State*. Finalement, plus ou moins indirectement, le *Secretary of State* concentre entre ses mains l'ensemble des pouvoirs de nomination des membres d'OFCom. La même logique a été utilisée pour la nomination des membres de l'autorité en charge de la régulation des marchés du gaz et de l'électricité, GEMA²³⁷.

Une dernière méthode pourrait être envisagée. Il s'agirait de diluer le pouvoir de nomination entre les pouvoirs constitués de l'Etat et de laisser une certaine part au secteur régulé. La Commission de régulation de l'énergie est l'entité européenne qui se rapproche le plus de cette organisation puisqu'un membre est nommé par le Conseil économique et social (C.E.S.). Le Conseil représente les principales activités économiques et sociales et assure leur participation à la politique du Gouvernement. En nommant un membre de la CRE, le C.E.S. lui donne, par transitivité, une certaine autorité morale socioprofessionnelle répercutée dans la composition de l'ARI. Cependant, la représentativité du secteur régulé n'est pas directe. Sans aller sur le terrain de l'autorégulation qui est un modèle peu accepté en Europe continentale²³⁸, car suspecté de relever de la capture du régulateur par le secteur régulé, il n'est pas impossible d'envisager la nomination de certains membres par le secteur régulé. Par exemple, l'ensemble des opérateurs du marché pourrait proposer un ou plusieurs membres de l'ARI. Mais pour que la représentativité soit idéale, il faudrait aussi que l'ensemble des associations de consommateurs puisse proposer une personnalité compétente en la matière, qui vienne faire contrepoids. Si l'on considère la collégialité et les organes en charge de la nomination des membres des ARI, non pas comme des garanties d'indépendance, mais plutôt comme une source de légitimité et de pluralisme de pensée, alors il serait tout à fait possible d'envisager une extension du pouvoir de nommer des membres au secteur régulé, composé des opérateurs, mais aussi aux consommateurs. Récemment, dans le domaine énergétique, la loi du 7 décembre 2006 a fait un pas important dans ce sens en intégrant, dans le collège des

²³⁷ Tous les membres (un *Chairman*, sept membres non exécutifs, un *Chief executive* et trois membres exécutifs) sont nommés par le *Secretary of State*. *Utilities Act 2000, schedule 1*.

²³⁸ Pour une opinion contraire : Esteve Pardo J.: « *Autoregulación, génesis y efectos* », Aranzadi, 2002.

commissaires de la CRE, deux représentants des consommateurs d'électricité et de gaz naturel nommés par décret²³⁹. S'il faut féliciter cette initiative, c'est en remarquant aussi qu'elle ne s'est pas accompagnée d'une nomination de représentants du secteur économique régulé. Néanmoins, ces éléments participent du souci d'hétérogénéité dans la composition de l'instance, gage informel d'indépendance, tout comme la collégialité²⁴⁰. Cette hétérogénéité peut être amplifiée par les qualités exigées dans le choix des commissaires.

B Le choix des commissaires

Ces réflexions amènent tout naturellement à la question du choix des personnalités en charge, pendant leur mandat, de réguler les services publics organisés en réseaux. Le hasard du calendrier des renouvellements de postes, conjugué à celui des mandats politiques, implique, parfois, que l'entier collège de membres des ARI soit nommé par le même parti politique. La question se pose, dès lors de la représentativité politique des membres composant les autorités de régulation. Si l'exemple américain pourrait aider à résoudre ce problème²⁴¹, il faut constater que les Etats membres ont plutôt opté pour une solution technique : les membres des ARI assurent leur indépendance, non pas par une représentativité politique égalitaire, mais grâce à des compétences techniques qui les placent, en théorie, au-dessus de tout soupçon.

1 La question de la composition politique des ARI

L'organisation du calendrier de renouvellement des mandats des membres des ARI, conjuguée avec celle des élections législatives ou présidentielles, amène dans certains Etats membres à des collèges entiers nommés par les titulaires du pouvoir politique appartenant à un même parti. Partant du postulat que le mode de décision interne des autorités de régulation est perméable aux considérations de politique nationale, alors la technique de désignation des membres implique un rapport qui relève plus du conflictuel que du consensuel. En effet, il est possible de considérer que la majorité des membres nommés par un même parti auront indubitablement le dessus sur la minorité émanant du parti de l'opposition. A ce processus

²³⁹ Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie (J.O.R.F., n°284 du 8 décembre 2006, p. 18531), article 5.

²⁴⁰ En ce sens, Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité, chapitre III.

²⁴¹ Voir *supra* p.64 et s.

décisionnel conflictuel il serait possible d'opposer un processus consensuel. En admettant que la composition interne des ARI soit bipartite, ou même représentative des plus grands courants politiques représentés à la chambre, dès lors, les décisions à prendre le seront sur le mode du compromis. Celui-ci favorise la pluralité de vues s'il ne va pas jusqu'au blocage institutionnel.

Le modèle américain d'*Independent Regulatory Agencies* est intéressant de ce point de vue²⁴². Le système de nomination des commissaires se fonde sur le principe du bipartisme. Cela évite que le président, autorité en charge de la nomination, en cas de mandats successifs, ne nomme l'intégralité des membres de la commission dans son propre parti. Le principe du bipartisme implique donc, ce qui est spécifié dans les statuts, qu'il n'y ait pas plus de trois commissaires sur cinq appartenant au même parti politique²⁴³. La parité n'est donc pas parfaite, pour ne pas aller jusqu'au blocage institutionnel, mais elle garantit quand même un minimum de représentativité des différents courants de pensée. Si ce principe, aux Etats-Unis, est facilité par la permanence du bipartisme politique, il a au moins le mérite de renforcer le principe d'indépendance de l'agence vis-à-vis du Président et de diminuer aussi l'influence dominante des partis politiques sur les agences. En revanche, l'inconvénient de ce système réside dans le fait que les commissaires sont des personnalités avant tout politiques.

Ce système pourrait très facilement être transposé au Royaume-Uni. En effet, le bipartisme parlementaire britannique faciliterait cette option. Dans les autres Etats membres, caractérisés par le multipartisme, il faudrait imaginer un système de représentation proportionnelle conservant les équilibres du vote législatif. Cependant, au regard de l'atomisation des courants de pensée, la désignation proportionnelle s'annoncerait très difficile. La solution alternative d'une nomination respectant le clivage droite/gauche serait irréaliste puisque cette distinction reste artificielle.

Dès lors, comment satisfaire une certaine diversité politique dans l'organisation des ARI d'un Etat composé de plusieurs partis politiques ? En prenant l'exemple français, tout en grossissant le trait, il est possible d'affirmer que pendant les années 2002 à 2012, c'est-à-dire environ deux mandats consécutifs au sein d'une autorité de régulation indépendante, l'Assemblée nationale et le Sénat auront eu une majorité correspondant à celle du Président de la République. Si les nominations sont confiées au Président de l'Assemblée nationale, au

²⁴² Voir *supra* p. 64 et s.

²⁴³ Le système politique américain du bipartisme favorise ceci.

Président du Sénat et au Président de la République, qui seront probablement du même bord politique, il est certain que les personnalités nommées auront un profil identique²⁴⁴. En revanche, si les nominations sont confiées d'une part au Président de la République et, d'autre part, à l'Assemblée nationale et au Sénat par un vote à une majorité qualifiée, les résultats pourraient ne plus être les mêmes. En effet, une pratique informelle des désignations pourrait s'instaurer. Elle tendrait vers la solution consensuelle d'un équilibre des pouvoirs au sein de chaque ARI. Les parlementaires choisissant à chaque fois, par exemple, deux membres de la majorité et deux membres de l'opposition pour qu'un certain pluralisme soit respecté au sein des agences. Cette solution aurait le mérite de couper court à d'hypothétiques soupçons de partialité dans la prise de décision des ARI.

Jusqu'à présent les Etats membres ne se sont pas inspirés de l'exemple nord-américain. Ils ont préféré contourner le problème de la politisation du collège des ARI en nommant des personnalités particulièrement qualifiées dans les secteurs régulés.

2 Le choix de personnes qualifiées

Il y a un lien direct entre compétence et indépendance des personnes désignées comme commissaires. En effet, la compétence scientifique des personnes nommées est censée diminuer d'autant le pouvoir d'influence du monde politique sur les ARI. Le choix de personnes qualifiées au sein du collège des ARI « fonde aussi la crédibilité de l'Autorité, c'est-à-dire son indépendance et sa puissance, ces trois qualités étant intimement liées »²⁴⁵. En ce sens, la compétence permet de se prémunir contre le phénomène de « capture » du régulateur, autant par le secteur régulé que par le gouvernement. Nommer des spécialistes du domaine régulé implique donc qu'ils ont les moyens d'être critiques par rapport aux informations que les parties prenantes leurs transmettent. Cependant, la spécialisation et l'ouverture d'esprit peuvent apparaître antagonistes. En effet, il ne faut pas non plus que l'esprit de corps entre spécialistes d'un même domaine paralyse l'action de l'ARI. Un juste milieu entre spécialisation technique et hétérogénéité dans la composition des collèges de régulateurs doit être trouvé.

²⁴⁴ Cette idée a été développée pour le régime italien dans : Caranta R. : « Les conditions et modalités juridiques de l'indépendance du régulateur », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : « Les régulations économiques : légitimité et efficacité », Droit et économie de la régulation, Volume 1, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 75.

²⁴⁵ Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité, chapitre III.

En ce sens, certaines législations nationales ont imposé aux organes en charge de la nomination des membres des ARI le choix de personnes qualifiées. Cependant, l'appréciation des compétences est un élément très relatif. S'instaure donc une certaine confiance dans le jugement de l'organe en charge de la nomination. Alors qu'il serait concevable, aucun cas de recours contentieux contre une nomination n'est intervenu pour mettre en doute sa légalité dans les domaines envisagés²⁴⁶. Il faut cependant noter la particularité du procédé de nomination des membres de la *Comisión Nacional de Energía* qui, comme le précise la loi du 7 octobre 1998, impose un débat devant la chambre des députés dans l'optique de constater que les candidats réunissent bien les conditions requises par la loi, c'est-à-dire une compétence technique et professionnelle²⁴⁷. Cependant, la rédaction de la onzième disposition additionnelle ne précise pas dans quel domaine ces compétences techniques et professionnelles sont requises. Ainsi, il y a un contraste frappant entre les pouvoirs de contrôle détenus par la chambre des députés dans la vérification des compétences des futurs commissaires et la rédaction approximative de cette disposition. De plus, aucun vote n'est organisé, ce qui ne donne pas de pouvoir de blocage à la chambre des députés.

En France, aucune procédure de vérification de la compétence des futurs membres des ARI n'a été mise en place. Tout comme pour la C.N.E., la loi du 10 février 2000 est assez imprécise puisqu'elle ne demande qu'une « qualification dans les domaines juridique, économique et technique »²⁴⁸ pour la CRE. Cette dernière mention a été respectée, cependant il est possible de déplorer que tous les membres n'aient pas une expérience technique certaine dans le secteur énergétique. Deux explications peuvent être avancées, la première résiderait dans un choix plus politisé et opportuniste que fondé sur la compétence technique. La deuxième, serait le souci de respecter une certaine hétérogénéité allant jusqu'à la nomination de personnes ayant des qualifications beaucoup plus élargies que le secteur même du gaz et de l'électricité. Pour faire face à cette dispersion des compétences, le rapport de l'Office parlementaire de l'évaluation de la législation propose de « soumettre la nomination de

²⁴⁶ Par contre, dans le domaine nucléaire, la Commission de recherche et d'information indépendantes sur la radioactivité a contesté devant le Conseil d'Etat français la légalité de la nomination en novembre 2006, d'un des commissaires de l'Autorité de Sûreté nucléaire par le Président de la République, au motif qu'il ne remplissait pas les critères de « compétences dans les domaines de la sûreté nucléaire et de la radioprotection ». Si sa nomination était invalidée, les décisions prises collégialement par l'autorité pourraient être mises en cause. *Le Monde*, 27 juin 2007, p. 7. Voir pour la CRE, CE, 16 mars 2001, *Société coopérative Greenpeace Energy*, n° 221255, Rec. p. 134, concl. Maugüe C., *C.J.E.G.*, 2001, p. 249 ; Lombard M. : « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in Lombard M. (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 214.

²⁴⁷ Loi 34/1998 du 7 octobre 1998, *del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998), onzième disposition additionnelle, alinéa 3.

²⁴⁸ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35 du 11 février 2000, p. 2143), modifiée, article 28.

personnalités qualifiées au sein du collège d'une AAI à des exigences de compétence en rapport direct avec le domaine d'intervention de l'autorité »²⁴⁹.

En Allemagne, comme au Royaume-Uni, les dispositions législatives fixant la procédure de nomination des membres des ARI ne donnent aucun critère préalable de qualification ou de spécialisation. Cependant, l'étude de la composition de ces autorités de régulation révèle que, dans les faits, les personnalités nommées ont des compétences techniques certaines dans les domaines régulés. Il est possible de citer, par exemple, le président de la *Bundesnetzagentur*, Matthias Kurth, qui est juge de formation mais qui a aussi occupé les fonctions locales de Secrétaire d'Etat au ministère de l'économie, des transports et de la technologie de 1994 à 1999, et celles de représentant de l'Etat de Hesse au Conseil de régulation pour les postes et les télécommunications de 1994 à 1997²⁵⁰.

L'organisation des autorités de régulation indépendantes britanniques a ceci de particulier qu'elle se compose pour partie de membres non exécutifs et pour le reste de membres exécutifs. Cette solution originale par rapport aux autres Etats membres implique un certain éclatement dans les compétences. Les membres non exécutifs ont un profil plus politique, même s'ils ont occupé des fonctions en relation avec le domaine des communications électroniques²⁵¹, et les membres exécutifs sont parfois issus du secteur privé et ont occupé des postes à responsabilités dans des entreprises financières ou de haute technologies²⁵². L'ensemble des membres travaille sous l'autorité du *Chairman* qui est fréquemment choisi parmi les professeurs renommés dans le domaine économique et plus spécifiquement dans celui de la régulation ou parmi des personnalités ayant occupé de hautes fonctions administratives²⁵³. Ainsi, le modèle britannique de régulation a opté pour une

²⁴⁹ « Rapport sur les autorités administratives indépendantes », Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 12, recommandation numéro 24.

²⁵⁰ Une des deux Vice-présidents, Dr Iris Henseler-Unger, était experte auprès d'un groupe parlementaire en charge de la politique économique, des postes et des télécommunications de 1993 à 1999, puis vice-présidente de l'autorité réglementaire des postes et des télécommunications qui a précédé l'actuelle *Bundesnetzagentur*. L'autre vice-président, Johannes Kindler, était attaché au ministère fédéral de l'économie en charge de la politique énergétique de 1978 à 1987, puis conseiller industriel auprès du Chancelier et chef du département des politiques industrielles, énergétiques et des télécommunications. Source : <http://www.bundesnetzagentur.de/>.

²⁵¹ Il est possible de citer, par exemple, pour OFCom, le *Deputy Chairman* Philip Graf qui a été directeur du Mirror Group Plc, groupe de presse britannique, puis en charge des activités de la BBC sous la direction du Secrétariat d'Etat à la culture aux médias et au sport. Les membres non exécutifs de GEMA doivent, entre autres, avoir des compétences reconnues dans des domaines d'activités incluant l'industrie, les politiques sociales et environnementales les finances et l'Europe.

²⁵² Le *Chief Executive* d'OFCom, Ed Richards, a commencé sa carrière à Channel 4, puis comme consultant chez London Economic Ltd, pour occuper ensuite les fonctions de Conseiller politique pour le Premier Ministre dans le domaine des médias, des télécommunications et de l'*e-government*.

²⁵³ Pour OFCom, Lord Currie of Marylebone est Professeur d'économie depuis 1988. Il a enseigné à la London Business School et était directeur du Centre de prévisions économiques de 1988 à 1995, puis au Centre des initiatives de régulation de 1995 à 2000. Le *Chairman* de GEMA, Sir John Mogg, membre du Conseil

représentation ouverte mélangeant des personnalités d'origines diverses, mais ayant un cadre de compétences générales ou spécifiques en relation avec le secteur dans certains cas, la régulation parfois, et l'économie toujours.

Ces dispositions contrastent par rapport aux exigences requises pour d'autres autorités. En effet, l'article L. 130 du Code des postes et des communications électroniques (C.P.C.E.) impose que l'ARCEP soit composée de membres « nommés en raison de leur qualification économique, juridique et technique, dans les domaines des communications électroniques, des postes et de l'économie des territoires ». Dans le même sens, en Italie, qu'il s'agisse de l'A.G.Com. ou de l'A.E.E.G., la loi relative à la concurrence et à la régulation des services publics impose que les membres des commissions soient des personnes hautement qualifiées et des professionnels reconnus, experts dans le secteur²⁵⁴. En Espagne, la loi du 3 novembre 2003, relative aux télécommunications, oblige aussi à ce que les personnalités choisies pour être membre de la C.M.T. aient une « compétence professionnelle reconnue »²⁵⁵, en relation avec le secteur des télécommunications et la régulation des marchés²⁵⁶.

Deux options donc, la première tend à considérer que le pluralisme dans les qualifications des commissaires est un atout pour une prise de décision éclairée. La deuxième impose la spécialisation des commissaires dans un domaine hautement technique. Cependant, cette dernière option amène une réflexion pratique. Considérant que la régulation des services publics organisés en réseaux est un phénomène récent, comment dès lors trouver des personnes ayant une compétence reconnue dans le secteur, et qui n'aient pas été en relation directe ou indirecte avec un ministère ou un opérateur historique ? La qualification des commissaires ne doit pas engendrer un phénomène corporatiste. Sans intention aucune de jeter un quelconque discrédit, ou même de mettre en doute l'indépendance des membres, il est intéressant d'évoquer le cas français pour démontrer cette idée. En effet, dans le secteur des postes et télécommunications, les membres de l'organe de régulation ont fait leurs études ou leur début de carrière à une époque qui ne connaissait que des opérateurs historiques détenant un monopole sur ces marchés, par conséquent principale structure possible, avec le ministère responsable, pour bénéficier d'une spécialisation technique. Le président actuel de l'ARCEP, enseignant chercheur, a travaillé comme conseiller économique au sein de la direction de la

d'administration de l'Université de Brighton, est issu du secteur privé, mais a passé dix ans dans les fonctions de Directeur général à la Commission européenne en charge du marché intérieur et des services financiers.

²⁵⁴ Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée, article 2 alinéa 8.

²⁵⁵ Loi 32/2003 du 3 novembre 2003, précitée, article 48 alinéa 5.

²⁵⁶ Cette disposition est cependant critiquée par le Professeur Sala Arquer qui la qualifie de « concept juridique indéterminé ». En ce sens : Sala Arquer J.-M.: « *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones* », Universidad de Burgos, Cuadernos Civitas, 2000, p. 24.

prévision du ministère de l'économie et des finances. A l'époque de la privatisation de France Télécom, il a présidé les groupes d'expertise économique sur l'interconnexion et le financement du service universel, dans le secteur des télécommunications. Un autre membre est ancien élève de l'école normale supérieure des postes et télécommunications. On trouve aussi un ingénieur en chef des télécommunications, un diplômé de l'Ecole Polytechnique et de Télécom Paris ou un membre ayant officié à la direction de la stratégie de La Poste. Certes, ces éléments ne sont pas de nature à jeter un discrédit sur la capacité d'indépendance des membres, mais il faut reconnaître qu'il est très difficile, à une époque où la régulation émerge, d'éviter un phénomène corporatiste tourné vers la fonction publique ou l'ancien opérateur historique²⁵⁷. Dès lors, si la compétence est la garantie la plus forte de l'indépendance, il ne faut pas non plus tomber dans une spécialisation accrue qui, aux débuts de l'instauration d'un marché concurrentiel, peut amener à un fort corporatisme.

Par conséquent, ces éléments traduisent la difficulté de la recherche d'un degré optimal d'indépendance par les règles régissant la composition des ARI. Il en est de même pour celles définissant les caractères du mandat des commissaires.

§2 L'indépendance à l'égard des pouvoirs publics par le mandat des membres

Pour donner une certaine indépendance aux commissaires à l'égard tant des pouvoirs publics que du secteur régulé, indirectement, il va falloir agir sur les deux composantes du mandat. D'une part, ce sont les caractères du mandat qui vont devoir être adaptés à une plus grande indépendance, soit sur sa durée, son renouvellement, ou son cumul avec d'autres activités (A). D'autre part, c'est l'exercice du mandat des commissaires qui va devoir être conditionné. En ce sens, le commissaire va être inamovible et ne sera pas soumis à la pression d'une éventuelle révocation discrétionnaire (B).

A Les caractères du mandat

Les membres des autorités indépendantes de régulation disposent de garanties essentielles d'indépendance par les caractères de leur mandat. En effet, trois éléments

²⁵⁷ La démonstration pourrait être identique en prenant l'exemple de la CRE, puisque deux des membres ont travaillé dans des postes de direction de la Société nationale d'électricité et de thermique (SNET, devenue Endesa France depuis 2001) et de Charbonnages de France (EPIC).

viennent se compléter : la durée du mandat, son renouvellement et l'inamovibilité des membres pendant le mandat. L'analyse de ces règles démontre qu'un mandat long, non renouvelable, et ne permettant aucun cumul avec d'autres activités, présentes ou futures, est la meilleure garantie de l'indépendance. Cependant, il apparaît aussi qu'il n'est pas possible de dégager un ensemble d'Etats membres ayant choisi les règles les plus protectrices de l'indépendance du mandat des commissaires.

1 La durée du mandat et sa périodicité

La durée du mandat n'a d'intérêt que si elle est évaluée en fonction de sa périodicité de renouvellement, et comparée avec les mandats des personnes en charge des nominations. Les Etats membres ont opté pour des mandats relativement longs, dans l'optique de faciliter une certaine continuité et cohérence du travail des ARI. En effet, l'indépendance se juge aussi par rapport à la maîtrise de l'objet sur lequel porte l'action de l'ARI. Ainsi, il faut un temps suffisant pour que s'opère un tel apprentissage, d'autant plus lorsque les personnes nommées ne sont pas des experts du secteur. En ce sens, Jean-Louis Autin affirme que « le temps est nécessaire pour rôder les mécanismes, asseoir l'autorité des hommes, forger doctrines ou jurisprudences. Tout spécialement, l'indépendance organique s'acquiert dans l'accomplissement quotidien de la mission dont il est investi »²⁵⁸.

Les mandats vont, dans les Etats considérés, de cinq à sept ans. Cependant, deux techniques se dégagent : les Etats qui ont opté pour un renouvellement du corps entier des commissaires dont la périodicité est plus longue que celle de la législature, et ceux qui ont choisi un renouvellement partiel des membres des ARI pour chaque législature.

En premier lieu, c'est pour la *Bundesnetzagentur* que le mandat est le plus court : le président a un mandat de cinq ans²⁵⁹ dont le commencement conditionne l'entrée en fonction de l'intégralité de l'agence. Comme le renouvellement a une périodicité plus longue que celle de la législature, tous les gouvernements en place ne sont pas certains de pouvoir nommer un président de la *Bundesnetzagentur*. Le mandat du président étant plus long d'un an que celui des parlementaires, le calendrier implique qu'une législature sur cinq ne puisse pas nommer de membre. L'Espagne, pour la C.M.T., se retrouve dans le même type de situation. Ayant

²⁵⁸ Autin J.-L. : « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *R.A.*, 1988, p. 333.

²⁵⁹ Loi sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, du 7 juillet 2005, précitée, paragraphe 4.

choisi de renouveler l'intégralité des membres de la C.M.T. tous les six ans, une législature sur trois n'aura pas cette opportunité. Il en est de même pour l'Italie qui a opté pour des mandats de longue durée, sept ans, pour l'A.E.E.G. et l'A.G.Com.

La France avec l'ARCEP²⁶⁰, tout comme l'Espagne pour la C.N.E., a choisi un mandat de six ans renouvelable par tiers tous les deux ou trois ans²⁶¹. L'inconvénient des systèmes précédents se trouve compensé par un renouvellement partiel du corps de la commission. Ainsi, chaque législature aura l'occasion de nommer la moitié ou le tiers des commissaires. En cas d'alternance parlementaire, la commission assure donc un certain pluralisme politique. De plus, le renouvellement périodique des membres des ARI permet la continuité du travail, puisque les membres entrants intègrent une équipe en place qui dispose d'une connaissance et d'un suivi des dossiers en cours. Cela évite une rupture dans le travail des commissions à chaque renouvellement, voir un changement de cap idéologique dans l'organisation et le fonctionnement des ARI. Comme le souligne le rapport sur les autorités administratives indépendantes de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, le renouvellement par tiers tous les deux ans préserve la « mémoire » de l'autorité en maintenant une certaine doctrine, permanence requise pour la sécurité juridique de l'ensemble²⁶².

Le dernier système, atypique, est pratiqué au Royaume-Uni. L'*Utilities Act* précise que le terme de la nomination des commissaires est déterminé par le *Secretary of State*. Cependant, l'alinéa suivant stipule qu'en aucun cas la durée du mandat ne devra excéder cinq ans²⁶³. La possibilité dont dispose le *Secretary of State* de fixer, unilatéralement, la durée du mandat de l'ensemble des membres de l'ARI paraît assez peu sécurisante pour le travail de la commission. En effet, l'indépendance en est d'autant moins assurée que les membres ne disposent pas tous d'un mandat de même durée et que leurs remplacements n'ont aucune périodicité. En effet, le *Secretary of State* nomme les membres lorsque le mandat de la personne précédente arrive à échéance en leur fixant une durée de mandat allant de trois à cinq ans en pratique. Comment, dès lors, une autorité de régulation indépendante peut-elle se prévaloir d'une réelle indépendance lorsque la durée du mandat de certains de ses membres est limitée à trois ans ? Cette technique peut être interprétée comme une manœuvre visant à

²⁶⁰ Depuis la loi de 2006, les membres de la CRE sont nommés pour six ans sans renouvellement partiel. Cependant, au regard des dates de nomination, qui s'échelonnent sur une période de quatre ans, l'effet est globalement identique, même si la méthode est un peu anarchique. Voir la loi n° 2006-1537, du 7 décembre 2006, relative au secteur de l'énergie, article 5-I (J.O.R.F., du 8 décembre 2006, p. 1).

²⁶¹ Loi 34/1998 du 7 octobre 1998, onzième disposition additionnelle, alinéa 4.

²⁶² « Rapport sur les autorités administratives indépendantes », Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 12.

²⁶³ *Utilities Act 2000*, (2000, c 27) Partie I, Section 1, alinéas 2 et 3.

déstabiliser le travail des ARI en menaçant ou en pratiquant une réduction des mandats dans les postes techniques. Si la durée du mandat est en relation étroite avec l'indépendance par la maîtrise des commissaires de leur poste, alors le système britannique ne présente pas, en l'état, un caractère certain d'indépendance organique. Sir Brian Carsberg formule cette même critique lorsqu'il déclare que ces mandats sont démesurément courts comparés aux stratégies à long terme des industries régulées²⁶⁴.

Pour conclure sur la durée du mandat des commissaires ainsi que sur leur périodicité, deux idées s'affrontent, chacune ayant sa logique propre pour satisfaire l'exigence d'indépendance des membres. La première idée est qu'un long mandat des commissaires dont le corps est renouvelable en entier implique une apparence d'indépendance puisqu'elle ne suit pas la logique des clivages politiques. En effet, l'accent est mis sur l'indépendance initiale des membres de la commission et la longueur du mandat va permettre l'efficacité et la sérénité du groupe qui va travailler entre cinq et sept ans sous la même organisation. De même, l'écart entre le mandat parlementaire et le mandat des ARI produit, à longue échéance, une distanciation entre la politique gouvernementale et les actions des commissions²⁶⁵. La deuxième idée repose plutôt sur l'hétérogénéité politique des composants de la commission qui, nommés par des législatures différentes, traduiront, dans les faits, une certaine continuité démocratique. De cette hétérogénéité va ressurgir une indépendance de fait.

Si, de ces deux options, aucune ne semble assurer l'indépendance plus que l'autre, en revanche, la longue durée du mandat, conjuguée avec son non renouvellement, a le double avantage d'impliquer l'efficacité par l'apprentissage, mais aussi l'indépendance dans la conduite de la régulation. En effet, le non renouvellement du mandat est un facteur qui peut éviter facilement toute capture psychologique des commissaires de la part du secteur régulé et/ou des organes en charge de la nomination.

²⁶⁴ « *One criticism of the arrangements before privatisation was that short-term political issues might receive disproportionate weight compared to the long-term and strategic goals of an industry* », Memorandum de Sir Brian Carsberg, House of Lords, Select Committee on the Constitution, 6th report of Session 2003-2004: « *The Regulatory State: ensuring its accountability* ». Vol. 1, 6 mai 2004.

²⁶⁵ En ce sens : Chillón Medina J.-M. Escobar Roca G. : « *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones* », Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2001, p. 102.

2 Le non renouvellement du mandat, garantie d'indépendance

Le non renouvellement du mandat est un important facteur d'indépendance des membres des ARI. En effet, les commissaires se voient d'autant plus libres et indépendants dans leur prise de décision qu'ils savent, à l'avance, que leur mandat n'est pas renouvelable. N'ayant pas de possibilité de perspectives de carrière, ils n'en sont que plus affranchis²⁶⁶. *A contrario*, l'option du renouvellement des membres des ARI peut être une arme redoutable de pression entre les mains du pouvoir en charge de nommer les commissaires. De même, le secteur régulé, lorsqu'il rentre en conflit direct avec les positions de certains commissaires ou plus généralement de l'ARI, peut user de cette menace indirecte pour que le commissaire se plie et perde totalement son indépendance. Ainsi, le caractère non renouvelable du mandat « confie aux intéressés une plus grande liberté d'esprit, en excluant tout risque de complaisance par rapport à ceux qui sont investis du pouvoir de nomination »²⁶⁷.

Les autorités de régulation indépendantes italiennes²⁶⁸ et françaises²⁶⁹ fonctionnent sur le modèle du non renouvellement des membres. Cette stabilité à durée déterminée a aussi les faveurs du Conseil Constitutionnel français. En effet, les auteurs de la saisine contre la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier alléguaient que l'indépendance des membres de la COB n'était pas assurée par leur statut²⁷⁰. A cela, le Conseil Constitutionnel répondit que la nomination du président, par décret en conseil des ministres pour une durée de six ans non renouvelable, garantit « l'indépendance et l'autorité du président ». Il ajouta, à propos des autres membres de la Commission que « tant le mode de

²⁶⁶ En ce sens : Gentot M. : « Les autorités administratives indépendantes », Collection Clefs Politique, Montchrestien, p. 60.

²⁶⁷ Chevallier J. : « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P. G.*, 1986, p. 3254. Dans le même sens, Brian Carsberg, ancien directeur général d'Ofstel, estime que « *Dependance on Government for reappointment is the main threat to independence* », in Mémoire du Professeur Brian Carsberg, annexé au sixième rapport de la Session 2003-2004, du *Select Committee* de la *House of Lords* : « The regulatory State : ensuring its accountability », Volume 1, HL Paper 68-I.

²⁶⁸ Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée, article 2 alinéa 8.

²⁶⁹ Article L 130 du C.P.C.E. pour l'ARCEP et loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (*J.O.R.F.*, n° 35, du 11 février 2000, p. 2143) modifiée, art 28.

²⁷⁰ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* ; Chevallier J., *A.J.D.A.*, 1989, p. 619 ; Genevois B., « La compétence constitutionnelle du juge administratif et la police des étrangers », *R.F.D.A.*, 1989, p. 691, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, p. 510 ; Osman F., « Le juge judiciaire gardien de la liberté individuelle, mythe ou réalité ? », *Gaz. Pal.*, 25-27 Février 1990, p. 2 ; Prétot X., *D.*, 1990, p. 161.

désignation des membres que la durée fixe de leur fonction sont à même de garantir l'indépendance de la Commission dans l'exercice de ses missions »²⁷¹.

En revanche, les actes constitutifs de la C.N.E. et de la C.M.T. espagnoles disposent expressément que les membres seront nommé pour une durée de six ans, pouvant être renouvelés pour une période de même durée²⁷². Deux mandats successifs sont donc autorisés, ce qui pourrait porter à douze ans l'occupation d'un poste dans ces ARI. Il en est de même pour la *Bundesnetzagentur* (B.N.A.) qui prévoit cette possibilité dans la loi sur l'agence de réseau fédérale du 7 juillet 2005²⁷³.

Le Royaume-Uni ne s'est pas préoccupé du renouvellement des commissaires. Par exemple, l'*Utilities Act* prévoit qu'une première nomination en tant que *Chairman*, ou membre de l'office, n'empêche aucunement un renouvellement au terme du mandat²⁷⁴. Ainsi, le législateur britannique ne voit aucun inconvénient à ce que les commissaires puissent subir une pression sur ce point de la part des autorités de nomination ou, indirectement, du secteur régulé. Un ancien Directeur Général d'OfTel, Sir Brian Carsberg, témoigne même en ce sens et réclame un changement de régime : « une pression politique peut se produire puisque les renouvellements de nominations des régulateurs sont entre les mains des Secrétaires d'Etat, des solutions alternatives devraient être trouvées pour réduire, dans l'avenir, ce danger »²⁷⁵.

Faut-il donc déduire que les Etats membres ayant choisi un ou plusieurs renouvellements ont fait primer l'idée de la continuité de l'institution, peut-être même de son efficacité, au détriment de son indépendance ? Cette permanence permettrait, dans cette hypothèse, de tirer un profit optimal des capacités acquises par les membres desdites autorités dans l'exercice de leur fonction, et l'on peut espérer que « les membres des autorités dont le mandat est renouvelable ne recherchent pas pour autant les faveurs du Prince »²⁷⁶. Cependant,

²⁷¹ *Ibid.*, cons. n° 5 à 10.

²⁷² Pour la C.N.E. : onzième disposition additionnelle de la *ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998). Pour la C.M.T. : *ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003), article 48.

²⁷³ Loi sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, du 7 juillet 2005, précitée.

²⁷⁴ *Utilities Act 2000, Chapter 27, Schedule 1* : « Une nomination précédente comme *Chairman* ou comme membre de l'Office n'empêche pas l'éligibilité pour une autre nomination dans le même office », traduction libre de : « *A previous appointment as Chairman or other member does not affect a person's eligibility for appointment to either office* ».

²⁷⁵ Traduction libre de : « *Political pressure can still occur because reappointment of a regulator is in the hands of the Secretary of State and alternative arrangements might be sought to reduce this danger still further* », *Memorandum* de Sir Brian Carsberg, House of Lords, Select Committee on the Constitution, 6th report of Session 2003-2004 : « *The Regulatory State: ensuring its accountability* », Vol. 1, 6 mai 2004.

²⁷⁶ Gentot M., *Les autorités administratives indépendantes*, précité, p. 60.

pour obtenir une certaine continuité de l'institution et favoriser l'indépendance de ses membres, la solution idoine reste un mandat suffisamment long pour permettre l'apprentissage des techniques et procédures particulières par les membres, couplé avec le non renouvellement de ce même mandat. La périodicité des renouvellements vient parachever cette technique pour assurer la « mémoire » de l'institution. En ce sens les ARI françaises et italiennes font figure d'exemples pour les autres Etats membres.

Le dernier élément du mandat, apte à garantir un certain degré d'indépendance des membres, généralisé mais dont les modalités sont différentes dans les pays étudiés, se décline sous la forme d'incompatibilités pour les commissaires, dans l'exercice de leurs fonctions.

3 Les incompatibilités avec d'autres mandats

Quatre types d'incompatibilités sont référencés à travers les législations étudiées. Les trois premiers ont pour objectif d'éviter un conflit d'intérêts entre les diverses activités des commissaires, en cela ils prémunissent contre une capture directe des membres des ARI par le politique ou le secteur régulé. Il s'agit des incompatibilités avec d'autres mandats, avec des fonctions annexes et l'interdiction de détenir des intérêts directs ou indirects dans les entreprises du secteur régulé. Le dernier anticipe sur l'avenir du commissaire. Il s'agit d'une exigence d'incompatibilité avec des fonctions futures. L'objectif avoué est d'éviter ce que l'on appelle le « pantouflage » des commissaires : comportement selon lequel un membre du collège pourrait favoriser une entreprise ou un intérêt de l'administration dans l'idée de s'assurer un poste au terme de son mandat de régulateur²⁷⁷. Ce dernier type d'incompatibilité est assez contraignant puisqu'il interdit généralement aux personnes concernées de postuler, dans un délai fixé, à un emploi dans les entreprises du secteur régulé. De ce fait, il limite les débouchés des commissaires dans le secteur sur lequel ils sont spécialisés. Ceci explique le fait qu'il ne soit pas généralisé dans tous les Etats membres.

- Les incompatibilités avec d'autres mandats électifs

Tout d'abord, les incompatibilités avec d'autres mandats publics sont répandues dans une partie des Etats membres étudiés. Si certains ont opté pour des incompatibilités absolues, d'autres ont été moins regardants sur ce thème. Par exemple, les textes constitutifs de la CRE,

²⁷⁷ Sur ce point, qualifié aux Etats-Unis de « *revolving door* », voir supra p. 78 et s.

en France, et le droit italien imposent une impossibilité de cumul de l'activité de commissaire avec tout mandat électif²⁷⁸. A un degré d'exigence moindre, l'article L. 131 du C.P.C.E. interdit aux membres des ARI d'exercer tout mandat électif national. Cette interdiction relative, laisse donc la porte ouverte pour un mandat électif local ou européen. Il en est de même pour les membres de la B.N.A. qui ne peuvent, pendant la durée de leur mandat, appartenir à un gouvernement ou à un organe législatif de la fédération ou d'un Land. D'autres mandats leurs sont par conséquent ouverts. Ne faut-il pas y voir un conflit d'intérêts à l'heure où les collectivités locales négocient fréquemment avec les opérateurs de télécommunications ?

Il ne semble cependant pas, selon le Conseil Constitutionnel français, que les incompatibilités avec des mandats électifs soient un élément de premier plan pour garantir l'indépendance organique des régulateurs. Selon le Conseil, dans sa décision du 18 septembre 1986, les fonctions de membres d'une A.A.I. s'assimilent à des « emplois publics »²⁷⁹. Ainsi, en se fondant sur le premier alinéa de l'article L.O. 142 du code électoral, qui dispose que « l'exercice des fonctions publiques non électives est incompatible avec le mandat de député », sur l'article L.O. 297 du code électoral pour le mandat de sénateur, et sur l'article 23 de la Constitution, qui indique que les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec « tout emploi public », il put rejeter l'argument de la saisine²⁸⁰. Les incompatibilités, en France, ne posent donc plus un problème de constitutionnalité. Par l'interdiction d'exercer des fonctions gouvernementales ou électives pesant sur les membres des A.A.I., le Conseil « consacre l'indépendance politique, à l'instar des magistrats judiciaires comme des juges administratifs »²⁸¹. Cependant, cela ne veut pas dire qu'il considère que les incompatibilités sont indispensables pour préserver l'indépendance des A.A.I. En effet, à propos de la COB²⁸², les auteurs de la saisine prétendaient qu'elle constituait « un collège dépourvu de toute indépendance »²⁸³ puisque la loi n'avait pas fixé les incompatibilités applicables aux membres autres que le président. Le Conseil Constitutionnel estima que

²⁷⁸ Il en est ainsi pour le président et les deux vices-présidents mais pas pour les membres qui ne se voient interdit que l'exercice de mandats nationaux ou européens. Par conséquent, au regard de la rédaction de la loi, les mandats locaux leurs sont ouverts. La garantie d'indépendance fournie par cette incompatibilité semble donc très relative. Voir l'article 28 de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, précitée.

²⁷⁹ Décision n° 86-217 du 18 septembre 1986, précitée, considérants n° 53 et 54, précitée.

²⁸⁰ Les auteurs de la saisine considéraient en effet que les dispositions de la loi, en tant qu'elles édictaient une incompatibilité applicable aux parlementaires, étaient contraires aux dispositions de l'article 25 de la Constitution qui réservent à la loi organique le soin de fixer le régime des incompatibilités applicables aux membres du Parlement. Décision n° 86-217 du 18 septembre 1986, précitée, cons. n° 53 et 54.

²⁸¹ En ce sens : Oderzo J.C., *Les autorités administratives indépendantes et la Constitution*, thèse, 2000, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, spéc. p. 216.

²⁸² Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, précitée.

²⁸³ *Ibid.*, cons., n° 7.

« l'absence d'un régime d'incompatibilités n'est pas de nature à altérer cette indépendance dès lors que la Commission des opérations de bourse est, à l'instar de tout organe administratif, soumise à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent »²⁸⁴. Par conséquent, les incompatibilités ne sont pas un élément indispensable au fonctionnement d'une A.A.I., si l'institution, tout comme l'ensemble des organes administratifs, est soumise à l'obligation d'impartialité. Ce raisonnement, atypique lorsqu'il est transposé dans le domaine des A.A.I., relèguerait les incompatibilités au second rang des dispositions garantissant l'indépendance des A.R.I. Néanmoins, cette décision est isolée et pragmatique. Comme le précise Catherine Teitgen-Colly, « un régime d'incompatibilités trop strict condamne en effet la diversification dont atteste d'ores et déjà la composition d'instances où voisinent professionnels, fonctionnaires, parlementaires, ministres, juges..., diversification voulue par le législateur parce que de nature à favoriser une régulation à la fois plus efficace et permettant la représentation des intérêts de l'Etat et de la société civile »²⁸⁵. Ainsi, la nécessaire composition hétérogène de la COB implique une absence d'incompatibilité entre mandats.

L'Espagne et le Royaume-Uni ont opté pour deux systèmes ne précisant pas de régime d'incompatibilités entre la fonction de commissaire et un mandat électif. En Espagne, en premier lieu, les textes constitutifs de la C.M.T. et de la C.N.E. ont ceci de particulier qu'ils renvoient au régime général d'incompatibilités des hautes fonctions de l'administration. Par conséquent, aucun statut particulier n'est envisagé pour les membres des autorités de régulation indépendantes : leur indépendance n'est pas plus organisée que pour n'importe quel autre haut fonctionnaire du Royaume. Ainsi le régime général d'incompatibilités des hautes fonctions de l'administration est organisé par la loi de 1995²⁸⁶, mais celui-ci ne prévoit rien dans le domaine des mandats électifs. Par conséquent, les commissaires sont totalement libres de cumuler un ou plusieurs mandats électifs, locaux, nationaux ou européens, avec leur fonction de régulateur *a priori* indépendant. La doctrine espagnole est assez critique sur ce point en estimant qu'« il serait nécessaire de renforcer ce régime en allant plus loin que la protection contre le *revolving door*, et en exigeant au moins l'interdiction de toute activité politique »²⁸⁷. Sous une autre forme, mais le résultat est semblable, le législateur britannique, dans le domaine de la régulation des télécommunications, a opté pour des clauses générales d'incompatibilités, qui précisent que les commissaires ne peuvent avoir d'intérêts qui

²⁸⁴ *Ibid.*, cons., n° 10.

²⁸⁵ Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 241.

²⁸⁶ *Ley 12/1995, de 11 de Mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado* (BOE, n°113 du 12 mai 1995).

²⁸⁷ Hernández J.-C., *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Aranzadi, 2005, p. 142.

pourraient affecter le bon déroulement de leurs fonctions, en tant que membre des ARI²⁸⁸. De manière plus subtile, et sur un mode volontariste, les règles de procédure relatives à GEMA n'imposent pas *stricto sensu* de système d'incompatibilités, mais stipulent que les commissaires doivent annoncer qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts entre une de leurs activités et le sujet traité. Si jamais il y a un intérêt direct ou indirect, le commissaire doit le déclarer et ne prendra pas part au vote²⁸⁹. Cette dernière option tient sûrement à la composition particulière de GEMA, qui ressemble plus à un directoire qu'à une commission, et qui est, dans les faits, secondée par un organe exécutif, OFGEM. Dans la même idée, mais allant encore plus dans le sens d'un renforcement de l'indépendance des ARI, l'Office parlementaire d'évaluation de la législation propose, au-delà du régime d'incompatibilités existant dans les textes constitutifs des autorités administratives indépendantes, d'ajouter une disposition empêchant « la participation aux activités de l'autorité qui concerneraient des organismes au sein desquels les membres auraient exercé des fonctions ou détenus des intérêts »²⁹⁰.

Il faut quand même rappeler la spécificité de la législation italienne, non sans intérêt, qui interdit aux commissaires de représenter un parti politique. A la limite entre l'incompatibilité et l'atteinte à la liberté d'expression, cette disposition va très loin dans les exigences requises pour les membres des ARI. Les autres Etats membres ne sont pas allés sur ce terrain. Preuve en est qu'en France rien n'interdit aux membres des ARI de faire campagne. En effet, il existe, tout comme pour les membres du gouvernement, une distinction entre incompatibilité et inéligibilité²⁹¹. En ce sens, les membres du gouvernement peuvent légitimement se faire élire lors des législatives alors même qu'ils savent qu'ils ne pourront, par la suite, occuper leur poste pour cause d'incompatibilité, au terme de l'article 23 alinéa 1 de la Constitution²⁹². L'incompatibilité n'a donc pas la même portée que l'inéligibilité. Elle est une règle de protection plus que de démonstration d'indépendance politique. En effet, elle

²⁸⁸ Pour OFCom, l'*Office of Communications Act 2001* précise à la section 1 que : « *no financial or other interest as is likely to affect prejudicially the carrying out by him of his functions as a member of OFCom* ».

²⁸⁹ *Rules of Procedure of GEMA 2005* : article 20 : « *Before he/she becomes involved in taking a decision or participating in a discussion on any matter each member should ensure that there are no conflicts of interest that, in the opinion of a fair-minded and informed observer, would suggest a real possibility of bias and shall have due regard to any guidance on conflict of interest from time to time issued to the Authority by the Chairman* ». Article 21 : « *If a member has directly or indirectly an interest or duty which is material and relevant or may be relevant to any matter being considered by the Authority or any Committee of the Authority he/she shall declare that interest or duty before that matter is discussed* ». Article 22 : « *Where a member has made a declaration in accordance with paragraph 21, he/she shall not vote at a meeting of the Authority* ».

²⁹⁰ Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 12.

²⁹¹ Sur ce point, voir : Steckel M.-C. : « L'interdiction du cumul de mandats », *R.A.*, n° 313, p. 76.

²⁹² Article 23 alinéa 1, Constitution du 4 octobre 1958 : « Les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire, de toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et de tout emploi public ou de toute activité professionnelle ».

se base sur le postulat que le commissaire ne pourra mener de front deux fonctions, sans que l'une ne porte préjudice, en termes d'efficacité, à l'autre. Au-delà de cette considération, la protection réside aussi dans la possibilité de capture du commissaire, du fait de sa fonction élective. Mais dans ce domaine, indépendance et efficacité sont intimement liées. En effet, un commissaire surchargé n'est plus efficace, il est dès lors plus facile de l'influencer, ce qui lui fait perdre son indépendance.

Cependant, dans le silence des textes, et sous réserve de la déontologie que doit respecter, s'il y a lieu, le commissaire, l'incompatibilité n'empêche donc pas l'engagement politique. Il n'y a qu'à évoquer, à titre d'exemple, les dispositions constitutives de l'ARCEP qui n'interdisent pas à ses membres de détenir un mandat électif local ou européen²⁹³.

- Les incompatibilités avec d'autres emplois

D'autres incompatibilités sont prévues, mais cette fois avec un emploi, qu'il soit public ou privé. Il faut, tout d'abord, exclure les cas d'OFGEM et de GEMA dont les membres sont soumis, respectivement, à une clause générale d'incompatibilité et à une déclaration de conflit d'intérêts, pour remédier au risque de capture du régulateur. Cependant, vu la composition de ces deux institutions, leur système apparaît assez opportuniste. En effet, les britanniques ont choisi un mode de nomination qui implique une composition très hétérogène. Comme il a été précisé, certains membres sont issus du monde de l'entreprise, d'autres sont de haut fonctionnaires ou des parlementaires. En ce sens, le paragraphe 4 de la première section de l'*Office of Communications Act 2001*²⁹⁴ est très révélateur. Il indique que les personnes exerçant ou ayant exercé les activités de directeur général des télécommunications, de membre d'une autre ARI, de membre ou d'employé d'OFCom, ou d'employé, sur demande du secrétaire d'Etat, dans des activités en relation avec les fonctions du secrétaire d'Etat dans le domaine de la téléphonie sans fil, ne seront pas considérés comme ayant un intérêt pouvant affecter le bon déroulement de leurs fonctions. La précision de cette disposition, sans évoquer le fait qu'elle ait pu être votée à dessein, s'interprète bien comme le souci de conserver un certain professionnalisme et donc l'efficacité des ARI.

Les autres Etats membres considérés interdisent tous le cumul d'un emploi public ou privé avec la fonction de commissaire dans une ARI. L'Italie et l'Allemagne précisent que

²⁹³ En effet, seuls les mandats nationaux sont interdits, article L 131 C.P.C.E.

²⁹⁴ *Office of Communications Act 2001*, schedule 1, §4.

l'activité de consultation est aussi prohibée. De même, la fonction d'administrateur dans une entité publique ou privée est exclue dans ces deux pays²⁹⁵. En Espagne, si cette option n'est pas formulée dans les textes, elle semble aussi implicitement interdite, notamment au regard des incompatibilités relativement strictes avec des fonctions futures.

En France, la situation est assez particulière. L'article L. 131 du C.P.C.E. prévoit que la fonction de membre est incompatible avec toute activité professionnelle. Il en est de même pour le président et le vice-président de la CRE. En revanche, les autres membres ne sont pas soumis à ce type d'incompatibilité. L'article 28 de la loi de 2000 précise quand même que la fonction de membre du collège est incompatible avec toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur régulé. Faut-il l'entendre comme s'appliquant à un emploi ? La logique voudrait une réponse affirmative.

Si dans certains Etats membres les régimes d'incompatibilités sont assez stricts, ils engendrent inévitablement une spécialisation de la composition de ces institutions. En effet, au regard de l'interdiction de cumul d'un emploi public ou privé avec le mandat de commissaire, les personnes susceptibles d'être nommées à ces postes seront plutôt des hauts fonctionnaires en détachement. Le secteur privé s'adaptant peu au système du détachement, les personnes compétentes auront beaucoup de réticences à quitter leur poste d'origine pour intégrer une autorité de régulation dont les caractéristiques du mandat empêchent toute possibilité d'évolution future. A titre d'exemple, il est révélateur de comparer la composition des ARI françaises et britanniques pour voir qu'outre-manche les régulateurs font une place beaucoup plus importante à des personnes qualifiées du secteur privé. En France, au contraire, la très grande majorité des commissaires a « fait carrière » dans les ministères ou entreprises publiques. Dès lors, les règles d'incompatibilités, si elles sont une garantie très importante de l'indépendance des ARI, sont aussi un frein à la diversité dans la composition des commissions²⁹⁶.

- Les incompatibilités patrimoniales

²⁹⁵ Pour l'Italie, Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée, article 2§8. Pour l'Allemagne, loi du 7 juillet 2005, précitée, §4 alinéa 3.

²⁹⁶ En ce sens, Martine Lombard souligne que « la transposition française de ce modèle à travers les AAI multiplie bien plutôt les lieux où peut s'exprimer pleinement la tradition d'une aristocratie administrative personnifiée notamment par les "grands corps" de l'Etat, dont la présence est souvent forte, voire parfois de droit, dans ces institutions », in Lombard M. : « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 2005, p. 536.

Le troisième type d'incompatibilité fait référence au patrimoine des commissaires. En effet, ceux-ci ne peuvent détenir, directement ou indirectement, d'intérêts dans une entreprise du secteur régulé²⁹⁷. Ces dispositions concernent les autorités de régulation indépendantes des services publics en France, en Italie et OFCom au Royaume-Uni. L'Espagne est, à première vue moins regardante sur ce thème. En effet, la loi relative aux incompatibilités pour les hautes fonctions de l'Etat²⁹⁸ organise ce point de manière très peu explicite. Le législateur n'a malheureusement pas pris la peine de rectifier cet élément dans les lois constitutives de la C.N.E. et de la C.M.T. Dès lors, les commissaires espagnols peuvent détenir, directement ou indirectement, des intérêts dans une entreprise du secteur régulé. Cependant, dans cette hypothèse, ils devront faire une déclaration officielle de patrimoine et confier, durant leur mandat, ainsi que deux ans après leur cessation de fonctions, la gestion de ce patrimoine à une entité financière enregistrée à la Commission nationale du marché de valeurs. L'entité financière administrera ce patrimoine sans aucune instruction du commissaire et en fonction des directives générales de rentabilité et de risque, sans reverser de dividendes²⁹⁹. Cette disposition est assez intéressante puisqu'elle trouve un juste compromis entre, d'une part, la conservation du patrimoine des commissaires, et d'autre part, l'indépendance de celui-ci par rapport aux intérêts financiers des entreprises du secteur régulé. En effet, les diverses techniques d'intéressement des employés au résultat des entreprises ainsi que les « stock-option » sont monnaie courante de nos jours. Or, pour satisfaire à l'exigence de spécialisation, les commissaires sont souvent choisis parmi des personnes ayant un jour ou l'autre travaillé dans le domaine qu'ils seront tenus de réguler. Dès lors, la « mise sous tutelle » de leur patrimoine implique un sacrifice, *a priori*, moins rebutant pour les commissaires et paraît satisfaire l'exigence d'indépendance. Cependant, une réflexion peut venir relativiser cette affirmation : si le patrimoine est « mis sous tutelle », le commissaire en reste le propriétaire, il a donc tout intérêt à ce que l'entreprise dans laquelle il conserve des parts fasse des bénéfices. Cette technique se limite donc à prévenir les délits d'intéressement plus qu'à empêcher les commissaires de favoriser une entreprise au détriment d'une autre.

²⁹⁷ Si dans certains cas la formule est générale (par exemple pour OFCom : « aucun intérêt financier ou autres qui pourrait affecter ou porter préjudice au bon déroulement de ses fonctions comme membre d'OFCom », traduction libre de : « *no financial or other interest as is likely to affect prejudicially the carrying out by him of his functions as a member of OFCom* », *Office of Communications Act 2001* section 1 §1; pour l'Italie : « (...) dans les entreprises exerçant dans le secteur pour lequel l'autorité est responsable », traduction libre de : « (...) *nelle imprese operanti nel settore di competenza della medesima Autorità* », Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée, article 2§8), d'autres sont plus précis (pour l'ARCEP : « dans une entreprise du secteur postal ou des secteurs des communications électroniques de l'audiovisuel ou de l'informatique », article L 131 C.P.C.E. ; pour la CRE : « dans une entreprise du secteur régulé », loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, précitée, article 28)).

²⁹⁸ *Ley 12/1995, de 11 de Mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado* (BOE, n°113 du 12 mai 1995).

²⁹⁹ *Ibid.*, article 7.

Les régimes allemands et britanniques ne satisfont que de manière très relative à l'exigence d'indépendance des membres des ARI. En effet, la loi du 7 juillet 2005³⁰⁰ instituant la *Bundesnetzagentur* comporte un alinéa entier sur les incompatibilités relatives aux commissaires, mais ne précise rien s'agissant des intérêts, directs ou indirects, dans les entreprises du secteur régulé. En revanche, elle dispose, ce qui peut paraître original, que « le président ou la présidente doit informer le ministère fédéral de l'économie et du travail des cadeaux qu'il reçoit en rapport avec l'activité de l'agence. De même pour d'autres avantages qui lui sont accordés. Le ministère fédéral de l'économie et du travail décidera ensuite du sort de ces cadeaux et de la compensation des avantages »³⁰¹. Enfin, le texte constitutif de GEMA évoque uniquement, de manière générale, la possibilité de conflits d'intérêts et dispose que, dans ce cas de figure, le commissaire doit le déclarer et s'abstenir de participer au vote. Cette clause n'apparaît pas comme une garantie suffisante de l'indépendance des commissaires vis-à-vis du secteur régulé. Certes, le commissaire ne participera pas au vote, mais il pourra, au pire, bénéficier financièrement de l'orientation voulue par les autres membres. Cependant, au regard du pragmatisme anglo-saxon, il faut y entrevoir une sorte de « règle de raison ». En effet, si le commissaire détient réellement une participation dans les entreprises du secteur régulé, son abstention systématique s'interprétera comme un obstacle au déroulement normal du processus décisionnel interne de GEMA. Il ne reste plus qu'à espérer que le secrétaire d'Etat le révoquera sur ce motif. Il en est de même pour les commissaires d'OFCom qui, sous couvert de l'interdiction de détenir des intérêts financiers susceptibles d'affecter le bon déroulement de leurs fonctions, ne sont pas soumis à une incompatibilité stricte. Dans les faits, il revient au secrétaire d'Etat de garantir le respect de cette disposition, ainsi que de vérifier périodiquement que les membres d'OFCom n'ont pas ce type d'intérêts. Mais rien ne dit que ce pouvoir de vérification est susceptible de recours contentieux. Au-delà de cette considération, tout dépendra aussi de ce que le secrétaire d'Etat, ou éventuellement la juridiction saisie, estimera comme étant un « intérêt financier susceptible d'affecter le bon déroulement de leurs fonctions ». En tout état de cause, ces dispositions ne sont pas satisfaisantes eu égard aux responsabilités personnelles qui incombent aux commissaires. Comme le souligne l'Office Parlementaire d'évaluation de la législation à propos des autorités

³⁰⁰ Loi sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, du 7 juillet 2005, (« *Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen* ») (BgbI. I P. 2009), paragraphe 4.

³⁰¹ Traduction libre de : « *Der Präsident oder die Präsidentin hat dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie über Geschenke Mitteilung zu machen, die er oder sie in Bezug auf das Amt erhält. Entsprechendes gilt für andere Vorteile, die ihm oder ihr in Bezug auf das Amt gewährt werden. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie entscheidet über die Verwendung der Geschenke und den Ausgleich der Vorteile* », loi du 7 juillet 2005, précitée, paragraphe 4.

administratives indépendantes « l'indépendance des membres requiert une vigilance particulière en matière d'intérêts et de participation. La loi doit alors définir des règles d'incompatibilités patrimoniales, écartant tout lien entre l'autorité et le secteur régulé »³⁰². Cette remarque doit être étendue aux autorités régulant des secteurs économiques.

- Les incompatibilités avec des fonctions futures

Le dernier type d'incompatibilité est assez problématique puisqu'il concerne, non pas l'activité des membres pendant leur mandat, mais leur activité future. Sans être une clause de non-concurrence³⁰³, son objectif est d'éviter ce que l'on appelle le phénomène de « *revolving door* » ou « porte à tambour »³⁰⁴. Il se produit lorsque d'anciens commissaires cherchent des postes au sein des entreprises qu'ils régulaient antérieurement. D'une part, leur compétence acquise lors des fonctions qu'ils occupaient peut fausser le libre jeu de la concurrence. D'autre part, ils sont soupçonnés d'avoir eu un comportement partial, pendant leur activité de régulateur, avec les entreprises qui les ont recrutés. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche parle en ce sens d'« indépendance par anticipation »³⁰⁵. Elle évoque le fait que « les personnes dans leur choix présent anticipent leur situation future et la corrélation qu'ils ont le pouvoir d'établir entre les deux (...) qui se concrétise par le fait que les personnes concernées sont aptes à maîtriser de nombreuses informations et sont sociologiquement sensibles à la notion de carrière »³⁰⁶. Ainsi, pour éviter cette manifestation de capture, ou de présomption de capture, du régulateur par le secteur régulé, les Etats membres considérés ont prévu des dispositions empêchant les commissaires d'être recrutés dans une entreprise du secteur régulé. Ces clauses sont très contraignantes pour les anciens commissaires, dans la mesure où elles limitent drastiquement les débouchés après leur mandat. Ils devront dès lors, sous le coup de cette interdiction, entamer une reconversion dans un autre secteur. Ces dispositions sont d'autant plus exigeantes pour les commissaires issus du secteur privé, limitant en cela l'hétérogénéité des collègues. En effet, les fonctionnaires détachés auront beaucoup plus de facilités en réintégrant leur poste d'origine, ou en demandant une nouvelle affectation. Cet

³⁰² Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 109.

³⁰³ Clause de non-concurrence : clause du contrat de travail par laquelle le salarié s'engage à ne pas exercer, pendant un certain délai à partir de la cessation des relations de travail, une activité semblable à celle de son employeur, pour son propre compte ou celui de son employeur, in Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 8^{ème} éd. 2007. Ces clauses doivent être, selon la jurisprudence, indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitées dans le temps et dans l'espace, proportionnées aux intérêts légitimes à protéger, voir : Malinvaud P. : *Droit des obligations*, Manuels, Litec, 9^{ème} éd., 2005, p. 193.

³⁰⁴ Sur ce point, voir *supra*, p. 78 et s.

³⁰⁵ Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, précité, tome II p. 41.

³⁰⁶ *Ibid.*

effet dissuasif, notamment pour les hypothétiques commissaires issus du secteur privé, est certainement la raison pour laquelle certains Etats membres n'ont pas opté pour ce type de clauses.

Les conditions de reconversion à la fin du mandat sont inexistantes dans les textes législatifs français³⁰⁷, tout comme en Allemagne et au Royaume-Uni. Par contre, elles sont draconiennes en Italie et plus limitées en Espagne. En Italie, elles sont formulées de la sorte : pour au moins quatre ans après avoir quitté l'office, les commissaires ne devront pas maintenir directement ou indirectement des relations de collaboration, de consultation ou d'emploi avec des entreprises opérant dans les secteurs régulés³⁰⁸. Le délai est plus court pour la C.N.E., en Espagne, mais le champ d'application paraît plus large. En effet, la loi espagnole relative au secteur des hydrocarbures³⁰⁹ précise que les commissaires, pendant les deux ans suivant la fin de leur mandat, ne pourront exercer aucune activité professionnelle en relation avec le secteur énergétique. Cette dernière mention peut aller au-delà des simples secteurs régulés puisqu'elle implique aussi, littéralement, les entreprises en relation avec le secteur régulé, en l'occurrence l'énergie. Cependant, si un contentieux naît, il y a fort à parier que les juges interpréteront strictement cette limitation. Les doctrines espagnole et française sont divergentes sur ce point. En effet, les Professeurs Chillón Medina et Escobar Roca estiment que la survenance d'incompatibilités doit s'interpréter strictement³¹⁰. Le Professeur Frison-Roche, dans ses propos relatifs aux autorités administratives indépendantes françaises, comprend que « l'on pourrait considérer que les causes d'incompatibilités doivent être strictement interprétées en ce qu'elles limitent (...) l'accès aux charges publiques ». Cependant, elle affirme que « les incompatibilités, étant ce qui établit l'indépendance qui se donne à voir, (...) doivent être interprétées largement ». En tout état de cause, l'incompatibilité ne va pas sans une compensation pécuniaire pour pallier le manque à gagner.

³⁰⁷ Notons quand même ce qui, dans le silence de la loi, a été décidé, en interne, pour tous les agents de la CRE : « Chaque agent devra évaluer, (...) les incompatibilités qui pourraient lui être opposées (...) et s'assurer que les fonctions auxquelles il aspire ne portent pas atteinte à la dignité de ses précédentes fonctions ou qu'elles ne risquent pas de compromettre, ni de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance, l'impartialité ou la neutralité de la Commission. Lorsque ses recherches ont abouti, l'agent de la CRE adresse au directeur général une déclaration d'intention d'exercer une activité professionnelle hors de l'administration. Si cette activité entre dans le champ d'application du décret du 17 février 1995 (...) le directeur général de la Commission de régulation de l'énergie saisit la Commission de déontologie, selon la procédure prévue par le décret du 17 février 1995. Après avoir pris connaissance de l'avis de la Commission de déontologie, le directeur général statue sur la compatibilité des nouvelles fonctions avec celles exercées à la CRE (...) », tiré de : Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité, p. 41.

³⁰⁸ Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée, alinéa 9.

³⁰⁹ *Ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998), onzième disposition additionnelle, paragraphe 6.

³¹⁰ Chillón Medina J.-M. Escobar Roca G., *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2001, p. 103.

Dans le silence de la loi constitutive de la C.M.T., il faut se tourner vers le régime général d'incompatibilités des hautes fonctions de l'administration, établi en 1995³¹¹. Il s'agit ici d'une limite assez relative mais qui a le mérite d'exister. Pendant les deux ans qui suivent la fin de leur mandat, « les haut fonctionnaires ne pourront pas exercer d'activité privée en relation avec des dossiers sur lesquels ils ont émis une décision dans le cadre de leur fonction »³¹². Cette limite, au regard de l'activité des commissaires pendant leur mandat, devrait s'étendre, dans les faits, à tout le secteur régulé. Il ne peut donc lui être reproché que son imprécision.

Ainsi s'organisent les règles d'incompatibilités destinées à éviter une capture du régulateur par le politique ou le secteur régulé. Elles portent parfois, en elles-mêmes, l'inconvénient de limiter l'hétérogénéité dans la composition des ARI, mais « quand bien même les membres de l'autorité auraient la force morale de se détacher d'un intérêt qui les attire d'un côté, (...) l'indépendance [doit] se donner à voir »³¹³. Elle se réalise et se donne aussi à voir dans l'exercice du mandat des membres.

B L'indépendance dans l'exercice du mandat des membres, l'inamovibilité

L'élément primordial pour assurer l'indépendance des membres des autorités de régulation, dans l'exercice de leur mandat, est bien évidemment l'inamovibilité de leur siège. En effet, celle-ci confère au commissaire une certaine sérénité et la garantie qu'il pourra travailler en toute indépendance sans craindre, de la part du politique ou du secteur régulé, de quelconques représailles.

Règle de maintien dans la fonction de commissaire, l'inamovibilité est un élément primordial dans l'évaluation de l'indépendance des membres. L'ensemble des textes d'organisation des ARI prévoit, implicitement ou explicitement, que les mandats des commissaires sont irrévocables, « éloignant leur titulaire non seulement d'une révocation *ad nutum* »³¹⁴, mais aussi parfois bloquant une révocation qui serait fondée sur une « faute ».

³¹¹ Ley 12/1995, de 11 de Mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (BOE, n°113 du 12 mai 1995).

³¹² Traduction libre de : « Durante los dos años siguientes a la fecha de su cese los altos cargos no podrán realizar actividades privadas relacionadas con expedientes sobre los que hayan dictado resolución en el ejercicio del cargo », ley 12/1995, de 11 de Mayo, précitée, titre I, article 2, alinéa 4.

³¹³ Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, précité, p. 39.

³¹⁴ *Ibid.*

L'objectif est d'éviter « les mesures de rétorsion de la part du Gouvernement »³¹⁵. Il s'agit bien là d'une règle visant à éviter un moyen de capture de l'autorité par le politique³¹⁶.

Cependant, quelques tempéraments peuvent être apportés à cette règle. En effet, les ARI, étant créées par le législateur, peuvent aussi être dissoutes par lui, conséquence du principe de mutabilité de l'administration³¹⁷. Solution extrême s'il en est, la menace reste réelle et nécessaire pour légitimer de ces institutions³¹⁸. La dissolution peut, en France, intervenir avant le terme du mandat des membres. Il y a un précédent qui concerne les autorités administratives indépendantes françaises. Le législateur a décidé, en 1986, de supprimer la Haute autorité de la communication audiovisuelle. Estimant que cette suppression ne pouvait intervenir avant la fin du mandat de l'institution, les parlementaires de l'opposition avaient déféré la loi devant le Conseil Constitutionnel en avançant que « l'indépendance d'un tel organisme implique que le législateur lui-même ne puisse mettre fin de façon anticipée au mandat de ses membres »³¹⁹. Celui-ci a rejeté l'argumentation en répondant que « le législateur pouvait, sans méconnaître aucune règle, non plus qu'aucun principe de valeur constitutionnelle, décider de mettre fin au mandat des membres de la Haute autorité »³²⁰. Il en est de même au Royaume-Uni. La dissolution est d'ailleurs prévue par les textes institutifs de certaines autorités de régulation. En effet, l'*Office of Communications Bill* prévoit dans son cinquième paragraphe la procédure de dissolution législative, sur proposition du pouvoir exécutif lorsqu'il apparaît au *Secretary of State*, que l'existence d'OfCom n'est plus nécessaire³²¹.

Cette première exception faite à l'inamovibilité, il faut signaler que les textes français sont les seuls qui érigent explicitement en principe le caractère irrévocable du mandat des commissaires. Il en est ainsi pour la CRE³²² comme pour l'ARCEP³²³. *A contrario*, les textes des autres Etats membres considérés n'ont pas évoqué ce caractère, ce qui ne confère

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ En France, ce principe assimilé aussi au principe d'adaptabilité signifie que « le régime des services publics doit pouvoir être adapté, chaque fois qu'il le faut, à l'évolution des besoins collectifs et aux exigences de l'intérêt général » (Chapus R., *Droit administratif général*, tome I, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 776) ; voir : CE, Sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, n° 38661, Rec. p. 60, concl. Kahn, Rec. p. 60 ; Galabert et Gentot, *A.J.D.A.*, 1961, p.75.

³¹⁸ Sur ce point, voir *infra*, p. 217 et s.

³¹⁹ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, précitée, considérant n°3, *RJC*, I-284, précitée.

³²⁰ *Ibid.*, cons. n°5. Il faut aussi noter que le Conseil Constitutionnel apporte une limite au droit de dissolution d'une AAI, elle ne doit pas avoir pour effet de « priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ».

³²¹ *Office of Communications Act*, 2002, §5, (2002, c. 11).

³²² Loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143), modifiée, article 28.

³²³ C.P.C.E., article L 130.

théoriquement pas à leurs membres les mêmes garanties légales que pour les commissaires français. Il faut donc, pour que les membres de ces ARI soient révoqués, qu'ils rentrent dans l'une des conditions légales de révocation. La règle de l'inamovibilité semble sous-entendue mais il existe un risque dans la mesure où les conditions légales de révocation peuvent se prêter à une interprétation relativement large³²⁴.

Les Etats membres apportent donc certains tempéraments à l'inamovibilité des membres des ARI. Il s'agit de clauses particulières qui prévoient la révocation ou la démission d'office pour des motifs objectifs, mais encore de clauses générales qui peuvent être laissées à la libre appréciation des autorités en charge de constater le motif de révocation.

1 Les causes objectives de révocation

En premier lieu, les textes constitutifs des ARI européennes prévoient des dérogations spécifiques au principe, souvent implicite, de la non révocation des commissaires. Les dérogations objectives ne portent pas particulièrement à controverses³²⁵.

Si les règles d'incompatibilités sont claires, certaines législations précisent, de surcroît, que si une incompatibilité intervient au cours du mandat, les commissaires seront réputés démissionnaires d'office. Les législations espagnoles et italiennes, les textes constitutifs de la CRE et d'OFCOM, respectivement en France et au Royaume-Uni, ont suivi cette voie³²⁶. Ceux qui n'ont pas précisé cette éventualité estiment certainement que l'interdiction de cumul de mandats ou de fonctions se suffit à elle-même. C'est du moins ce qu'il faut supposer, par exemple pour l'ARCEP, dans le cas où ce type de contentieux se produirait³²⁷. A moins que l'on considère que toute incompatibilité survenue en cours de mandat rentre dans les causes subjectives de révocation³²⁸.

³²⁴ Sur ce point, voir *infra*, p. 314 et s.

³²⁵ Les dérogations objectives sont celles qui ne dépendent pas du comportement du commissaire en rapport avec sa fonction : il s'agit par exemple de la survenance d'une incompatibilité, d'une condamnation n'ayant pas de rapport avec l'activité du commissaire dans l'exercice de ses fonctions de régulation, ou d'une incapacité physique ou morale.

³²⁶ Pour le CRE, loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifiée, précitée, article 28. Pour la C.M.T., *ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée, article 48 alinéa 8. Pour la C.N.E., *Ley 34/1998 de 7 de octubre*, onzième disposition additionnelle, alinéa 5.

³²⁷ Pour l'ARCEP, articles L 130 et 131 du C.P.C.E.

³²⁸ Sur ce point cf. *infra*, p. 314 et s. .

Les commissaires doivent aussi cesser leurs fonctions s'ils sont condamnés pour un délit majeur³²⁹, ou s'ils sont sous le coup d'une procédure de liquidation judiciaire non rétablie³³⁰. Dans le silence de la loi, le délit majeur, en tant que cause de révocation doit s'interpréter comme celui qui emporte automatiquement la suspension ou l'inaptitude à exercer un emploi public ou une charge publique. Le contraire, selon les Professeurs Chillón Medina et Escobar Roca, pourrait porter atteinte au principe *non bis in idem*³³¹.

Il en est de même si le commissaire est frappé d'une incapacité permanente pour mener à bien cette fonction. L'incapacité s'entend comme une inaptitude physique, hypothèse exceptionnelle dans laquelle le commissaire doit naturellement présenter sa démission. Les textes organisant le mandat des commissaires prévoient tous, à une exception près, la démission d'office du commissaire atteint d'incapacité. L'article L 130 du C.P.C.E. ne l'évoque pas, mais il est possible de penser que, dès lors, la situation est couverte par la mention : « si un des membres ne peut exercer son mandat jusqu'à son terme »³³².

³²⁹ Dans le cas de la C.N.E., les commissaires cesseront leur fonction après instruction de l'affaire par le ministre de l'industrie et de l'énergie, *Ley 34/1998 de 7 de octubre*, précitée, onzième disposition additionnelle, alinéa 5. Pour la C.M.T., l'instruction sera réalisée par le ministre des sciences et de la technologie, *Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée, article 48 alinéa 8.

³³⁰ « Si le Ministre d'Etat a acquis la certitude que le *Chairman* ou toute autre membre non-cadre de l'OFCOM (...) est failli non-réhabilité, ou que ses biens ont été saisis sans qu'il se soit acquitté (...), a passé un accord avec des créanciers, ou a conclu une acte de trust au bénéfice de ses créanciers, ou a conclu un contrat d'accordement avec ses créanciers (...) le Ministre d'Etat peut, par une notification, le destituer de son poste », traduction libre de: « *If the Secretary of State is satisfied that the chairman or another non-executive member of OFCOM (...) is an undischarged bankrupt or has had his estate sequestrated without being discharged (...) has made an arrangement with his creditors, or has entered into a trust deed for creditors, or has made a composition contract with his creditors (...) the Secretary of State may by notice in writing remove him from office* ». *Office of Communications Act*, (2002, c. 11), Schedule 1, §2.

³³¹ Chillón Medina J.-M. Escobar Roca G., *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2001, p. 102. Le principe *non bis in idem* est tiré, en Espagne, de l'interprétation de l'article 25.1 de la Constitution espagnole, réalisée par le Tribunal constitutionnel. Voir cette interprétation, par exemple, dans S.T.C., 2/1981, du 30 janvier 1981, cons. n° 1.

³³² Article L 130 C.P.C.E.

2 Les causes subjectives de révocation

En second lieu, existent des clauses générales et subjectives dont l'indétermination pourrait porter atteinte à l'inamovibilité des commissaires³³³. D'une part, les textes organisent des options de révocation pour « faute » et, d'autre part, sans se fonder sur une « faute », ils permettent une révocation sur la base de clauses générales qui pourraient être qualifiées de *sui generis*³³⁴. Ensuite, les textes prévoient que les commissaires peuvent, de leur plein gré, renoncer unilatéralement à leur propre charge. Enfin, il faut mentionner la particularité française que constitue, pour l'ARCEP, l'existence d'une clause générale de cessation des fonctions, sans véritable motif³³⁵.

Le motif qualifié de révocation pour « faute » est explicitement prévu dans les législations britannique, espagnole, et française pour la CRE. Les anglo-saxons posent, dans l'*Utilities Act 2000*, que le *Secretary of State* révoquera tout commissaire pour cause de « *misbehaviour* », traduit littéralement comme un mauvais comportement ou un écart de conduite. Il en est de même, dans le cadre d'OFCOM, comme le stipule le paragraphe 4 de la section 1 du *Communications Act 2002*. Si l'on essaie de transposer la notion de « *misbehaviour* » en droit français, elle se rapprocherait de ce qui est connu, en droit de la responsabilité administrative, comme la faute simple de l'agent. Dès lors, cette notion, qui est librement appréciée par le Secrétaire d'Etat, puisque les textes prévoient que celui-ci doit être convaincu ou persuadé de l'existence de l'écart de conduite, ouvre la porte à tous les abus, si le juge n'exerce pas, sur la décision qui en résulte, un contrôle approfondi. La subjectivité de ce type d'appréciation, ajouté au fait que la loi ne stipule en aucun cas la motivation de la décision, ne garantit, en définitive, pas du tout l'indépendance des commissaires.

Dans le même ordre d'idées, mais avec une gradation plus élevée dans la faute, le législateur espagnol et le législateur français, pour la CRE, ont prévu une révocation des

³³³ Les dérogations subjectives à l'inamovibilité des commissaires dépendent du comportement du commissaire pendant et en relation avec l'exercice de ses fonctions.

³³⁴ Les causes de révocation sont qualifiées de *sui generis* lorsque les motifs sont aussi variés que l'appréciation de l'« indignité » d'un commissaire ou la révocation pour « raison importante ».

³³⁵ Cette clause générale de cessation des fonctions est matérialisée par la mention : « Si l'un des membres [de l'Autorité] ne peut exercer son mandat jusqu'à son terme », voir l'article L 130 du C.P.C.E. De même, l'article 28 de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, précitée, était rédigé de cette manière avant sa modification en 2006. Aucune autre précision n'est donnée dans ces textes sur qui prononce la cessation des fonctions, ni les garanties qui lui sont attachées. Il faut aussi ajouter, pour la CRE, que le non-respect du secret professionnel, établi par une décision de justice, entraîne la cessation d'office des fonctions. En ce sens : article 35, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée.

commissaires pour « faute grave ». Cependant, les modalités de la proposition de cessation des fonctions diffèrent.

Les textes de lois relatifs à la C.M.T. et à la C.N.E. sont semblables sur le motif de rupture, mais divergents quant à la procédure. En effet, pour l'ensemble des ARI espagnoles, la révocation est possible pour « *incumplimiento grave de sus obligaciones* », c'est-à-dire pour inexécution grave de ses obligations³³⁶. La faute, ou le fait générateur, est donc caractérisée. En revanche, la procédure de rupture est, pour la C.M.T., moins protectrice que pour la C.N.E. Dans le premier cas, le gouvernement révoque le commissaire après instruction du ministre des sciences et de la technologie, alors que dans le second, le commissaire sera aussi révoqué par le gouvernement, mais sur proposition motivée du ministre de l'industrie et de l'énergie. La motivation implique donc que l'inexécution grave soit circonstanciée et donc susceptible de recours contentieux, par exemple, pour inexactitude matérielle ou erreur dans la qualification juridique des faits. En effet, comme le précise l'article 63.1 de la loi de procédure administrative, « tous les actes administratifs qui contreviennent, quelle que soit leur forme, à l'ordre juridique, y compris le détournement de pouvoir, sont annulables »³³⁷. Sur ce fondement général, traduction du principe de légalité, une révocation pour inexécution « légère » d'une obligation préétablie serait annulée au contentieux.

La question de la motivation ne se pose pas en France. En effet, toute décision individuelle défavorable doit être motivée³³⁸. L'article 28 de la loi du 10 février 2000 telle que modifiée en 2006 dispose qu'« il peut être mis fin aux fonctions d'un membre du collège en cas de manquement grave à ses obligations par décret en conseil des ministres sur proposition du président d'une commission du Parlement compétente en matière d'énergie ou sur proposition du collège ». La rédaction de ce texte est satisfaisante par comparaison avec le système espagnol ou britannique. En effet, la proposition d'éviction émane du président d'une commission du Parlement compétente en matière d'énergie ou du collège des commissaires par un vote à la majorité. Le pouvoir exécutif n'intervient que pour prendre le décret mettant

³³⁶ Pour la C.M.T., *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003), article 48 alinéa 8. Pour la C.N.E., *Ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998), onzième disposition additionnelle, alinéa 5.

³³⁷ Traduction libre de : « *Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder* », *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. (BOE, n° 285, du 26 novembre 1992), article 63.1.

³³⁸ Loi n° 79-587, du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (J.O.R.F., du 12 juillet 1979, p. 1711).

fin aux fonctions, ce qui garantit une certaine indépendance aux commissaires tout en prévenant une faute grave de leur part.

Après avoir évoqué les clauses de révocation pour « faute », il faut remarquer les dernières exceptions subjectives au principe d'inamovibilité des commissaires, fondées sur des motifs *sui generis*. En premier lieu, le *Communications Act 2002* précise que le Secrétaire d'Etat, convaincu de l'« indignité »³³⁹ du commissaire de mener à bien sa charge, peut le révoquer de ses fonctions. Ensuite, la loi sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, du 7 juillet 2005, précise, comme seul motif de révocation, que « sur la demande du ministre fédéral de l'économie et du travail qui a entendu auparavant le conseil consultatif de l'agence de réseau fédérale, le président ou la présidente peut être congédié par décision du gouvernement fédéral pour une raison importante »³⁴⁰. L'imprécision des notions d'« indignité » et de « raison importante », même si elles révèlent un degré, une caractérisation, du comportement ou du motif, implique un pouvoir discrétionnaire d'appréciation des ministres concernés qui ne saurait aller dans le sens d'une garantie effective de l'indépendance d'OFCOM ou de la *Bundesnetzagentur*.

Ensuite, les membres des autorités de régulation peuvent renoncer librement à leur charge. Que ce soit en Espagne, en Allemagne³⁴¹, au Royaume-Uni ou en Italie pour l'A.G.Com³⁴², les textes prévoient cette possibilité. Quoi de plus naturel que de poser ce principe dans la loi. Cet éclaircissement aura le mérite d'éviter tout contentieux lorsque la situation se présentera. Cependant, ne fait-il pas émerger un doute quant à la motivation profonde du renoncement ? Ne pourrait-on pas soupçonner, sous couvert du libre choix de son titulaire, une tentative d'exclusion publiquement consentie mais implicitement provoquée ? La question restera, il faut l'espérer, le plus longtemps possible en suspens, d'autant plus que les pays qui ont pris soin de préciser cette option ont aussi prévu une révocation pour « faute ».

³³⁹ Traduction libre de : « *If the Secretary of State is satisfied that the chairman or another non-executive member of OFCOM (...) is unfit to carry out the functions of this office (...) he may by notice in writing remove him from office* », *Communications Act 2002, Schedule 1, § 4*. Le terme « unfit » peut être traduit comme l'indignité, une incompétence physique ou bien morale pour mener à bien sa charge.

³⁴⁰ Traduction libre de : « *Auf Antrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, das zuvor den Beirat der Bundesnetzagentur zu hören hat, kann der Präsident oder die Präsidentin durch Beschluss der Bundesregierung aus wichtigem Grund entlassen werden* », loi du 7 juillet 2005, précitée, paragraphe 4 alinéa 5.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Loi n° 249 du 31 juillet 1997 « *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo* », (G.U., n° 177, supplément ordinaire n° 154/L, du 31 juillet 1997), article 3.

En dernier lieu, en France, le code des postes et des communications électroniques organise le remplacement « si l'un des membres de l'autorité ne peut exercer son mandat jusqu'à son terme ». Cette clause générale qui ne paraît pas relever du domaine de la révocation *stricto sensu*, appelle quand même quelques commentaires. Vu l'économie de cet article L 130, la mention pourrait se référer à la démission d'office pour incompatibilité. Sans doute, l'incapacité d'un commissaire, dans le silence de la loi, sera aussi interprétée comme rentrant dans le cadre du commissaire ne pouvant exercer son mandat jusqu'à son terme³⁴³. Mais si le cas d'une faute grave se présente dans l'exercice des fonctions d'un commissaire, quelle sera la marge de manoeuvre de l'organe compétent pour le congédier ? De plus, quelle sera la personne compétente pour ce faire ? Enfin, sur quel motif fonder l'éviction du commissaire ? Si le principe posé par le droit français de l'inamovibilité des membres des ARI est éminemment protecteur de l'indépendance des régulateurs, il n'en est pas moins exempt de problèmes juridiques. Il est possible d'apporter une réponse à la dernière question dans le cas de l'ARCEP. Si une « faute » grave est commise, le membre de l'autorité sera probablement réputé ne pouvant exercer son mandat jusqu'à son terme. En aucun cas, en principe, une révocation explicite ne sera acceptée au contentieux puisqu'elle serait *de facto*, entachée d'illégalité. Ainsi, la solution, dans le silence de la loi, ne peut se trouver que dans le compromis, raisonnable mais en marge des textes³⁴⁴, d'une démission du commissaire concerné.

Par conséquent, là encore, deux théories s'opposent. La première, qui est sur le plan contentieux assez satisfaisante, organise limitativement les cas de révocation. Cependant, l'imprécision de certains motifs subjectifs de révocation ne garantit pas une totale indépendance des membres des ARI. La deuxième, pose en principe l'inamovibilité des commissaires, ce qui constitue une garantie certaine de l'indépendance des ARI. Comme le soulignait le Professeur Paul Sabourin, « si les textes assurent l'inamovibilité alors l'indépendance est acquise »³⁴⁵. Cependant, cette méthode présente parfois l'inconvénient de ne pas envisager les suites à donner en cas de comportement fautif d'un membre du collège. L'efficacité de l'institution en sera d'autant plus sujette à caution. Toutefois, vu la rareté,

³⁴³ D'autres textes relatifs aux autorités administratives indépendantes françaises prévoient l'incapacité du ou des commissaires, par exemple pour le Médiateur de la République, l'article 2 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973, instituant un médiateur (J.O.R.F., du 4 janvier 1973, p. 164), renvoie au décret n° 73-753 du 9 mars 1973 pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur (J.O.R.F., du 10 mars 1973, p. 2619), qui stipule que l'empêchement entraîne cessation des fonctions s'il est constaté par un collège composé du vice-président du Conseil d'Etat, président, du premier président de la Cour de cassation et du premier président de la Cour des comptes.

³⁴⁴ Il en serait ainsi dans la mesure où l'article L 130 du C.P.C.E. ne prévoit pas la démission d'office.

³⁴⁵ Sabourin P. : « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *A.J.D.A.*, 1983, p. 283.

voire l'inexistence des cas recensés de « faute » parmi les autorités de régulation des Etats membres considérés, il faut souhaiter que l'inamovibilité soit érigée explicitement en principe dans tous les textes constitutifs, comme une des garanties premières de l'indépendance des régulateurs nationaux.

Enfin, à la lumière de l'étude comparative réalisée, et en considération des éléments objectifs de l'indépendance, un classement des autorités de régulation existantes peut être réalisé. Ainsi, puisque l'indépendance est une notion relative, son évaluation ne s'obtient que par comparaison, de l'institution la plus indépendante à la moins indépendante. Font figure d'exemple, dans l'ordre, les autorités de régulation françaises, avec la CRE puis l'ARCEP. Viennent ensuite les entités italiennes. Elles sont suivies, avec des garanties moins fiables, par la C.M.T. et la C.N.E. Ensuite, la *Bundesnetzagentur* n'offre que de très faibles traits d'indépendance. Enfin, les deux autorités de régulation britanniques révèlent de sérieuses lacunes et ne réunissent que très peu de garanties qui pourraient se rapprocher de ce qu'impose le droit communautaire. Celui-ci d'ailleurs, est beaucoup moins exigeant dans le domaine de l'indépendance liée à la composition que dans celui de l'indépendance liée au fonctionnement des ARI. En effet, il exige sur ce point que les régulateurs nationaux soient dotés des ressources humaines et financières suffisantes pour mener à bien l'exercice de leurs fonctions.

Section II : L'indépendance liée au fonctionnement des ARI

L'indépendance liée au fonctionnement des ARI, à la différence de l'indépendance liée à leur composition, est évoquée en détail dans les directives de libéralisation. En effet, selon l'exposé des motifs de la directive du 7 mars 2002, « il convient que les autorités réglementaires nationales soient en possession de toutes les ressources nécessaires, en termes de personnel, de compétences et de moyens financiers, pour l'exécution de leurs missions »³⁴⁶. Les directives énergétiques évoquent ce point dans les dispositions contraignantes mais de manière plus implicite : « les Etat membres prennent les mesures nécessaires pour que les autorités de régulation puissent s'acquitter des obligations visées (...) » et « créent des mécanismes appropriés et efficaces de contrôle et de transparence

³⁴⁶ 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33).

(...) »³⁴⁷. La Commission, dans ses rapports sur la mise en œuvre du droit communautaire, vérifie aussi ces éléments. En effet, elle estime que les ARI « doivent bénéficier de ressources humaines et financières nécessaires, entre autres parce que, globalement, le principal obstacle auquel se heurtent les nouveaux arrivants pour accéder au marché reste le pouvoir économique des opérateurs »³⁴⁸. En termes d'indépendance, la suffisance des ressources humaines et financières, intimement liées, est aussi une garantie contre la capture par le pouvoir exécutif. Ainsi, deux éléments peuvent être appréciés.

En premier lieu, l'indépendance liée au fonctionnement budgétaire (§1). Cette indépendance doit être évaluée dans tout le processus, allant de la proposition à l'exécution budgétaire, en passant bien sûr par la question de la légitimité des contrôles ainsi que la nécessaire adéquation des moyens aux missions des ARI. Mais l'indépendance dans le fonctionnement budgétaire implique aussi que les ARI disposent de ressources qui ne soient pas dépendantes du budget général de l'Etat. En effet, résoudre le problème de l'indépendance financière passe par la possibilité, pour les ARI, d'asseoir leurs ressources sur le secteur régulé. Ainsi, détachées de toute influence financière du pouvoir exécutif, les ARI vont pouvoir afficher une réelle indépendance financière. Cependant, pour allouer directement le produit de taxes ou de redevances aux ARI, il faut, dans certains Etats membres, qu'elles disposent de la personnalité morale et d'un patrimoine propre. Les régulateurs espagnols sont dans ce cas de figure. Dans les autres Etats membres, si la question a pu se poser, elle n'a pour l'instant pas été résolue dans le sens d'une plus grande indépendance financière.

En second lieu, des dispositions ont été prises pour garantir l'indépendance dans le processus décisionnel (§2). En effet, les ARI peuvent être capturées si les moyens humains ne sont pas suffisants, et le personnel assez indépendant, pour mener à bien la mission impartie. De plus, la question se pose de savoir quel peut être l'impact de la présence de l'Etat dans le processus décisionnel. L'étude comparée amène à envisager des solutions alternatives assurant l'intégrité du processus décisionnel. Cette intégrité se matérialise aussi par l'exigence de transparence à laquelle sont soumises les autorités de régulation des Etats membres.

³⁴⁷ Article 25, alinéas 7 et 8, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 57). Article 23, alinéas 7 et 8, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 37).

³⁴⁸ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 7 décembre 2000, sixième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, (COM (2000) 814 final), p. 3.

§1 L'indépendance dans le fonctionnement budgétaire

Evoquer l'indépendance dans le fonctionnement budgétaire implique deux sortes d'analyses.

La première porte sur la procédure budgétaire imposée aux autorités de régulation indépendantes (A). Celle-ci, idéalement, devrait être exempte de tout contrôle de la part du pouvoir exécutif, que ce soit lors de la proposition du budget, c'est-à-dire lors de la négociation et de l'évaluation des besoins des régulateurs en fonction de leurs missions, ou au stade de son exécution. L'absence de contrôle de la part de l'administration doit cependant être compensée par l'organisation efficace d'une reddition de comptes, devant des entités ne relevant pas du pouvoir exécutif.

La seconde analyse porte sur le mode de financement des ARI nécessaire pour garantir l'indépendance par le fonctionnement budgétaire (B). Il s'agit, dès lors, de démontrer que la meilleure solution réside dans la possibilité pour les régulateurs d'effectuer des prélèvements sur le marché régulé, qui leurs sont affectés directement ou non, plutôt que le système, le plus répandu, qui réside dans l'allocation de fonds greffés sur le budget général des Etats. Ce dernier point soulève le problème de la nécessité de doter les ARI de la personnalité morale.

A L'indépendance budgétaire

Ce type d'indépendance se mesure à chaque étape du fonctionnement budgétaire : au stade de la proposition du budget des ARI, puis au stade de son exécution. Les pouvoirs publics sont tenus de contrôler, conformément au droit commun des finances publiques, les autorités de régulation en tant qu'administrations. Mais ils doivent aussi laisser une part de liberté dans le système, pour reconnaître aux régulateurs la spécificité qu'implique leur indépendance. Cet élément se traduit matériellement par l'adéquation du montant des ressources aux missions imparties. Cependant, indépendance ne veut pas dire irresponsabilité. Les ARI doivent se soumettre à une procédure de reddition de comptes, devant des institutions qui, pour satisfaire le principe d'indépendance, devraient être détachées du pouvoir exécutif. Ainsi, un ensemble de règles partiellement dérogoires a été mis en place, sans réellement aller jusqu'à une totale liberté dans la fixation des crédits. Dès lors, si l'on observe que la proposition budgétaire reste formellement sous le contrôle du gouvernement,

le montant alloué paraît suffisant, mais les Etats membres n'ont pas encore choisi d'organiser le contrôle budgétaire exclusivement sous l'égide de juridictions financières, ou de leur représentation nationale.

1 La proposition budgétaire, une menace pour l'indépendance

La proposition budgétaire, en France comme dans l'ensemble des Etats membres étudiés³⁴⁹, passe par l'intermédiaire du gouvernement. En effet, au terme, par exemple, de l'article L 133 du C.P.C.E., l'autorité propose aux ministres compétents, lors de l'élaboration du projet de loi de finances, les crédits nécessaires (autres que les rémunérations pour services rendus ou les taxes et redevances) à l'accomplissement de ses missions. Ces crédits sont inscrits au budget général de l'Etat³⁵⁰. Il en est de même pour la Commission de régulation de l'énergie³⁵¹. Quelle est la menace pour l'indépendance du régulateur ? Thierry Tuot esquisse un élément de réponse : « il faudrait veiller à ce que l'administration en charge de relayer ces demandes ne soit pas celle qui détient les intérêts patrimoniaux de l'Etat dans le secteur régulé », « aujourd'hui, le même chef de bureau qui siège au conseil de France Telecom ou de Gaz de France ou de la Poste arrête le budget de l'ARCEP ou de la CRE »³⁵². De plus, si l'autorité propose, il n'en reste pas moins que sa proposition peut être modifiée par les ministres compétents. En effet, il résulte de l'article 37 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, relative aux lois de finances, que « sous l'autorité du Premier ministre, le ministre des finances prépare les projets de lois de finances qui sont arrêtés en Conseil des ministres »³⁵³. L'arbitrage revient donc au Premier ministre.

³⁴⁹ Voir, par exemple, pour la la C.M.T. : article 48, alinéa 15, *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003). Pour la C.N.E. : Onzième disposition additionnelle, paragraphe 1, *Ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

³⁵⁰ Il en est de même en Italie, aux termes de l'article 1 alinéa 9 de la Loi n° 249 du 31 juillet 1997 « *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo* », (G.U., n° 177, supplément ordinaire n° 154/L, du 31 juillet 1997) : « L'Autorité pourvoit à la gestion autonome des dépenses pour son propre fonctionnement dans les limites du fond affecté à tel objectif dans le budget de l'Etat et inscrit dans un chapitre spécial de l'avant-projet du Ministère du trésor », traduction libre de : « *L'Autorità provvede all'autonoma gestione delle spese per il proprio funzionamento nei limiti del fondo stanziato a tale scopo nel bilancio dello Stato ed iscritto in apposito capitolo dello stato di previsione della spesa del Ministero del tesoro* ».

³⁵¹ Loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143), modifiée, article 30 : « La commission perçoit, le cas échéant, des rémunérations pour services rendus. La commission propose au ministre chargé de l'énergie et au ministre chargé des finances, lors de l'élaboration du projet de loi de finances, les crédits nécessaires, outre les ressources mentionnées à l'alinéa précédent, à l'accomplissement de ses missions. Ces crédits sont inscrits au budget général de l'Etat ».

³⁵² Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 229.

³⁵³ Ordonnance n° 59-2, du 2 janvier 1959, portant loi organique relative aux lois de finances, (J.O.R.F., 3 janvier 1959, p. 179).

En France, une tentative a été faite pour reconnaître à certaines autorités administratives indépendantes la capacité de déterminer, par elles-mêmes, leurs crédits. C'est en tout cas la nécessité constitutionnelle d'une telle capacité que les auteurs de la saisine contre la loi modifiant la loi de 1986 sur la liberté de communication espéraient voir reconnaître par le Conseil Constitutionnel. Les auteurs de la saisine contestaient en effet le pouvoir, attribué par la loi au Conseil supérieur de l'audiovisuel, de proposer les crédits nécessaires à son fonctionnement, lors de l'élaboration de la loi de finances pour l'année. Ils estimaient que la procédure envisagée aurait pour conséquence de soumettre les crédits à l'arbitrage du Premier ministre, ce qui engendrerait un risque d'arbitraire et par là même une affectation de l'indépendance de l'organe de régulation de l'audiovisuel. Le Conseil Constitutionnel, en se positionnant sur le strict respect des textes en vigueur, n'y fait pas suite, et coupe court, ainsi, à toute hypothèse d'une détermination autonome des crédits³⁵⁴. Effectivement, estimer que les autorités de régulation indépendantes puissent établir leur propre budget serait contraire à l'article 37 de l'ordonnance du 2 janvier 1959³⁵⁵. Il est seulement possible d'envisager, comme la pratique tend à le démontrer, que le Premier Ministre s'estime, eu égard au statut particulier de l'indépendance des ARI, lié par la proposition de budget qu'elles réalisent³⁵⁶.

Le débat se tient dans les mêmes termes en Espagne. En effet, pour la C.M.T., la rédaction de l'article 48 de la *ley general de telecomunicaciones*³⁵⁷ conduit la doctrine à se demander si le ministre compétent peut, ou non, introduire des modifications dans l'avant-projet réalisé par la Commission. Si une réponse positive s'impose, dès lors, ce serait l'indépendance budgétaire des autorités de régulation qui serait mise en cause. En cas de réponse négative, il faudrait craindre l'arbitraire de la Commission dans la détermination de son budget. La solution proposée réside dans une certaine règle de raison. En effet, « pour ne pas altérer l'indépendance de l'organisme tout en sauvegardant la compétence budgétaire du gouvernement, il faudrait laisser à ce dernier la faculté de modifier l'avant-projet, non pas de

³⁵⁴ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée, considérants n° 2 à 5.

³⁵⁵ Ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959, précitée.

³⁵⁶ Ce cas de figure existe en Espagne pour une institution atypique, la Banque d'Espagne. En effet, elle approuve son propre budget et le renvoie au gouvernement afin qu'il soit transféré au Parlement pour approbation. En ce sens : de la Cruz Ferrer J. : « L'Espagne » in Pontier J.-M. : « Etude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome III.

³⁵⁷ Article 48, *Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée : « *La Comisión elaborará anualmente un anteproyecto de presupuesto con la estructura que determine el Ministerio de Hacienda, y lo remitirá a dicho departamento para su elevación al Gobierno. Este último, previa su aprobación, lo enviará a las Cortes Generales, integrado en los Presupuestos Generales del Estado* ».

manière arbitraire, mais uniquement lorsque sa disproportion est notoire et implique une charge démesurée pour les finances publiques »³⁵⁸. Cependant, cette solution reste doctrinale, et il faudra attendre que le cas se présente pour connaître l'interprétation gouvernementale de l'article 48.

En attendant, comme au Royaume-Uni, le gouvernement détient formellement la clé des allocations de crédits. Elles font l'objet d'une inscription annuelle dans la loi de finances, et le ministre pourrait chercher à utiliser ces pouvoirs budgétaires pour contrôler ou influencer l'organisme. Cependant, l'expérience britannique montre aussi que « les pouvoirs publics ne semblent pas vouloir utiliser une telle arme à des fins de contrôle politique ou pour réduire l'indépendance présumée de l'agence »³⁵⁹. En France aussi, pour certains, l'argument en vertu duquel le rattachement au budget de l'Etat d'une autorité régulatrice nuirait à l'exercice de ses fonctions serait particulièrement fallacieux³⁶⁰. En témoigne le renforcement constant des moyens des autorités de régulations.

Cependant, la doctrine propose quand même certaines pistes pour trouver un juste milieu entre règles budgétaires et statut particulier des autorités indépendantes. Ainsi, l'idée est avancée que l'ARCEP et la CRE « puissent négocier chaque année leurs crédits directement avec le ministère du budget, au cours d'une conférence budgétaire »³⁶¹. La doctrine espagnole, propose, de manière plus radicale, que les autorités de régulation puissent élever leur proposition de budget directement devant les chambres, sans que le gouvernement ne puisse faire une quelconque modification, comme c'est le cas pour la Banque d'Espagne³⁶². En tout état de cause, si l'indépendance peut être théoriquement menacée par le biais de la contrainte ministérielle sur la proposition budgétaire, c'est par le montant des ressources que peut se faire cette pression.

³⁵⁸ Terrón Santos D. : « *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* », Editorial Comares, Granada, 2004, p. 131. Dans le même sens: Chillón Medina J.-M. Escobar Roca G. : « *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones* », Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2001, p. 124.

³⁵⁹ Pontier J.-M. : « Etude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes », précité, p. 319.

³⁶⁰ Storch O. : « Les conditions et modalités budgétaires de l'indépendance du régulateur », in Frison-Roche M.-A. (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Droit et économie de la régulation, Volume 1, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 70.

³⁶¹ Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 104.

³⁶² Hernández J.-C., *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Aranzadi, 2005, p. 145.

2 L'indépendance budgétaire par l'adéquation des moyens aux missions

L'indépendance budgétaire se traduit principalement dans la capacité qu'auront les autorités indépendantes de régulation de mener à bien leurs missions. Ainsi, leur efficacité, comme leur indépendance, seront conditionnées par l'adéquation des moyens financiers aux missions que le législateur leur a attribuées, dans un marché en constante évolution. En ce sens, certaines directives de libéralisation³⁶³ imposent aux Etats membres de doter leurs autorités de régulation des moyens nécessaires pour qu'elles puissent s'acquitter de leurs obligations de manière efficace et rapide³⁶⁴.

Cependant, comme le souligne le rapport de 2005 de la CRE, la France, qui est le deuxième plus important marché d'électricité en Europe et le quatrième sur le marché du gaz, a un régulateur qui « figure parmi les plus mal dotés des régulateurs européens, avec 11 emplois (...), quand, par exemple, l'Espagne compte 31 emplois et le Royaume-Uni 22 »³⁶⁵. Il résulte aussi de l'étude des budgets alloués aux autorités de régulation, que les moyens des autorités ne sont pas en adéquation avec la structure comparée des marchés. En effet, l'Espagne et l'Italie ont un budget respectivement de 20,7 et 26 millions d'Euros pour 2004, tandis que la France ne dispose que de 13,8 millions d'Euros, alors que le marché français est beaucoup plus étendu. Il est aussi révélateur de comparer avec le Royaume-Uni, qui dote son régulateur énergétique d'une enveloppe de 50 millions d'Euros. D'après l'étude des budgets réalisée par la CRE, mise en perspective par rapport à la consommation sur le marché, il résulte que : « en proportion de la consommation d'énergie, les effectifs des régulateurs en Espagne et au Royaume-Uni sont respectivement 3 et 2,3 fois plus élevés qu'en France. De même, les ressources financières des régulateurs en Espagne et au Royaume-Uni sont quatre

³⁶³ Voir notamment la directive 2002/21/CE, précitée, qui, dans son exposé des motifs, précise que les ARN doivent être en possession de toutes les ressources nécessaires, en termes de moyens financiers, pour l'exécution de leurs missions (paragraphe 11). De manière plus implicite : directive 2003/55/CE et directive 2003/54/CE précitées, respectivement, les articles 25 et 23 disposent que : « Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que les autorités de régulation puissent s'acquitter des obligations visées (...) de manière efficace et rapide ».

³⁶⁴ Le 6^{ème} et le 7^{ème} rapport de la Commission européenne dénoncent d'ailleurs le manque de moyens financiers accordés aux régulateurs européens. En ce sens, voir : Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 7 décembre 2000, sixième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, (COM (2000) 814 final) ; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 26 novembre 2001, septième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, (COM (2001) 706 final).

³⁶⁵ Commission de régulation de l'énergie, Rapport d'activité 2005, partie 4, p. 124.

fois plus élevées que celles de la CRE »³⁶⁶. La même étude comparative entre les différents régulateurs de l'Union européenne, a été réalisée par l'ARCEP dans son domaine. Il en résulte qu'« à compétences comparables, les autres autorités sont souvent mieux dotées que l'Autorité française et que la croissance de leurs moyens a été plus forte »³⁶⁷, ainsi, « l'autorité française coûte environ deux fois moins cher aux contribuables que ses homologues anglaise, espagnole ou italienne »³⁶⁸.

L'insuffisance des moyens, face aux échéances de l'ouverture totale des marchés de l'énergie au 1^{er} juillet 2007 et aux nouvelles compétences dont elle dispose depuis la loi de 2006³⁶⁹, est une plainte récurrente dans les rapports de la CRE³⁷⁰. Elle le souligne, dans son rapport 2007, et demande à ce que le « nouveau contexte soit pris en compte conformément aux directives de libéralisation qui ont demandé aux Etats membres de doter leurs autorités de régulation des moyens qui leur sont nécessaires pour s'acquitter de leurs obligations de manière efficace et rapide »³⁷¹. Le même constat a été fait dans le rapport 2003 pour l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (à l'époque A.R.T.), dont « le budget (...) demeure encore nettement insuffisant pour faire face à la croissance de l'activité de régulation »³⁷². Les derniers rapports restent très neutres sur ce point.

Ainsi, les autorités de régulation françaises, par leur dépendance financière face au gouvernement qui semble parfois rechigner à leur allouer des moyens suffisants pour faire face à leurs obligations légales, ne sont-elles pas en perte d'indépendance ? De même, le manque d'efficacité engendré par le manque de moyens ne pourrait-il pas faire craindre une capture du régulateur par le secteur régulé ? En effet, par exemple, faute de pouvoir aller faire des vérifications sur place, les régulateurs doivent croire sur parole les propos des opérateurs.

³⁶⁶ Commission de régulation de l'énergie, Rapport d'activité 2004, partie 4, p. 89.

³⁶⁷ Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Rapport public d'activité 2001, p. 218.

³⁶⁸ Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Rapport public d'activité 2001, p. 219. L'Espagne consacrait, en 2001, 0,34 € par habitant pour le budget de fonctionnement de la C.M.T., alors que la France était à un taux de 0,25 € par habitant pour l'A.R.T., l'Italie atteignait les 0,45 €, le Royaume-Uni était à 0,54 € par habitant et enfin, l'Allemagne atteignait 1,83 € par habitant.

³⁶⁹ Loi n° 2006-1537, du 7 décembre 2006, relative au secteur de l'énergie (J.O.R.F., n° 284, du 8 décembre 2006, p. 18531).

³⁷⁰ Voir aussi : Commission de régulation de l'énergie, Rapport d'activité 2004, partie 4, p. 88.

³⁷¹ Commission de régulation de l'énergie, Rapport d'activité 2007, partie 4, p. 139. Le budget de la CRE a évolué comme suit : 7,57 M€ en 2000 ; 9,14 en 2001 ; 10,55 en 2002 ; 12,17 en 2003 ; 13,85 en 2004 ; 15,52 en 2005, soit une croissance moyenne de 1,6 million d'Euros par an. En pourcentage, le rapport entre le budget et son augmentation annuelle tend, par contre, à diminuer.

³⁷² Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Rapport public d'activité 2003, p. 358. Pour une opinion contraire : Storch O. : « Les conditions et modalités budgétaires de l'indépendance du régulateur » in Frison-Roche M.-A. (dir.) : « Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation », Droit et économie de la régulation, Volume 1, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 70.

N'est-ce pas la matérialisation d'une asymétrie d'information, premier pas vers la capture du régulateur par le secteur régulé ?

Au-delà du niveau de ressources dont bénéficient les autorités de régulation indépendantes, l'important réside aussi dans l'indépendance d'exécution budgétaire. Les autorités de régulation indépendantes ne sont pas soumises au droit commun des contrôles budgétaires, mais connaissent quand même un certain degré de responsabilité. En effet, toute indépendance, budgétaire par exemple, doit s'accompagner d'une responsabilisation accrue, au sens d'*accountability*, tel que le conçoivent les britanniques.

3 La dialectique entre indépendance d'exécution et contrôles budgétaires

L'exécution budgétaire impose deux éléments qui devraient connaître un rapport dialectique. D'une part, il ne faudrait pas que l'Etat, imposant les règles de droit commun du contrôle budgétaire, crée un mécanisme de surveillance des autorités de régulation par le pouvoir exécutif. D'autre part, pour compenser cette liberté ou cette indépendance dans l'exécution budgétaire, les autorités de régulation devraient être soumises à une stricte obligation de reddition de comptes, devant des institutions ayant une certaine distance par rapport au gouvernement. Il peut s'agir soit du Parlement, soit d'une entité financière non dépendante du pouvoir exécutif. Dès lors, l'évolution souhaitable vers l'indépendance d'exécution budgétaire implique l'abandon des contrôles de l'utilisation des moyens financiers des ARI, exercés par l'administration, au profit d'une reddition de comptes accrue exécutée devant des entités dépourvues de tout lien avec le pouvoir exécutif.

Sur le premier point, il faut relever que les autorités de régulation indépendantes françaises sont dispensées du contrôle financier de droit commun³⁷³. Ainsi, l'article L 130 du C.P.C.E., tout comme l'article 30 de la loi du 10 février 2000³⁷⁴ pour le secteur énergétique,

³⁷³ Il en est de même, par exemple, pour les autorités italiennes : « L'autorité (...), adopte un règlement relatif à l'organisation, au fonctionnement, aux bilans, comptes-rendus et gestion des dépenses, en dérogeant ainsi aux dispositions relatives à la comptabilité générale de l'Etat (...), conformément aux dispositions de la loi du 14 novembre 1995, n° 481, (...). L'autorité gère de manière autonome ses dépenses de fonctionnement dans la limite des fonds alloués dans le budget de l'Etat et inscrits dans un chapitre spécial du bilan prévisionnel des dépenses du Ministère du Trésor », pour A.G.Com, loi n° 249 du 31 juillet 1997, précitée, article 1 alinéa 9.

³⁷⁴ Loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143), modifiée.

décident l'inapplication des dispositions de la loi du 10 août 1922, relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées³⁷⁵.

Cependant, l'insertion des autorités de régulation indépendantes dans la loi organique relative aux lois de finances (LOLF)³⁷⁶, du premier août 2001, implique, en théorie tout au moins, une recrudescence des contrôles. En effet, la nouvelle méthode de la LOLF consiste à concevoir l'action de l'Etat en missions, elles-mêmes décomposées en programmes³⁷⁷, dotés de moyens financiers répartis en un certain nombre d'actions. Avec la LOLF, « au classique budget de moyens succède donc un budget de résultats »³⁷⁸. Ainsi, l'ARCEP et la CRE sont insérées dans le programme du ministère de l'économie et des finances³⁷⁹. Or, le principe de la fongibilité des moyens implique que le directeur de programme puisse, en cours d'exercice budgétaire, redistribuer les crédits au sein du programme. Par exemple, en 2003, les ressources de la CRE ont fait l'objet « de mesures d'annulation, correspondant à 7% de son budget, ainsi que de gels budgétaires, représentant 10% de son budget »³⁸⁰. De même, « en 2004, la gestion des moyens de l'Autorité [de régulation des télécommunications] a été affectée par les mesures de gel des reports de crédits, (...) et par deux annulations de crédits d'un montant total de 1,33 million d'Euros ». Ces mesures, intervenues en cours d'exercice, l'ont contraint « à une gestion infra-annuelle et à réviser le programme des études »³⁸¹. L'incertitude relative à cette éventualité implique *de facto* une carence apparente d'indépendance. La Commission de régulation de l'énergie estime que la spécificité de son statut n'est pas prise en compte dans la nouvelle nomenclature budgétaire. En effet, « le chef de programme peut, au moins en droit, affecter les crédits accordés à la CRE à d'autres actions au sein du même programme. Cette possibilité est contradictoire avec le statut d'A.A.I. et l'autonomie de gestion conférée à la CRE »³⁸².

³⁷⁵ Loi du 10 août 1922, relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées (J.O.R.F., du 14 août 1922, p. 8558).

³⁷⁶ Loi organique, n° 2001-692, du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances, (J.O.R.F., du 2 août 2001, p. 12480).

³⁷⁷ Selon l'article 7 de la LOLF, les crédits destinés à réaliser une action ou un ensemble cohérent d'actions relevant d'un même ministère sont regroupés sous la forme d'un programme.

³⁷⁸ Bouvier M., Esclassan M.-C., Lassale J.-P. : *Finances publiques*, 8^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 295.

³⁷⁹ L'activité de la CRE a été définie comme une action au sein du programme « Régulation et sécurisation des échanges de biens et de services » de la mission ministérielle « Développement et régulation économiques ».

³⁸⁰ Commission de régulation de l'énergie, Rapport d'activité 2004.

³⁸¹ Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Rapport public d'activité 2003, p. 367.

³⁸² Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome II, réponse au questionnaire, note n° 346

En ce sens, Marie-Anne Frison-Roche propose que, pour empêcher le « directeur de programme de dépouiller l'A.A.I. au profit d'une administration dépendante »³⁸³, les budgets des A.A.I. soient « sanctuarisés ». Ainsi, « le pouvoir de régulation en cours d'exercice ne pourrait s'exercer sur elles ». L'inconvénient serait que cette « sanctuarisation » irait dans les deux sens, diminution des crédits tout comme augmentation des crédits en cours d'exercices, et cette dernière solution ne renforcerait aucunement l'efficacité des ARI³⁸⁴. Cependant, cet inconvénient est un moindre mal, dans la mesure où l'impossibilité de recevoir une augmentation de crédits en cours d'année peut aussi protéger les ARI contre la tentation des « cadeaux » budgétaires, contrepartie d'un comportement favorable aux vues du gouvernement. Il faut donc désormais « réfléchir à une meilleure articulation entre la LOLF et le principe d'indépendance »³⁸⁵.

Pour conclure sur ce point, des assurances ont déjà été données par le responsable du programme. Il s'est en effet engagé à garantir l'autonomie budgétaire de l'ARCEP et de la CRE³⁸⁶. De même, si les occasions de capture du régulateur par le gouvernement sont fréquentes au cours de la procédure de l'exécution budgétaire, il résulte de la pratique que les exemples sont rares, sinon inexistantes. Comme le souligne la doctrine, les autorités administratives indépendantes sont traitées plus généreusement dans le budget de l'Etat que des administrations traditionnelles aux missions équivalentes³⁸⁷.

En second lieu, comme corollaire de cette indépendance d'exécution budgétaire, les ARI doivent se soumettre à un contrôle strict de la part d'entités détachées du pouvoir exécutif, pour justifier la bonne utilisation des crédits alloués. En effet, « si une reddition de comptes n'est pas organisée très fermement, alors l'indépendance budgétaire devient infondée, voire dangereuse »³⁸⁸. Cette procédure est organisée, mais elle n'est peut-être pas suffisante³⁸⁹. Il s'agit, en France comme dans d'autres Etats membres³⁹⁰, du contrôle exercé par les

³⁸³ *Ibid.*, chapitre VIII.

³⁸⁴ En Espagne, toute augmentation de crédits doit aussi faire l'objet de l'aval du gouvernement si la variation excède cinq pour cent du total du budget. En ce sens : Terrón Santos D. : « *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* », Comares, 2004, p. 132.

³⁸⁵ Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité, chapitre VIII.

³⁸⁶ *Ibid.*, note n° 369.

³⁸⁷ *Ibid.*, chapitre VIII.

³⁸⁸ *Ibid.*, chapitre VIII.

³⁸⁹ Le rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation évoque, pour le cadre général des AAI en France, « une relative faiblesse du contrôle exercé par le Parlement sur ces autorités » in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 5.

³⁹⁰ En Italie, le vote de la loi de finances italienne suit les règles de droit commun dans la mesure où le budget des autorités est intégré à celui de l'Etat. Pour l'A.E.E.G., article 2 alinéa 27, Loi n° 481 du 14 novembre 1995,

commissions des finances des deux assemblées, à l'occasion du projet de loi de finances et dans le cadre des travaux de contrôle des rapporteurs spéciaux, mais aussi du contrôle *a posteriori* exercé par la Cour des Comptes.

D'une part, dans tous les Etats membres, un double contrôle est exercé au niveau parlementaire. Il s'agit d'un contrôle *ex ante*, lors des débats et du vote de la loi de finances de l'année, comprenant le montant des sommes affectées aux régulateurs indépendants. Les textes nationaux organisent aussi une procédure *ex post* de reddition de comptes. Cette dernière se base sur le rapport annuel présenté chaque année par les ARI, aux parlements nationaux, et peut être complétée par une ou plusieurs auditions du responsable de l'autorité, directement devant les commissions parlementaires spécialisées³⁹¹. L'intérêt de cette double procédure est d'enserrer les régulateurs dans une logique d'efficacité d'action. En effet, les objectifs sont appréciés au moment de la détermination du montant alloué, les résultats sont évalués lors de la lecture du rapport annuel ainsi qu'au cours des interventions devant les parlementaires. La continuité de cette procédure permet un suivi réaliste de l'activité de régulation, ainsi que certains recentrages lors de la discussion du projet de loi de finances suivant l'exercice achevé. Cependant, deux éléments viennent perturber la logique salutaire de cette procédure. En premier lieu, le montant des fonds alloués aux ARI est dérisoire face au budget général de l'Etat, les parlementaires y prêtent dès lors une attention relative lors de la discussion de la loi de finances. En second lieu, le calendrier des chambres est si chargé que les commissions spécialisées ne peuvent pas consacrer le temps nécessaire à l'audition et à la reddition de comptes des régulateurs³⁹².

D'autre part, un contrôle *ex post* est aussi exercé par des entités financières dépourvues de tout lien avec le pouvoir exécutif, dans les Etats membres. Ainsi, en France, la Cour des Comptes, aux termes des articles 30 de la loi du 10 février 2000³⁹³ ainsi que de l'article L 133 du C.P.C.E., contrôle les autorités indépendantes de régulation des services publics organisés en réseaux. Cette juridiction financière, juge des comptes des comptables publics, exerce aussi un autre contrôle, administratif celui-là, sur la gestion des services et des organismes publics. Cependant, si ces deux fonctions diffèrent dans leurs finalités et leurs modalités, elles n'en restent pas moins d'une certaine manière complémentaires. C'est dans le cadre de cette

« Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità » (G.U., n° 270, supplément ordinaire du 18 novembre 1995), « L'Autorité gère de manière autonome ses dépenses de fonctionnement dans la limite des fonds alloués dans le budget de l'Etat et inscrits dans un chapitre spécial du bilan prévisionnel des dépenses du Ministère du Trésor ».

³⁹¹ Sur ce point, voir *infra*, p. 448 et s.

³⁹² Sur ce point, voir *infra*, l'*accountability* proposée des ARI devant le Parlement, p. 443 et s.

³⁹³ Loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifiée, précitée.

dernière compétence que la Cour des Comptes s'intéresse aux ARI. Le contrôle de la Cour des Comptes permet une légitimation budgétaire *a posteriori* de l'activité des régulateurs. Cependant, son occurrence tardive et son rythme espacé apparaissent désormais insuffisants pour garantir l'utilisation correcte des fonds par les ARI françaises³⁹⁴.

L'intérêt de ce contrôle réside principalement dans les remontrances que peut faire la Cour sur la gestion des autorités de régulation. Celles-ci, en corrigeant leurs procédés, n'en gagneront que plus d'efficacité, et par conséquent de légitimité. Il résulte, par exemple, du rapport de décembre 2002 de la Cour des Comptes, sur l'A.R.T., remis aux assemblées, qu'un bilan positif peut être dressé, même si la Cour avance certaines critiques, suggère quelques réformes, et fait nombre de recommandations³⁹⁵. En effet, elle met en avant que l'A.R.T. a beaucoup souffert du manque de personnel et de moyens au début de son activité, ou que « l'Autorité ne dispose pas des instruments d'une gestion autonome qui traduirait dans les faits la volonté du législateur de créer une autorité administrative indépendante »³⁹⁶. En définitive, la question posée par la Cour des Comptes est la suivante : les autorités indépendantes que l'Etat a créées pour assurer la régulation ont-elles les moyens de réussir leur tâche ?

Les autorités de régulation britanniques font aussi l'objet d'un contrôle financier *ex post*. Prévu par les textes³⁹⁷, il est exercé par le *National Audit Office* (N.A.O.), entité indépendante du gouvernement et chargée par le Parlement britannique d'examiner les comptes publics³⁹⁸. La méthode adoptée par le N.A.O. repose principalement sur l'analyse comparée des coûts et des bénéfices attachés à une politique publique pour déterminer ensuite la solution optimale pour les interventions futures³⁹⁹. Selon le Professeur Stephen Littlechild, les régulateurs prennent très au sérieux les délibérations de cet organe, à l'heure de déterminer leurs

³⁹⁴ En ce sens : Storch O. : « Les conditions et modalités budgétaires de l'indépendance du régulateur » in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 1, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 71. Voir aussi, dans le même ouvrage, la description du rapport d'instruction de la Cour des Comptes sur l'A.R.T. en 2002, in Berger G. : « Le rapport entre l'indépendance du régulateur et le choix de l'évaluateur », p. 91.

³⁹⁵ Berger G. : « Le rapport entre l'indépendance du régulateur et le choix de l'évaluateur », précité, p. 91.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 92.

³⁹⁷ Article 11, Schedule 1, *Office of Communications Act*, 2002, Chapter 11. OFCom doit préparer, au terme de chaque année un état des comptes dans la forme prévue par le *Secretary of State*, qu'il envoie pour certification au contrôleur général du National Audit Office. *Utilities Act 2000*, Chapter 27, Part I, §2, pour GEMA.

³⁹⁸ Le *National Audit Office* est un organe dépendant du Parlement britannique, *National Audit Act*, 1983, (1983, c. 44), Partie I.

³⁹⁹ Pour une évaluation évoquant la réglementation relative à OFGEM, voir : N.A.O., « *Evaluation of regulatory impact, assessments compendium report* », 2003-2004, HC 358, 4 mars 2004. Sur ce point, Duprat J.-P. : « La régulation des régulateurs », in « Administration publique et entreprise privée, coopération, concurrence et régulation », 3^{ème} Conférence internationale spécialisée, Berlin (Allemagne) 20-23 septembre 2005.

politiques à venir⁴⁰⁰. Même s'il estime que la fréquence des investigations du N.A.O. sont parfois un fardeau pour le régulateur, elles lui permettent, tout comme au Parlement, d'avoir une vision régulière et globale de l'efficacité de l'emploi des moyens de ces autorités, en termes, par exemple, de réduction des coûts, et d'amélioration de la qualité des services rendus⁴⁰¹. En ce sens, la Cour des Comptes, sous l'influence du législateur, pourrait peut-être s'inspirer de la méthode utilisée par le N.A.O., dans l'optique de réaliser un contrôle porté plus sur l'efficacité de l'action et de la gestion des fonds des ARI, que sur sa simple régularité⁴⁰². La même réflexion peut être étendue aux juridictions financières des autres Etats membres, ce qui éviterait peut-être le recours à des audits externes réalisés par des entités privées.

Le droit italien prévoit aussi l'intervention de la *Corte dei Conti*, équivalent de la Cour des Comptes française, pour exercer un contrôle *ex post* de l'activité budgétaire de ses régulateurs de réseaux. L'article 2, alinéa 27 de la loi de 1995⁴⁰³ indique, en effet, son intervention sur le budget ainsi que les comptes prévisionnels. Il en est de même en Espagne, avec le *Tribunal de Cuentas*. La réglementation du domaine énergétique le prévoit explicitement, alors que les textes relatifs aux communications s'en remettent au droit commun. Cependant, le contrôle du *Tribunal de Cuentas* n'est pas le seul contrôle budgétaire que subissent la C.M.T. et la C.N.E. En effet, pour la première, la *ley general de telecomunicaciones*⁴⁰⁴ renvoie à la *ley general presupuestaria*⁴⁰⁵ pour ce qui relève du contrôle économique et financier. De même, la loi relative au secteur des hydrocarbures de 1998 prévoit que ce contrôle sera exercé, pour la C.N.E., par l'intervention générale de

⁴⁰⁰ Mémoire du Professeur Stephen Littlechild, annexé au sixième rapport de la Session 2003-2004, du *Select Committee* de la *House of Lords*, « *The regulatory State : ensuring its accountability* », Volume 1, HL Paper 68-I.

⁴⁰¹ *Ibid.* Voir aussi : OFCom, « *A case study on public sector mergers and regulatory structures* », The Stationery Office, 2005, p. 22. Selon Jacques Chevallier, « la démarche évaluative est née de la rencontre de deux mouvements différents, voire contradictoires: d'une part la rationalisation des choix budgétaires, dont l'évaluation était une étape essentielle, puisqu'elle permettait de boucler le processus décisionnel sur lui-même; d'autre part, la crise de l'Etat-providence, qui a conduit à passer au crible les politiques engagées », in Chevallier J. : *L'Etat post-moderne*, coll. Droit et société, L.G.D.J., 2003, p. 73.

⁴⁰² Sur ce point : Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité, chapitre VIII. La même réflexion peut être faite pour les juridictions financières des autres Etats membres.

⁴⁰³ Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée, article 2 alinéa 27 : « *Ciascuna Autorità ha autonomia organizzativa, contabile e amministrativa. Il bilancio preventivo e il rendiconto della gestione, soggetto al controllo della Corte dei conti, sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale* ».

⁴⁰⁴ Article 48 alinéa 15, *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003) : « *El control económico y financiero de la Comisión se efectuará con arreglo a lo dispuesto en la ley general presupuestaria* ».

⁴⁰⁵ *Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria* (BOE, n° 284 du 27 novembre 2003).

l'administration⁴⁰⁶. Le Ministre de l'énergie et de l'industrie exerce donc ce contrôle en vérifiant l'efficacité d'action ainsi que l'utilisation adéquate des ressources de l'A.R.I. La Commission et le Ministre élaborent ensemble un plan d'action. Chaque trimestre, la C.N.E. doit remettre à celui-ci un rapport trimestriel en indiquant les actions réalisées, leur degré d'exécution, ainsi que les éventuels changements de stratégie par rapport au plan. Ce plan est complété par un programme d'actions, d'investissements et de financements, qui doit aussi être soumis annuellement au gouvernement⁴⁰⁷.

En ce sens, aucune spécificité par rapport au régime général du contrôle financier n'est prévue. Néanmoins, si l'on se réfère à la loi relative à l'organisation et au fonctionnement de l'administration de l'Etat (LOFAGE), la dixième disposition additionnelle prévoit que « le gouvernement et l'administration exerceront, sur ces organes, les facultés que les textes spécifiques prévoient, dans le strict respect de leur domaine d'autonomie »⁴⁰⁸. Certains auteurs s'étonnent de cette situation qui n'est pas commune dans le domaine espagnol des autorités indépendantes⁴⁰⁹. En effet, comme pour la Banque d'Espagne, les textes spécifiques prévoient généralement l'absence ou un exercice « allégé » des contrôles économiques et financiers, pour respecter son « domaine d'autonomie ». Dès lors, le législateur espagnol pourrait clarifier ce point et aligner les régimes de la C.M.T. et la C.N.E. sur celui de la Banque d'Espagne en donnant tout son effet à la dixième disposition additionnelle de la LOFAGE.

Pour conclure, l'indépendance budgétaire passe par la proposition d'un budget suffisant et libre de toute contrainte gouvernementale. En contrepartie, l'exécution budgétaire doit être encadrée par des contrôles parlementaires, *ex ante* et *ex post*. Ces éléments traduisent l'indépendance dans le fonctionnement interne de l'autorité dès lors qu'ils sont conjugués avec l'indépendance de l'allocation financière par rapport au budget général de l'Etat.

⁴⁰⁶ Onzième disposition additionnelle, alinéa 3, *ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

⁴⁰⁷ Article 45, *Reglamento de la Comisión nacional de energía*, 2^{ème} édition, 2001.

⁴⁰⁸ Dixième disposition additionnelle, Ley 6/1997, de 14 de abril, *de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado* (BOE, n° 90, du 15 avril 1997) : « *El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía* ».

⁴⁰⁹ Quadra-Saludo T., del Castillo F., (dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, Cuadernos de derecho judicial, 2003, p. 65.

B L'allocation financière

L'allocation financière est prise ici, non pas comme la procédure aboutissant à l'octroi des moyens dont disposent les ARI (procédure budgétaire), mais plutôt en fonction de l'élément sur lequel est greffé leur financement. En effet, pour symboliser un certain degré d'indépendance financière, la question de l'origine des ressources est primordiale. Si ces ressources proviennent exclusivement ou partiellement du budget de l'Etat, les ARI seront dépendantes des politiques publiques visant, par exemple, à réduire certaines dépenses. De même, sous couvert de restrictions budgétaires, le pouvoir exécutif peut facilement exercer une pression sur les ARI. En revanche, si celles-ci sont directement financées sur des taxes⁴¹⁰ ou redevances perçues sur le marché régulé, elles disposent d'une certaine indépendance financière. En effet, alors même que la décision fixant le montant de ces taxes ou redevances passe par le crible des ministères, l'affectation directe donne aux ARI une certaine liberté d'action et les soulage de la contrainte financière étatique. Cependant, cette affectation directe de ressources, assises sur le marché régulé, suppose parfois que les régulateurs disposent de la personnalité morale ainsi que d'un patrimoine propre. Pour l'instant, seul le législateur espagnol a accordé ces deux derniers caractères à ses ARI. Dans les autres Etats membres, cela soulève certains problèmes irrésolus.

1 L'origine des ressources et la problématique des ressources propres

La question de l'origine des ressources est un point crucial pour évaluer l'indépendance des autorités de régulation en Europe. Trois sortes de ressources peuvent intégrer le financement des ARI. Il s'agit des transferts directs du budget général de l'Etat, du produit des taxes et redevances, ou des rémunérations pour services rendus⁴¹¹.

⁴¹⁰ Ce qui constituerait une exception de plus au principe de non-affectation budgétaire, mais « la règle de l'universalité budgétaire, et en particulier le principe de non-affectation, comporte des exceptions multiples », voir : Bouvier M., Esclassan M.-C., Lassale J.-P., *Finances publiques*, 8^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 268.

⁴¹¹ Il est aussi possible d'évoquer, mais elles ne posent pas de problème crucial, les ressources issues du patrimoine propre des ARI, si elles en ont, ainsi que le produit de leur location ou de leur vente. Pour le cas espagnol, voir : García de Enterría E., de la Quadra-Salcedo T., *Comentarios a la ley general de telecomunicaciones*, Civitas, 2004, p. 828.

Globalement, trois systèmes sont mis en oeuvre entre les Etats étudiés. Certains sont exclusivement financés sur le budget de l'Etat, d'autres sont financés partiellement sur le budget de l'Etat et partiellement par des recettes extérieures⁴¹², provenant de prélèvements sur le marché des opérateurs, et enfin, les derniers sont exclusivement financés sur ce dernier type de recettes. Cependant, cette dernière situation n'est que conjoncturelle, puisque les textes prévoient la possibilité d'un financement mixte, au cas où les recettes provenant de taxes ou de redevances ne pourraient satisfaire les besoins des régulateurs. Dans la pratique, la fixation législative ou réglementaire du taux de prélèvement implique un montant qui couvre l'intégralité des besoins des régulateurs, ce qui les dispense d'un financement direct de l'Etat et préserve sur ce point leur indépendance.

En France, dans les domaines de compétences de la Commission de régulation de l'énergie et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, le financement est très majoritairement assuré par des dotations budgétaires. En effet, alors même que ces autorités peuvent percevoir des rémunérations pour services rendus⁴¹³, les textes précisent que leurs crédits sont inscrits au budget général de l'Etat. L'article L 133 C.P.C.E. précise cependant que « les ressources de l'ARCEP comprennent (...) des taxes et redevances dans les conditions fixées par les lois de finances ou par décret en Conseil d'Etat ». Si l'autorité perçoit des taxes et redevances au nom de l'Etat, il n'en reste pas moins que, conformément au principe de l'universalité budgétaire⁴¹⁴, celles-ci sont intégralement versées au budget général de l'Etat⁴¹⁵.

Excepté l'administration, une grande partie des acteurs institutionnels déplore cette situation. En effet, le régulateur énergétique lui-même estime qu'« une meilleure indépendance de la CRE pourrait être assurée en substituant au contribuable, le consommateur d'électricité ou de gaz »⁴¹⁶. Il propose ainsi de financer la CRE, non plus par le

⁴¹² Il faut entendre recettes extérieures comme le produit de taxes ou de redevances perçues sur le marché régulé, ainsi que celui venant de la rémunération pour services rendus ou la vente de publications. Cependant, ces deux dernières sources de revenus représentent un montant assez faible, elles ne seront donc pas évoquées comme pouvant contribuer à l'indépendance des régulateurs.

⁴¹³ Voir, par exemple pour l'ARCEP, l'article L 133 du C.P.C.E. qui notamment dispose que « Les ressources de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes comprennent des rémunérations pour services rendus et des taxes et redevances dans les conditions fixées par les lois de finances ou par décret en Conseil d'Etat (...) ».

⁴¹⁴ Aucune corrélation entre certaines dépenses et certaines recettes ne doit se faire, c'est le principe de non-affectation. Voir sur ce point : Bouvier M., Esclassan M.-C., Lassale J.-P. : *Finances publiques*, précité, p. 261 et s.

⁴¹⁵ En ce sens, voir : Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Rapport public d'activité 2006, p. 73.

⁴¹⁶ Commission de régulation de l'énergie, Rapport d'activité 2004, partie III, p. 89. Sur ce point, voir aussi *infra* p. 338 et s., autonomie financière et personnalité morale.

budget général de l'Etat, mais par une contribution minimale assise sur les réseaux publics d'électricité et de gaz dont la CRE assurerait le bon fonctionnement. Il en est de même pour la Cour des Comptes, à propos de l'A.R.T., qui observe que « l'Autorité ne dispose pas des instruments d'une gestion autonome qui traduiraient dans les faits la volonté du législateur de créer une autorité administrative indépendante »⁴¹⁷. Elle considère aussi que la transposition en droit interne des nouvelles directives européennes devrait être l'occasion de réexaminer les conditions d'affectation à l'A.R.T. d'une partie des taxes et redevances sur les activités de télécommunications.

D'autres autorités de régulation européennes sont financées partiellement sur le budget général de l'Etat, ainsi que par des taxes ou redevances perçues sur le marché régulé. Il s'agit, par exemple, des régulateurs britanniques⁴¹⁸. En effet, l'OFGEM est financé par les entreprises du secteur de l'électricité sur la base de contributions proportionnelles à leur chiffre d'affaires⁴¹⁹. De même, l'office des communications perçoit la majorité de ses fonds sur des redevances payées par les compagnies de télécommunications⁴²⁰. Il n'en reste pas moins que leur budget est inscrit dans la loi de finances britannique. La proposition en revient donc au ministre. Cependant, le montant des crédits alloués aux régulateurs correspond aux redevances perçues sur les licences, ce qui leur laisse une certaine marge de manoeuvre⁴²¹.

Les régulateurs indépendants espagnols sont dans le même cas de figure. Même si la proposition budgétaire doit passer par l'intermédiaire du ministre responsable⁴²², leurs budgets sont financés par des taxes sur les marchés régulés. En ce sens, la *ley general de telecomunicaciones* prévoit que la C.M.T. est financée par la taxe sur les autorisations générales, celle sur les licences individuelles et sur la numérotation⁴²³. De même, la C.N.E.

⁴¹⁷ Berger G. : « Le rapport entre l'indépendance du régulateur et le choix de l'évaluateur », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Droit et économie de la régulation, Volume 1, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 92.

⁴¹⁸ Il en est de même pour les régulateurs italiens, A.E.E.G. et A.G.Com, ainsi que pour la *Bundesnetzagentur*, paragraphe 92, loi du 13 juillet 2005 sur l'alimentation en gaz, en électricité, et relative à la garantie d'approvisionnement (« *Gesetz über die Elektrizitäts und Gasversorgung Energiewirtschaftsgesetz* ») (Bgb1., I P. en 1970 (3621)).

⁴¹⁹ OFGEM a un budget en 2006 de 52.4 millions de Pounds (76.8 millions d'Euros), dont 86% est financé par les redevances perçues sur les licences, voir : rapport annuel 2005-2006, OFGEM. . Voir aussi : Isidoro C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en oeuvre*, thèse, L.G.D.J. 2006, p. 441.

⁴²⁰ Voir : OFCom, « *A case study on public sector mergers and regulatory structures* », The Stationery Office, 2005, p. 19. De même, OFCom : « *Licence and administrative fees, statement of principles for Broadcasting Act Licences and Telecommunication Regulation* », 2006, source : <http://www.ofcom.org.uk>.

⁴²¹ En ce sens : Poyer L. : « La régulation des entreprises de réseaux au Royaume-Uni. », *Rev. Conc. Cons.*, n°95, 1997, p. 15.

⁴²² Pour la C.M.T. : article 48, alinéa 15, *Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée. Pour la C.N.E. : Onzième disposition additionnelle, paragraphe 1, *Ley 34/1998 de 7 de octubre*, précitée.

⁴²³ Article 48, alinéa 14 et annexe 1 de la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée.

est financée intégralement par les redevances perçues au titre des prestations de services et de la réalisation de certaines activités de régulation⁴²⁴. Ces modalités de financement sont largement suffisantes pour couvrir l'intégralité des besoins des autorités de régulation. D'ailleurs, les textes en vigueur prévoient que le montant des taxes qui excède les prévisions budgétaires annuelles sera reversé au Trésor Public. Ces éléments impliquent une certaine indépendance financière et une autosuffisance économique qui est relevée par la doctrine. En effet, pour Marina Serrano González, ce système a permis, pour la C.N.E., de se « doter d'une indépendance économique et financière, puisque les recours nécessaires à l'accomplissement des fonctions qui leur sont assignées sont garantis et ne dépendent pas des apports du budget général de l'Etat »⁴²⁵.

Cependant, cette indépendance financière ne va pas jusqu'à inclure, dans les ressources des ARI, le produit des sanctions émises à l'encontre des opérateurs. Parfois très rémunérateur, cet élément est exclu par la législation espagnole la plus récente. En effet, sous l'égide de la loi de libéralisation des télécommunications⁴²⁶, l'obscurité de la rédaction de l'article déterminant les sources de financement de la C.M.T., qui prévoyait qu'elle pouvait percevoir les fruits de l'activité correspondant à ses compétences, impliquait aussi le produit des sanctions. La nouvelle réglementation vient mettre fin à cette interprétation, en disposant que le produit des sanctions serait directement versé au Trésor public. Il apparaît logique que les moyens dont disposent les autorités de régulation ne dépendent pas du montant des sanctions qu'elles imposent aux opérateurs. En effet, il ne faudrait pas que pèse sur elles un soupçon de zèle dans la fixation des amendes⁴²⁷. Dans le même sens, il apparaît qu'une jurisprudence du Conseil d'Etat français pourrait être interprétée comme interdisant la couverture, par ce type de recette, de frais engagés au titre de fonctions régaliennes fournies universellement dans l'intérêt général⁴²⁸.

⁴²⁴ Article 19, alinéa 2, Ley 24/2001, de 27 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del Orden Social* (BOE, n° 313, du 31 décembre 2001). Serrano González M. : « *Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación* », in *Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años de experiencia*, Aranzadi, 2006, p. 391.

⁴²⁵ Traduction libre de : « *Este sistema de financiación ha permitido a la C.N.E. dotarse de independencia económica y financiera, pues tiene garantizados los recursos necesarios para el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas, sin depender de las aportaciones de los Presupuestos Generales del Estado* », in Serrano González M. : « *Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación* », précité, p. 391.

⁴²⁶ Ley 12-1997 del 24 de abril de 1997, *de Liberalización de las Telecomunicaciones* (BOE n° 99 du 25 avril 1997).

⁴²⁷ Pour une opinion contraire, voir : Terrón Santos D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Editorial Comares, Granada, 2004, p. 131.

⁴²⁸ CE, Ass., 30 octobre 1996, *Wajs et Monnier*, n° 136071, Rec. p. 387, concl. Combrexelle J.-D., *C.J.E.G.*, N° 529, p. 52 ; Chavaux D. et Girardot T.-X., « Chronique », *A.J.D.A.*, 1996, p. 973 ; Peyrical, *J.C.P. G.*, 1997 II 22777.

Il est dès lors possible de déduire, à partir de l'expérience espagnole et britannique, que les autorités de régulation disposent d'une certaine indépendance financière. En effet, alors même qu'il revient toujours au gouvernement de fixer la proportion des taxes destinées à financer leur budget, ce système permet une dissociation visible entre les fonds de l'Etat et ceux destinés aux ARI. Comme le souligne la doctrine, « lorsque les autorités administratives indépendantes disposent de ressources propres, elles passent du stade de l'autonomie budgétaire à celui de l'indépendance budgétaire »⁴²⁹. Les ressources propres permettent donc aux autorités de régulation de dépendre dans une moindre mesure du gouvernement, et d'échapper ainsi à la menace de restrictions budgétaires lorsqu'elles prennent des décisions qui pourraient déplaire à celui-ci⁴³⁰. Cette affirmation trouve cependant une limite s'il appartient au pouvoir réglementaire de fixer la part de la taxe affectée aux ARI. D'un autre côté, ces ressources, calculées par pourcentage de l'activité économique, n'apparaissent pas comme un moyen de capture de l'autorité par le secteur régulé⁴³¹. En effet, leur montant ne dépend que d'une donnée conjoncturelle et non pas de considérations spécifiques à tel ou tel opérateur. Par contre, il est tout à fait logique de ne pas asseoir les moyens des autorités sur le montant des sanctions qu'elles sont à même de fixer, puisque ce dernier élément, spécifique s'il en est, pourrait révéler une trop grande dépendance de l'activité générale des autorités par rapport à cette mission spécifique. De ce fait, leur indépendance se trouverait contestée. Il s'agit d'une raison de principe, comme le souligne aussi Bruno Lasserre, à propos de l'intéressement au montant des sanctions prononcées par le Conseil de la Concurrence⁴³².

L'indépendance apparente acquise par le financement, direct et intégral, provenant de taxes perçues sur le marché régulé, implique cependant que l'ARI dispose de la personnalité

⁴²⁹ Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome II, chapitre VIII.

⁴³⁰ En ce sens, le Groupe des régulateurs européens de l'électricité et du gaz estime que « une indépendance complète serait d'autant mieux assurée lorsque les régulateurs ont leurs propres ressources, suffisantes, et garanties par le pouvoir législatif », in ERGEG, *Compatibility of national legal conditions concerning regulatory competences*, E06-REM-08-03, 6 décembre 2006. Dans le même sens, Jean-François Lepetit, lorsqu'il était Président de la COB estimait que : « ce financement indépendant participe de la disjonction, organisée par le législateur, pour garantir l'absence d'immixtion du politique dans le fonctionnement quotidien, sans exclure ce contrôle », Lepetit J.-F. : « Etat, juge et régulateur », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », Forum de la régulation du 15 octobre 2001, *L.P.A.*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 13.

⁴³¹ Dans le même sens : Storch O. : « Les conditions et modalités budgétaires de l'indépendance du régulateur » in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 1, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 71, « dès lors que le régulateur ne procède pas à une redistribution de ces ressources auprès des régulés, mais qu'il y a bien étanchéité entre d'une part les fonds perçus (...) et d'autre part les décisions rendues, le risque de voir les intervenants du secteur se muer en sociétaires du régulateur demeure théorique ».

⁴³² Propos rapportés de Bruno Lasserre, in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 68.

morale. Néanmoins, en raison de ses multiples implications, celle-ci suscite en France comme dans d'autres Etats membres certaines controverses, tant pratiques que théoriques.

2 Indépendance financière et personnalité morale

L'indépendance financière, qui serait caractérisée par l'existence d'un budget exclusivement nourri de prélèvements effectués sur les acteurs du marché régulé, implique, en France notamment, que l'ARI dispose de la personnalité morale⁴³³ et par conséquent d'un patrimoine propre. Cette relation n'est pourtant pas indispensable. En effet, la COB, avant sa transformation en A.M.F., percevait sur les marchés l'équivalent de son budget, mais n'était pourtant pas dotée de la personnalité morale. Un souci de cohérence, d'efficacité et de souplesse administrative a poussé le législateur, lors de la fusion de la COB et de la C.M.F. dans l'A.M.F., à lui octroyer la personnalité juridique⁴³⁴. Désormais, une nouvelle catégorie juridique est née en France sous la plume du législateur, celle des autorités publiques indépendantes⁴³⁵. Elle a les mêmes caractéristiques que les A.A.I., mais dispose, en plus, de la personnalité juridique⁴³⁶. Cette dernière emporte des conséquences. La première d'entre elles, la plus intéressante ici, est la capacité d'être financée directement par les produits de redevances⁴³⁷, qui implique de disposer d'un patrimoine propre pour l'institution. Ensuite, elle engendre une responsabilité directe, distincte de celle de l'Etat. Enfin, elle donne la capacité d'agir en justice.

⁴³³ L'article 36 de la LOLF (Loi organique, n° 2001-692, du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances, (J.O.R.F., du 2 août 2001, p. 12480) dispose que « l'affectation totale ou partielle, à une autre personne morale d'une ressource établie au profit de l'Etat ne peut résulter que d'une disposition de loi de finances », elle admet ainsi qu'une ressource établie au profit de l'Etat puisse faire l'objet d'une affectation, totale ou partielle, à une autre personne morale. A contrario, la personnalité morale devient nécessaire pour en bénéficier.

⁴³⁴ D'autres autorités administratives indépendantes disposent aujourd'hui de la personnalité morale, comme l'Agence française de lutte contre le dopage, la Haute autorité de la santé, l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles.

⁴³⁵ Le législateur a explicitement qualifié l'A.M.F. d'autorité publique indépendante dans l'article 2 de la loi n° 2003-706, du 1^{er} août 2003 de sécurité financière (J.O.R.F., n° 177, du 2 août 2003, p. 13220). L'A.M.F. est cependant qualifiée par certains de « personnes publiques spécialisées n'ayant pas la qualité d'établissements publics », Melleray F. : « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », *A.J.D.A.*, 2003, p. 711.

⁴³⁶ Le Conseil d'Etat considérait en effet, que les A.A.I. sont « en principe non dotées de la personnalité juridique », in Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », Etudes et Documents, n° 52, La Documentation française, p. 293. Récemment, Yves Gaudemet soutenait aussi que : « les autorités administratives indépendantes, si nombreuses soient-elles, n'existent pas : je veux dire par là qu'elles n'ont pas de personnalité juridique propre et qu'elles font partie de l'Etat », Gaudemet Y. : « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum* Jean Waline, Dalloz, Paris, 2002, p. 572.

⁴³⁷ L'article 36 de la LOLF implique qu'une ressource établie au profit de l'Etat puisse faire l'objet d'une affectation, totale ou partielle, à une autre personne morale.

Les autorités de régulation espagnoles disposent de cette personnalité juridique ainsi que d'un patrimoine propre⁴³⁸, ce qui n'est pas le cas de leurs homologues européennes. Néanmoins, la CRE en a disposé entre décembre 2004 et juillet 2005. En effet, incidemment, un amendement parlementaire a proposé de créer une taxe directement affectée au financement de la CRE, ce qui impliquait qu'elle soit dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Or, à la fin des débats qui se sont tenus au Sénat le 20 décembre 2004, et à l'Assemblée nationale le 22 décembre, l'idée de la taxe est restée lettre morte et, paradoxalement, la Commission mixte paritaire n'a retenu que la disposition dotant la CRE de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Ainsi, l'article 117 de la loi du 30 décembre 2004 a modifié en ce sens l'article 30 de la loi du 10 février 2000⁴³⁹. La doctrine s'en est émue, notamment Martine Lombard qui écrivait qu'« il existait des raisons spécifiques (...) de doter l'A.M.F. de la personnalité morale, tandis que, s'agissant de la CRE, il n'est aucun motif particulier de doter de la personnalité juridique celle-là plutôt que l'A.R.T. »⁴⁴⁰. En effet, pour l'A.M.F., les raisons énoncées dans l'exposé des motifs du projet de loi étaient multiples⁴⁴¹. Il s'agissait d'assurer une meilleure souplesse de fonctionnement, en permettant l'affectation directe des recettes et en facilitant le recrutement d'agents issus de la profession. Cela avait pour avantage de pouvoir exclure l'A.M.F. des contraintes de la LOLF⁴⁴², ainsi que de la rendre pleinement responsable de ses actes. Mais comme l'expose Fabrice Melleray, « les avantages évoqués par le gouvernement (...) ne sont-ils pas parfaitement transposables aux autres autorités de régulation (si ce n'est à l'ensemble des A.A.I.) ? Pourquoi ne pas réformer par exemple en ce sens l'A.R.T. ou la CRE ? »⁴⁴³. Selon Didier Linotte et Guillaume Simonin, la réforme de l'A.M.F., mais l'idée peut être étendue à

⁴³⁸ Pour la C.N.E., onzième disposition additionnelle, Ley 34/1998 de 7 de octubre, *del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998). Pour la C.M.T., article 48, alinéas 1 et 13, Ley 32/2003, de 3 de noviembre, *general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003). Les deux ont la personnalité morale, un patrimoine propre distinct de celui de l'Etat et la capacité juridique.

⁴³⁹ Article 117, loi n° 2004-1485, du 30 décembre 2004, de finances rectificative pour 2004 (J.O.R.F., n° 304, du 31 décembre 2004, p. 22522) : « La Commission de régulation de l'énergie dispose de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Son budget est arrêté par le collège sur proposition du directeur général (...) ». L'article 36 de la LOLF dispose que « l'affectation totale ou partielle, à une autre personne morale d'une ressource établie au profit de l'Etat ne peut résulter que d'une disposition de loi de finances », elle admet ainsi qu'une ressource établie au profit de l'Etat puisse faire l'objet d'une affectation, totale ou partielle, à une autre personne morale. A contrario, la personnalité morale devient nécessaire pour en bénéficier.

⁴⁴⁰ Lombard M. : « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 2005, p. 531.

⁴⁴¹ De plus, pour l'A.M.F., les motifs étaient aussi conjoncturels. Emanant de la fusion de la COB (A.A.I.) et de la C.M.F. (qui repose sur une logique corporative ou professionnelle, qualifiée par le législateur d'« autorité professionnelle », et disposant de la personnalité morale), la personnalité morale de l'A.M.F. résulte d'un compromis visant à affirmer son caractère public pour les partisans de la COB et à reconnaître sa personnalité juridique pour ceux de la C.M.F. En ce sens : Melleray F. : « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », *A.J.D.A.*, 2003, p. 716.

⁴⁴² Loi organique, n° 2001-692, du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances, (J.O.R.F., du 2 août 2001, p. 12480).

⁴⁴³ Melleray F. : « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », précité, p. 716. D'autres auteurs rejoignent cette position : Linotte D., Simonin G. : « L'Autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'Etat ? », *A.J.D.A.*, 2004, p. 147.

la CRE, « constitue peut-être un modèle d'évolution et de fusion du concept d'A.A.I. d'une part, et de ceux des organismes professionnels ou interprofessionnels régulateurs d'autre part »⁴⁴⁴. Martine Lombard n'apparaît pas opposée à cette idée. Cependant, elle démontre que le pas amorcé en accordant la personnalité juridique à la CRE ne peut se faire sans assurer un contrôle approprié. Or, en l'état, peu de moyens sont mis à disposition pour inscrire la régulation indépendante dans un contrôle démocratique⁴⁴⁵.

Selon Marie-Anne Frison-Roche, « en donnant aux A.A.I. la personnalité morale, le législateur “fait signe” qu'il veut fortement l'indépendance de celles-ci »⁴⁴⁶. Dès lors, que faut-il déduire de la loi du 13 juillet 2005⁴⁴⁷ qui retire, sur initiative gouvernementale, et après débat en Commission mixte paritaire, cette disposition de la loi du 10 février 2000 ? Sans imaginer qu'il s'agisse ici d'une manoeuvre de réintégration de l'ARI dans le giron de l'Etat, une autre solution théorique serait le souci de ne pas disperser les catégories juridiques. En effet, le droit français ne connaît traditionnellement que deux sortes de personnes morales distinctes de l'Etat : les collectivités territoriales et les établissements publics. Viennent désormais s'y rajouter les groupements d'intérêt public et l'institution *sui generis* de la Banque de France. Par élimination, et dans un souci systématique, la CRE, lorsqu'elle disposait de la personnalité morale, ne pouvait s'apparenter qu'aux établissements publics. Cependant, son régime juridique en serait radicalement différent puisque ce dernier n'aurait pu inclure les règles de tutelle. Certains auteurs ont dès lors évoqué que la personnalité morale des autorités publiques indépendantes traduisait une « nouvelle crise de la notion d'établissement public »⁴⁴⁸. Au contraire, d'autres estimaient qu'elle pouvait révéler « la volonté d'une réintégration institutionnelle de la catégorie [des A.A.I.] dans le schéma classique d'organisation administrative »⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ Linotte D. et Simonin G. : « L'Autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'Etat ? », précité, p. 146. Dans le domaine des réseaux, la fusion des concepts serait celle de l'A.A.I. et du phénomène tenté en Allemagne de l'autorégulation.

⁴⁴⁵ Lombard M. : « Institutions de régulation économique et démocratie politique », précité, p. 531. Voir p. 539 : « Il faut plus que jamais prendre la mesure du contraste entre la situation française et la “redoutable efficacité” du contrôle financier exercé aux Etats-Unis par le Congrès sur les agences même “indépendantes” ». Sur le contrôle financier aux Etats-Unis, voir *supra*, p. 81 et s.

⁴⁴⁶ Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité, tome II. Selon Marie-Anne Frison-Roche, s'il n'est « pas techniquement acquis qu'il faille cette personnalité pour que les A.A.I. soient effectivement indépendantes (...), il peut y avoir urgence symbolique si le législateur veut expliciter sa volonté politique de soutenir l'indépendance la plus grande possible ».

⁴⁴⁷ Article 103 de la loi n° 2005-781, du 13 juillet 2005, de programme fixant les orientations de la politique énergétique (J.O.R.F., n° 163, du 14 juillet 2005, p. 11570).

⁴⁴⁸ Melleray F. : « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », précité, p. 711.

⁴⁴⁹ Traoré S. : « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », *D.A.*, août – septembre 2004, p. 17.

Les membres de la CRE, après ces rebondissements, estiment toujours que « la personnalité morale est le préalable indispensable à un financement autonome, garantie de son indépendance. Elle ne procure en soi aucun avantage »⁴⁵⁰. Si le débat reste ouvert, les opinions sont contrastées. En effet, l'inconvénient majeur de cette attribution est de créer une nouvelle catégorie juridique, les autorités publiques indépendantes, qui n'admet pas de tutelle mais n'est pas, en l'état, contrôlée de manière démocratique à la hauteur de son indépendance. Son avantage certain réside dans le fait de matérialiser et de symboliser une réelle indépendance financière vis-à-vis du pouvoir exécutif. De plus, la personnalité morale ne serait-elle pas le moyen de matérialiser l'obligation communautaire de séparation structurelle effective entre la fonction de réglementation et les activités inhérentes à la propriété ou à la direction des entreprises⁴⁵¹ ? L'avenir dépend probablement du contrôle démocratique, que les auteurs appellent unanimement de leurs vœux⁴⁵².

Par conséquent, l'indépendance dans le fonctionnement interne des ARI dépend étroitement des règles budgétaires et financières qui leur sont imposées. Mais elle est aussi influencée par la qualité du processus décisionnel qui doit être efficace, transparent et exempt de toute intervention physique du gouvernement. Si tel n'était pas le cas, les ARI seraient, aux yeux des opérateurs, considérées comme un inutile prolongement de l'administration.

§2 L'indépendance dans la prise de décision

Les décisions des autorités indépendantes de régulation sont réputées être prises en toute indépendance dès lors qu'elles sont suffisamment éclairées pour ne pas subir l'influence du pouvoir exécutif, ou des opérateurs de réseaux. Par conséquent, l'efficacité du fonctionnement interne et des règles procédurales participent grandement à la démonstration de l'indépendance de l'autorité. Pour ce faire, deux éléments doivent être assurés. En premier lieu, les ARI doivent disposer des moyens matériels suffisants et dont l'indépendance est garantie (A), pour amener à des décisions revêtant l'apparence de l'impartialité. En second lieu, il faut que le processus décisionnel affiche une certaine indépendance (B), ce qui se

⁴⁵⁰ Réponse à la consultation, Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité, note 139. Le Président du C.S.A. et le Président de la CNIL ont aussi marqué leur intérêt pour le statut d'autorité publique indépendante en raison des conséquences de la personnalité morale en matière d'autonomie financière.

⁴⁵¹ Article 3 alinéa 2, 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

⁴⁵² Sur ce point, voir *infra* p. 454 et s.

traduit non seulement par l'absence de représentation de l'Etat lors des réunions de l'organe décisionnel, mais aussi par la transparence de la procédure amenant à la prise de décision.

A L'indépendance par l'efficacité de fonctionnement des services

Pour qu'une institution soit réputée apte à prendre des décisions en toute indépendance, celle-ci doit avant tout démontrer, dans sa composition, qu'elle dispose des moyens humains nécessaires pour ne pas être influencée par des éléments extérieurs. Plus précisément, sa capacité technique doit surpasser la capacité d'influence des entités susceptible de la capturer. Pour ce faire, les moyens humains doivent être suffisants pour réaliser la préparation éclairée des dossiers soumis à l'organe décisionnel. De plus, l'organisation interne doit répondre à des règles garantissant l'indépendance des moyens humains. L'élaboration autonome d'un code de conduite joue ici un rôle primordial.

1 L'indépendance traduite dans la suffisance des moyens humains

Moyen de protection contre une possible capture par le pouvoir réglementaire ou le secteur régulé, la suffisance de moyens humains est aussi intimement liée au niveau de ressources dont disposent les ARI. L'inégalité entre les dotations des régulateurs indépendants des Etats membres a été évoquée, elle se reflète dans le nombre de personnes dédiées, quotidiennement, à assurer la surveillance technique des marchés de services organisés en réseaux.

En premier lieu, il faut exclure du champ de l'étude la *Bundesnetzagentur*, puisque son domaine de compétences s'étend non seulement au secteur de l'énergie, mais aussi à celui des télécommunications, des postes ainsi que du réseau ferré. Dès lors, son personnel s'élève à deux mille quatre cent emplois, et le budget correspondant aux coûts salariaux à cent un millions d'Euros. En revanche, il faudra retenir, à titre de comparaison, que la part du budget dépensé en coûts salariaux s'élève à soixante et onze pour cent du total des ressources⁴⁵³.

Il est raisonnablement possible de comparer les autres Etats membres⁴⁵⁴. Il résulte des chiffres que les moyens humains, dans le domaine énergétique, sont sensiblement les mêmes

⁴⁵³ Rapport annuel 2006, *Bundesnetzagentur*, p. 172 et s.

⁴⁵⁴ L'ensemble des chiffres, ci-dessous, provient des rapports annuels des autorités de régulation.

entre l'autorité régulatrice française et italienne⁴⁵⁵. Par contre, la C.N.E. emploie cinquante personnes de plus, pour un budget équivalent à celui de l'A.E.E.G., mais supérieur de trois millions à celui de la CRE. Il faut donc supposer que le niveau de rémunération du personnel du régulateur énergétique italien est supérieur aux autres. Cet élément est de nature à empêcher toute corruption du personnel technique, ce qui va dans le sens des garanties optimales de l'indépendance. L'entité la mieux dotée en moyens humains est l'OFGEM. En effet, l'office emploie plus de deux cent soixante dix personnes avec un budget salarial dépassant du double les budgets des régulateurs précités. Cette analyse pose inévitablement la question de la suffisance des moyens humains dans les autres Etats membres⁴⁵⁶.

Dans le domaine des télécommunications, l'ARCEP, qui régule aussi le domaine postal, emploie cent soixante trois personnes en y affectant environ treize millions et demi d'Euros. La transformation de l'A.R.T. en ARCEP, en d'autres termes les nouvelles compétences postales confiées à l'ARCEP, n'a entraîné qu'une augmentation des ressources humaines de dix pour cent⁴⁵⁷. En revanche, au Royaume-Uni, la régulation du domaine postal a engendré la création de Postcom, qui emploie soixante trois personnes pour une proportion budgétaire de six millions d'Euros. La C.M.T., qui ne régule pas le domaine postal, emploie cent dix-huit personnes, pour un budget à peine inférieur à celui de l'ARCEP, douze virgule huit millions d'Euros. Elle doit par conséquent consacrer plus de crédits par emploi. L'A.G.Com, étend son champ de compétences jusqu'au domaine audiovisuel, mais ne régule pas le domaine postal. Elle dispose d'une équipe de deux cent cinquante quatre personnes, pour un budget de trente millions d'Euros, soit environ l'équivalent en personnel du C.S.A. en France⁴⁵⁸. L'A.G.Com devrait, en comparaison, disposer d'un personnel équivalent à celui du C.S.A., cumulé à celui de l'A.R.T., ce qui est loin d'être le cas. Cependant, il faut observer que la loi numéro 249 du 31 juillet 1997 plafonne les ressources humaines d'A.G.Com à deux cent soixante employés⁴⁵⁹. Dès lors, l'institution apparaît sous dotée en moyens humains par rapport à l'ARCEP et à la C.M.T. Une autre analyse pourrait résider dans le fait que la fusion des compétences dans la même autorité économise des moyens humains et budgétaires.

⁴⁵⁵ Environ 120 employés en 2005.

⁴⁵⁶ Comme le souligne le rapport 2005 de la CRE, la France, qui est le deuxième plus important marché d'électricité en Europe et le quatrième sur le marché du gaz, a un régulateur qui « figure parmi les plus mal dotés des régulateurs européens, avec 11 emplois (...), quand, par exemple, l'Espagne compte 31 emplois et le Royaume-Uni 22 », Commission de régulation de l'énergie, rapport d'activité 2005, partie 4, p. 124.

⁴⁵⁷ En 2004, l'A.R.T. employait 152 personnes, et en 2005, l'ARCEP disposait de 168 salariés. Autorité de régulation des télécommunications, rapport public d'activité, 2004 et rapports Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, 2005 et 2006.

⁴⁵⁸ Le C.S.A. dispose de 270 emplois.

⁴⁵⁹ Article 1, alinéa 16, Loi n° 249 du 31 juillet 1997 « *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo* », (G.U., n° 177, supplément ordinaire n° 154/L, du 31 juillet 1997).

Cependant, cette analyse n'est pas vérifiée par l'observation des ressources humaines d'OFCOM, dont le champ de compétences correspond à celui d'A.G.Com. En effet, l'office emploie sept cent soixante seize salariés, pour un équivalent budgétaire de cent soixante treize millions d'Euros.

Le rapport entre les dépenses budgétaires relatives au personnel et le budget total des autorités de régulation, démontre aussi certaines disparités. En effet, celles-ci ne consacrent pas la même proportion aux dépenses de personnel. La ventilation va de trente et un pour cent à soixante et onze pour cent⁴⁶⁰. Dès lors, sans tirer de conclusion hâtive, il est possible d'émettre une idée assez simple : à budget équivalent, les autorités qui dédient une proportion moindre de leurs ressources aux dépenses en personnel doivent avoir une grille de salaires tirée vers le bas. Par conséquent, cette constatation pourrait faire courir un risque de capture pour les autorités de régulation qui emploieraient, en théorie tout du moins, des personnes moins compétentes. La grille salariale est un élément primordial pour recruter des salariés dotés de compétences techniques correspondant aux secteurs régulés. En ce sens, les ARI consacrent un montant élevé aux formations de leurs employés, pour renforcer leur efficacité.

Cependant, ces données peuvent être faussées par le système de la mise à disposition des fonctionnaires. En effet, en France, deux types d'accords peuvent être utilisés de la part des fonctionnaires⁴⁶¹. Le détachement, qui implique que le fonctionnaire est rémunéré sur les fonds de l'entité qui l'emploi effectivement. La mise à disposition, en vertu de laquelle le fonctionnaire reste rémunéré par l'entité d'origine⁴⁶². Cette dernière technique implique que le fonctionnaire travaille effectivement dans une ARI en étant rémunéré par une autre administration, ce qui fausse le rapport entre le budget général et celui consacré aux dépenses de personnel. Elle s'avère, en outre très discutable, en termes d'indépendance, lorsque le fonctionnaire vient d'un ministère ayant des intérêts dans le secteur régulé ou l'opérateur historique. La qualité du personnel, fonctionnaire ou non, suscite dès lors quelques interrogations sur la possible capture du régulateur par le secteur régulé ou les pouvoirs publics.

⁴⁶⁰ Soixante et onze pour cent pour la *Bundesnetzagentur*, rapport annuel 2006, *Bundesnetzagentur*, p. 172 et s. Pour les autres, dans l'ordre décroissant : C.N.E., 68%, ARCEP, 63%, C.M.T., 61%, A.G.Com, 50%, OFGEM, 46%, A.E.E.G., 42%, Postcom, 40%, OFCOM, 32%, CRE, 31%.

⁴⁶¹ Comme le prévoit l'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 (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143), modifiée.

⁴⁶² Sur ce point, voir Melleray F., *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, n° 237.

2 La problématique des garanties d'indépendance du personnel

Si cette problématique n'est pas toujours évoquée dans le droit positif, c'est qu'elle repose sur la considération qu'il n'y a que les instances décisionnelles qui doivent bénéficier de garanties d'indépendance. Cependant, la pratique décisionnelle se fonde sur le travail préalable des services techniques. Dès lors, le secrétaire général et les directeurs de services, principalement, mais subsidiairement le personnel dans son ensemble, devraient disposer des mêmes garanties d'indépendance pour éviter les influences d'entités extérieures.

Le problème de la capture du régulateur par le pouvoir exécutif se pose avec d'autant plus d'acuité au regard du nombre de fonctionnaires recrutés dans les autorités de régulation indépendantes. Par exemple, en France, vingt pour cent des membres de la CRE sont des agents de l'Etat, et quarante pour cent pour l'ARCEP. En Italie, cinquante pour cent du personnel d'A.G.Com et quatre vingt pour cent des membres d'A.E.E.G. sont des fonctionnaires. Par conséquent, dans le pire des cas, la capture devient assez aisée de la part du pouvoir exécutif. D'autant plus lorsque les fonctionnaires ne sont pas détachés de leur administration d'origine mais mis à disposition. En ce sens, le droit positif italien prévoit que tout fonctionnaire employé par l'A.E.E.G. est automatiquement délié de son administration d'origine⁴⁶³.

De même, l'extrême spécialisation des compétences requises implique que, parfois, les employés aient pu exercer leurs activités antérieures dans des entreprises régulées. Il en est souvent ainsi lorsque le personnel est recruté dans le secteur privé. La même conclusion que pour les fonctionnaires s'impose donc, mais cette fois, l'hypothèse de capture vient du secteur régulé. Dès lors, pourquoi ne pas imposer au personnel, dirigeant ou non, les mêmes obligations qu'aux commissaires ? La réponse réside encore dans le souci d'efficacité.

Le problème du risque de capture de la part des pouvoirs publics se retrouve encore lorsque, pour exercer les compétences qui sont les leurs, les ARI ont recours aux services de l'administration. En effet, par manque de moyens humains ou financiers, il arrive souvent que pour mener des enquêtes, ou effectuer certaines vérifications sur le terrain, les autorités de

⁴⁶³ Article 2, alinéa 8, loi n° 481 du 14 novembre 1995, « *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* » (G.U., n° 270, supplément ordinaire du 18 novembre 1995).

régulation sollicitent les services de l'Etat⁴⁶⁴. Dès lors, les garanties de l'indépendance ne sont plus réunies lorsqu'il s'agit de ces opérations techniques.

Mis à part ce dernier élément, qui ne trouve sa solution que dans l'augmentation des moyens budgétaires et humains des régulateurs indépendants, le problème des garanties de l'indépendance des services des ARI peut se résoudre par l'élaboration de règles de droit positif ou d'un règlement intérieur. Cependant, ni le législateur ni les autorités de régulation des Etats membres étudiés ne se sont livrés à cet exercice sur le modèle des garanties d'indépendance des commissaires⁴⁶⁵. Tout au plus peut-on trouver des règles renvoyant au régime général de la fonction publique, prévoyant certaines incompatibilités et un devoir de secret⁴⁶⁶.

Faut-il considérer que le personnel, nommé par les instances dirigeantes des ARI⁴⁶⁷, bénéficie indirectement de la légitimité et de l'indépendance de celles-ci ? Cette proposition est contredite lorsque, par exemple au Royaume-Uni, le *Chief executive* d'OfCom, charnière entre les services techniques et décisionnels, est nommé par l'Office, auquel il participe d'ailleurs, avec l'accord du *Secretary of State*⁴⁶⁸. Actuellement, la question se pose de savoir si celui-ci présente des garanties réelles d'indépendance dans la mesure où son précédent poste était celui de conseiller politique auprès du Premier ministre, en charge du domaine des médias, des télécommunications et d'Internet. De plus, au Royaume-Uni, l'article cinq de la première section de l'*Utilities Act* prévoit que l'office de régulation des marchés du gaz et de l'électricité nomme son personnel après approbation du *Minister for Civil Service*, qui n'est autre que le Premier ministre. Cet élément n'est pas pour renforcer les garanties d'indépendance, déjà relativement faibles pour les régulateurs britanniques⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ Par exemple, article 1, alinéa 13, loi n° 249 du 31 juillet 1997, précitée. Sur ce point, voir aussi *infra* p. 421 et s.

⁴⁶⁵ S'il existe, pour les autorités de régulation indépendantes, des règlements intérieurs ou des codes de déontologie, ceux-ci n'imposent pas tous des règles relatives à l'indépendance organique du personnel. Sur les règlements intérieurs, voir *infra*, p. 351 et s.

⁴⁶⁶ Voir par exemple, l'article 42 du *Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía* (BOE, n° 202, du 24 août 1999).

⁴⁶⁷ Mis à part les offices britanniques, les ARI bénéficient d'une certaine autonomie de recrutement. Voir par exemple, pour l'A.E.E.G., la *deliberazione* n° 327/06, du 28 décembre 2006, *revisione del regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas* (G.U. n° 20 du 25 janvier 2007), articles 9 et 10, ainsi que l'article 2, alinéas 30 et 31 de la loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée.

⁴⁶⁸ Il en est de même pour celui de Postcom, *Postal Services Act* 2000, (2000, c. 26), *Schedule 1*, paragraphe 5, alinéa 1.

⁴⁶⁹ *Utilities Act*, *Schedule 1*, § 5 : « *The Authority may, with the approval of the Minister for Civil Service, as to numbers and terms and conditions of service, appoint such staff as it may determine* ». Il en est de même pour celui de Postcom, *Postal Services Act* 2000, (2000, c. 26) *Schedule 1*, paragraphe 5, alinéas 2 et 3.

Dès lors, il est possible de proposer certains éléments qui pourraient être appliqués, dans une moindre mesure au personnel, mais nécessairement aux instances techniques dirigeantes des autorités de régulation. En effet, et d'autant plus lorsque le travail de l'organe décisionnel n'est pas journalier⁴⁷⁰, le secrétaire général, le directeur général et les directeurs de services, ont une position institutionnelle surexposée au phénomène de capture. Par conséquent, il faudrait penser à étendre les règles d'indépendance organique à ces fonctions. La faisabilité de cette proposition doit, néanmoins, être appréciée eu égard à la compétence et à la technicité requise pour occuper ces fonctions. Pour assurer la continuité du travail des ARI, il faut donc exclure les règles relatives au non renouvellement et à l'inamovibilité. En revanche, certaines garanties d'incompatibilités⁴⁷¹, actuelles et futures, et de non subordination devraient être affirmées⁴⁷². De plus, il faudrait encadrer la révocation de ces dirigeants de garanties sérieuses ainsi qu'exclure, pour le cas britannique notamment, toute intervention des pouvoirs publics dans la nomination ou la révocation. Ces éléments pourraient ainsi participer à la garantie de l'indépendance dans le processus pré-décisionnel, ce qui aurait aussi certaines conséquences dans le processus décisionnel.

B L'indépendance dans le processus décisionnel

Pour garantir un degré optimal d'indépendance dans le processus amenant aux décisions prises par les autorités de régulation, encore faut-il que celui-ci soit détaché de toute intervention du pouvoir exécutif ou du secteur régulé. Cependant, l'emprise ne doit pas être confondue avec la proximité. En effet, un régulateur détaché du secteur sur lequel il exerce ses compétences devient inefficace. Dès lors, s'il faut *a priori* essayer d'éviter la présence d'une représentation physique du pouvoir exécutif dans le processus décisionnel, il ne doit pas non plus y avoir une coupure absolue entre la représentation de l'intérêt général et les lignes de conduites des ARI. Il est possible de s'inspirer des autres Etats membres pour trouver des

⁴⁷⁰ Postcom, par exemple, dont les réunions de l'organe décisionnel ne sont pas journalières et dont le *Chairman* ne travaille que trois jours par semaine. Voir : *Postal services commission constitution and procedures*, 2 mai 2003.

⁴⁷¹ Le législateur italien s'y est employé en disposant que le personnel d'A.E.E.G., ne pouvait pas occuper d'autres postes, ni détenir des intérêts, directs ou indirects dans les entreprises du secteur régulé, sous peine de licenciement ainsi que d'amende. En ce sens : article 2 alinéa 31, loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée.

⁴⁷² La CMT dispose en ce sens, dans son règlement intérieur, que le personnel de direction devra conserver la plus haute indépendance, et se dédier exclusivement à ses fonctions ; article 13, *orden de 9 de abril del 1997, por la que se aprueba el reglamento de régimen interior de la Comisión del mercado de las telecomunicaciones* (BOE, n° 87, du 11 avril 1997). De même, l'article 35 de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143) garantit que : « les membres et agents de la Commission de régulation de l'électricité exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du Gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme ».

solutions portant une atteinte moins prononcée au principe d'indépendance. Ensuite, il faut afficher le détachement du régulateur par rapport aux entités susceptibles de le capturer. La solution se trouve dans la transparence des procédures amenant aux décisions finales.

1 La représentation physique du pouvoir exécutif dans le processus décisionnel

L'indépendance dans le processus décisionnel peut, en premier lieu, être évaluée à la lumière de l'intervention du pouvoir exécutif au sein de l'organisme régulateur. Le législateur a imposé, dans deux ARI, l'intervention d'un ministre ou d'un commissaire du Gouvernement lors des délibérations, dans le but de représenter les intérêts de l'Etat. Si, politiquement, cette intervention apparaît justifiée par la nécessité de sauvegarder l'intérêt général, il ne faudrait pas pour autant que cette procédure se transforme en capture du régulateur, par les intérêts financiers du pouvoir exécutif dans les opérateurs historiques.

Ainsi, en Espagne, l'alinéa trois de la onzième disposition additionnelle de la loi relative aux hydrocarbures, prévoit que « le Ministre de l'industrie et de l'énergie, le Secrétaire d'Etat à l'énergie et aux ressources fossiles, ou les hauts fonctionnaires ayant reçu une délégation de compétences, pourront assister aux réunions du Conseil, avec la possibilité de s'exprimer mais sans participer aux votes, lorsqu'ils le jugent opportun, au regard des affaires traitées à l'ordre du jour »⁴⁷³. Il faut noter qu'à la différence de ce qui est prévu dans d'autres Etats membres, l'intervention du Ministre n'est pas conditionnée par le seul intérêt général, ni par des intérêts de sécurité nationale. Dès lors, l'intervention du Ministre apparaît motivée par l'octroi à cette entité d'une certaine indépendance et d'un pouvoir réglementaire dans un secteur aussi sensible que l'approvisionnement énergétique⁴⁷⁴. Cependant, cette faveur faite au pouvoir exécutif ne va pas dans le sens de l'indépendance organique de l'institution, d'autant plus que l'intervention d'un membre du gouvernement, par son poids institutionnel, implique une présomption de subordination. Cette présomption est confirmée

⁴⁷³ Traduction libre de : « *El Ministro de energía, el Secretario de Estado de energía y recursos minerales, o alto cargo del ministerio en quien deleguen, podrán asistir a las reuniones del Consejo de administración, con voz pero sin voto, cuando lo juzguen preciso a la vista de los asuntos incluidos en el correspondiente orden del día* », alinéa 3, onzième disposition additionnelle, *Ley 34/1998 de 7 de octubre*, précitée.

⁴⁷⁴ Dans la même idée, Daniel Terrón Santos s'étonne que le législateur espagnol n'ait pas prévu, dans le processus décisionnel de la C.M.T., l'intervention du Conseil d'Etat, en tant que garant de l'intérêt général, contredisant ainsi la doctrine constitutionnelle qui estime que l'intervention de celui-ci est une garantie extrêmement importante pour l'intérêt général dans le cadre d'une procédure administrative : Voir : Terrón Santos D. : « *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* », Comares, 2004, p. 159.

dans la mesure où le ministre est aussi l'autorité hiérarchique de recours contre certaines décisions de la C.N.E.⁴⁷⁵.

A un autre degré, le système français fait aussi participer un représentant du gouvernement dans le processus décisionnel. En effet, l'article 29 de la loi du 10 février 2000⁴⁷⁶ dispose que : « un commissaire du Gouvernement auprès de la Commission de régulation de l'énergie, nommé par le ministre chargé de l'énergie, fait connaître les analyses du Gouvernement, en particulier en ce qui concerne la politique énergétique (...). Il se retire lors des délibérations de la commission. Il peut faire inscrire à l'ordre du jour de la commission toute question intéressant la politique énergétique ou la sécurité ou la sûreté des réseaux (...). L'examen de cette question ne peut lui être refusé ». La question se pose de savoir pourquoi cette disposition figure dans les textes français relatifs au domaine énergétique, et non dans ceux relatifs aux communications électroniques et postales. Il semblerait que l'intérêt général, en termes de sécurité d'approvisionnement énergétique, commande ce choix⁴⁷⁷. L'Office parlementaire d'évaluation de la législation propose d'étendre cette pratique à l'ensemble des A.A.I. dotées d'un pouvoir réglementaire⁴⁷⁸. Dès lors, la présence d'un commissaire du Gouvernement apparaît comme la contrepartie du pouvoir réglementaire octroyé aux A.A.I.⁴⁷⁹. L'idée est justifiée, mais elle n'est pas réellement satisfaisante au regard de l'origine première de l'indépendance octroyée aux ARI⁴⁸⁰. En effet, leur indépendance trouve son origine dans le souci d'éviter tout conflit d'intérêts entre l'Etat actionnaire et l'Etat régulateur. Par conséquent, la présence du commissaire du Gouvernement apparaît, si elle n'est pas conçue comme l'occasion d'une consultation, mais comme le moyen de diffuser des instructions impératives, en totale

⁴⁷⁵ Onzième disposition additionnelle, alinéa 3, paragraphe 5, *Ley 34/1998 de 7 de octubre*, précitée. Voir *infra* p. 386 et s.

⁴⁷⁶ Article 29, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, précitée. Cette disposition n'a pas été modifiée par la loi n° 2003-8, du 3 janvier 2003, relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (J.O.R.F. n° 3, du 4 janvier 2003, p. 265).

⁴⁷⁷ Paul Sabourin, en parlant de la C.N.I.L, évoquait la présence du commissaire du Gouvernement en ces termes : « C'est une éclatante démonstration de la non-personnalité morale de la C.N.I.L. et du fait que celle-ci, autorité administrative, représente l'Etat, personne morale de droit public », in Sabourin P. : « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *A.J.D.A.*, 1983, p. 284. Cependant, ce qui peut apparaître paradoxal, lorsque la CRE avait la personnalité morale, les dispositions relatives à la représentation de l'Etat n'avaient pas changé.

⁴⁷⁸ Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 53.

⁴⁷⁹ Sur ce point, voir *infra*, p. 402 et s.

⁴⁸⁰ Certains estiment cependant que « la présence ou non d'un commissaire du gouvernement est une circonstance relativement indifférente au regard des exigences d'indépendance de l'institution de régulation », Lombard M., Tuot T. : « Introduction », in Lombard M. (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006, p. 216. D'autres n'y sont pas favorables : Commissariat général du plan : « Services Publics en réseaux : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », rapport du groupe présidé par Jean Bergougnoux, La Documentation française, 2000, pages 100 et 227.

contradiction avec le principe d'indépendance. Néanmoins, l'intérêt supérieur de la Nation, dans un domaine aussi sensible que l'approvisionnement énergétique implique de connaître, et parfois de prendre sérieusement en compte, la politique générale du gouvernement. Faut-il aller jusqu'à la présence d'un commissaire du Gouvernement lors de la plus grande partie du processus décisionnel ? En France, certains l'estiment⁴⁸¹.

D'autres Etats membres ont exploré des solutions alternatives conciliant plus subtilement l'intérêt général et le principe d'indépendance. Il en est ainsi du système italien, qui prévoit que le gouvernement peut souligner, dans son plan économique et financier, la politique de développement des services publics qui convient le mieux pour l'intérêt général, et l'adresser à l'A.E.E.G. A la lecture de l'article 2 alinéa 13 de la loi du 14 novembre 1995⁴⁸², il est bien évidemment sous-entendu que l'A.E.E.G. doit tenir compte de cette politique, voire même se sentir liée par ces dispositions.

De même, certains règlements intérieurs envisagent des contacts entre les commissaires et l'administration⁴⁸³. Par exemple, le Code de conduite d'OFCOM prévoit tout un dispositif d'entretiens réguliers entre les membres de l'Office et le gouvernement. Sans aller jusqu'à la présence de membres du gouvernement lors des réunions de l'autorité, l'alinéa 7 de ce Code prévoit que le *Chairman* pourra communiquer avec le *Secretary of State*, sur des sujets indéterminés et avec une régularité non précisée. De plus, les membres d'OFCOM, autorisés en ce sens par le collège, pourront s'entretenir avec les ministres compétents sur les thèmes qu'ils estiment importants dans le cadre de leurs activités⁴⁸⁴.

Eu égard au principe d'indépendance, la procédure britannique apparaît moins contrôlable que la procédure italienne. En effet, aucune garantie de non subordination ne peut être apportée lors des réunions entre le pouvoir exécutif et les membres d'OFCOM. Par contre, la procédure italienne, si elle ne permet pas un suivi régulier de l'activité du régulateur par le

⁴⁸¹ « les pouvoirs d'un tel commissaire sont limités. (...) le Gouvernement est en droit d'exprimer auprès des autorités administratives sa conception des choses. Il convient en effet de ne pas développer une conception à ce point radicale de l'indépendance et de l'impartialité que le Gouvernement, déjà dessaisi du pouvoir de décider, n'aurait plus même droit à la parole », Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité, chapitre IV.

⁴⁸² Article 2 alinéa 13, loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée.

⁴⁸³ Pour la C.M.T., article 30, *orden de 9 de abril del 1997, por la que se aprueba el reglamento de régimen interior de la Comisión del mercado de las telecomunicaciones* (BOE, n° 87, du 11 avril 1997).

⁴⁸⁴ Alinéa 7, Code de conduite d'OFCOM : « *Communications between OFCOM and the Secretary of States will normally be through the Chairman except where OFCOM has agreed that an individual Board Member should act on its behalf. Nevertheless, an individual Member has the right of access to Ministers on any matter which he or she believes raises important issues relating to his or her duties as Member of OFCOM. In such cases, the agreement of the rest of the Board Members would normally be sought* ».

gouvernement, a au moins le mérite de la transparence, élément fondamental dans l'exposition de l'indépendance.

2 La transparence du processus décisionnel, vitrine de l'indépendance

L'exigence de transparence des régulateurs indépendants, en tant que vitrine de leur indépendance, est matérialisée par des règles législatives ou parfois par un règlement intérieur assurant l'intégrité du processus décisionnel. Ces dispositions, conformément au droit communautaire⁴⁸⁵, imposent aux ARI d'informer, et de se tenir informé, auprès d'organes consultatifs, des opérateurs du secteur régulé, ainsi que des consommateurs. Enfin, la transparence, en tant que garantie des droits des entités régulées et des particuliers, impose que certains actes, émis par le régulateur soient motivés.

- La transparence par l'élaboration d'un code de conduite et des règles procédurales

La plupart des autorités indépendantes de régulation ont édicté un règlement intérieur, ou code de conduite, dans le but de déterminer et d'afficher, entre autres, les règles procédurales qui vont présider leur action⁴⁸⁶. Ce règlement intérieur peut être adopté de

⁴⁸⁵ La directive 2002/21/CE dispose, dans son exposé des motifs, que « les ARN consultent toutes les parties intéressées sur les décisions envisagées et tiennent compte de leurs observations avant d'adopter une décision définitive », considérant numéro 15. En ce sens, l'article 6 dispose que « (...) les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales, lorsqu'elles ont l'intention, en application de la présente directive ou de directives particulières, de prendre des mesures ayant des incidences importantes sur le marché pertinent, donnent aux parties intéressées l'occasion de présenter leurs observations sur le projet de mesures (...). Les résultats de la procédure de consultation sont rendus publics par l'autorité de réglementation nationale (...) ». Directive 2002/21, 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

⁴⁸⁶ Les textes institutifs prévoient souvent l'édiction d'un tel document, par exemple, pour la CRE, l'article 28, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, précitée, dispose que : « La Commission établit un règlement intérieur qui sera publié au Journal officiel de la République française » ; voir la décision du 15 février 2001 relative au règlement intérieur de la Commission (J.O.R.F., n° 120, du 24 mai 2001, p. 8345). Pour l'ARCEP, décision n° 07-0705 de l'ARCEP en date du 26 juillet 2007, portant modification du règlement intérieur. Pour la C.M.T., article 48 alinéa 10, *ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée, *Orden de 9 de abril 1997, por la que se aprueba el reglamento de régimen interior de la Comisión del mercado de las telecomunicaciones* (BOE, n° 87, du 11 avril 1997). Pour la CNE, *Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía* (BOE, n° 202, du 24 août 1999). Au Royaume-uni, *Rules of Procedure of the GEMA*, GEMA, 21 juillet 2005. Pour OFCom, *Code of Conduct*, disponible sur : http://www.ofcom.org.uk/about/csg/ofcom_board/code/. Voir aussi le *Postal Services Commission Constitution and Procedures*, 2 mai 2003, pris sur le fondement de l'article 50 du *Postal Services Act 2000*, (2000 c. 26). Pour A.G.Com, article 1 alinéa 9, loi n° 249 du 31 juillet 1997 précitée. Pour l'A.E.E.G., *Autorità per l'energia elettrica e il gas, deliberazione* numéro 327/06, du 28 décembre 2006, *revisione del regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas* (G.U. n° 20 du 25 janvier 2007).

manière autonome par l'organe décisionnel de la Commission⁴⁸⁷, ou alors être approuvé par le pouvoir exécutif et prendre la forme réglementaire⁴⁸⁸. Il fixe donc, dans un souci de transparence, les règles relatives aux incompatibilités des membres, la tenue des réunions de l'organe décisionnel, le quorum⁴⁸⁹ et les modalités de vote lors des délibérations⁴⁹⁰. Les règles édictées sont assez semblables entre les Etats membres. Par exemple, les réunions sont souvent périodiques, le vote des décisions se fait toujours à la majorité simple des membres présents et le Président a parfois un vote départiteur. Ces règles n'appellent donc pas d'appréciation particulière, si ce n'est que leur publication est une garantie de la transparence, donc d'une indépendance affichée de l'autorité dans sa prise de décision.

Contrepartie de la transparence dans le processus décisionnel, d'autres règles viennent assurer que les informations reçues ne soient pas divulguées si elles concernent des intérêts majeurs des entreprises régulées. Ainsi, en premier lieu, les régulateurs sont tenus au secret professionnel⁴⁹¹, ils ne doivent pas non plus communiquer certaines informations, si les entités qui les ont fournies considèrent, à juste titre, qu'elles ont une très grande importance commerciale ou industrielle⁴⁹². En second lieu, pour assurer la légitimité de l'institution, les positions publiques ne sont pas autorisées lorsqu'elles portent sur des sujets qui relèvent de la compétence de l'autorité⁴⁹³.

- La transparence dans le processus d'information

⁴⁸⁷ Le règlement intérieur d'A.G.Com, *Codice Etico dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, élaboré par l'autorité elle-même selon l'article 1 alinéa 9, loi n° 249 du 31 juillet 1997 « *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo* », (G.U., n° 177, supplément ordinaire n° 154/L, du 31 juillet 1997). Publié sur le site Internet de l'autorité à l'adresse: http://www.agcom.it/regol/cod_etico.htm.

⁴⁸⁸ Par exemple pour la C.N.E., il s'agit du *Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía* (BOE, n° 202, du 24 août 1999).

⁴⁸⁹ Pour la CRE, article 28, loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifiée, précitée ; Pour la C.M.T., article 16, *Orden de 9 de abril 1997*, précité.

⁴⁹⁰ Pour GEMA : paragraphes 7 et s., *Rules of procedure of the Gas and Electricity Market Authority*, 21 juillet 2005. Pour Postcom : *Postal Services Commission, Constitution and Procedures*, 2 mai 2003.

⁴⁹¹ Pour la C.N.E. : article 27, *Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio*, précité. Pour la C.M.T., article 13, *orden de 9 de abril del 1997*, précité. Ces dispositions s'appliquent pendant, mais aussi après le mandat.

⁴⁹² Pour la C.M.T., quatrième disposition additionnelle, *ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée. En France, les membres et agents ne peuvent communiquer les documents administratifs protégés par la loi du 17 juillet 1978 (loi n° 78-753, du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (J.O.R.F., du 18 juillet 1978, p. 2851)), notamment ses articles 6 et 10, selon l'article 35 de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifiée, précitée.

⁴⁹³ Pour la CRE, article 28, loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifiée, précitée ; cette disposition a été ajoutée par la loi n° 2003-8, du 3 janvier 2003, relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (J.O.R.F. n° 3, du 4 janvier 2003, p. 265). Pour l'ARCEP, article L 131 C.P.C.E., qui impose aussi une obligation de discrétion pour les procédures de règlement des différends, de sanctions et les délibérations correspondantes.

La transparence du processus décisionnel est un élément de la garantie de l'indépendance des ARI puisqu'elle montre que les décisions ont été prises après avoir consulté ou informé le plus grand nombre de personnes intéressées. Dès lors, ces personnes reconnaîtront que les décisions, mûrement réfléchies, sont la conséquence d'un fonctionnement efficace de l'autorité. Cette efficacité légitime l'autorité et atteste de son indépendance. Finalement, mais cela peut paraître à première vue paradoxal, l'autorité démontre son indépendance en affichant ouvertement qu'elle prend ses décisions en consultant les acteurs du marché suivant une procédure transparente. Recueillir l'opinion publiquement certifiée par conséquent que l'autorité reste toujours détachée de l'influence des personnes intéressées et que la décision est prise en toute objectivité.

La concertation est une nouvelle modalité du procédé d'intervention de l'Etat dans l'économie⁴⁹⁴. Cette faculté de recueillir l'opinion des acteurs concernés, avant la prise d'une décision importante, a été éprouvée en tout premier lieu par les régulateurs britanniques. En effet, dès leur création, pour asseoir leur légitimité ainsi que pour trouver un certain appui dans le secteur régulé et vis-à-vis de l'opinion publique, les offices ont lancé de vastes consultations publiques. Il en fut ainsi, par exemple, concernant la responsabilité contractuelle de British Telecom vis-à-vis de ses clients, consultation publique lancée dès le mois d'août 1987. Depuis, cette pratique a été utilisée très régulièrement. Vingt deux consultations publiques ont été ouvertes en 2006 pour OFCom⁴⁹⁵ et trente deux pour OFGEM. Les autres Etats membres se sont probablement inspirés de l'exemple britannique pour, eux aussi, prendre en considération l'opinion des principaux intéressés, avant de déterminer leur politique de régulation. Ainsi, la Commission de régulation de l'énergie a lancé cent trente six auditions en 2006. Ces auditions, en augmentation par rapport à l'année précédente, lui ont permis de « recueillir les positions des acteurs concernés, préalablement à ses avis sur les tarifs, sur les textes réglementaires, sur les communications et sur les propositions tarifaires relatives à l'utilisation des réseaux et infrastructures »⁴⁹⁶. De même, la CRE a lancé sept consultations publiques pendant l'année 2006, traitant de sujets variés comme les principes de tarification de l'utilisation des réseaux de transport de gaz naturel ou la mise en place des

⁴⁹⁴ Dans le même sens, Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité chapitre II. Paul Sabourin, soulignait aussi que : « Le pouvoir de s'informer et d'informer les intéressés, en même temps que l'opinion publique, est un élément déterminant de la vie d'une institution indépendante », in Sabourin P. : « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *A.J.D.A.*, 1983, p. 287.

⁴⁹⁵ OFCom, rapport d'activité, 2006, p. 90.

⁴⁹⁶ CRE, rapport d'activité 2006, p. 112.

référentiels techniques des gestionnaires des réseaux publics d'électricité⁴⁹⁷. Les autorités de régulation ont aussi recours à des cabinets de consultants pour mener des études, destinées à servir d'outil de travail pour l'entité, mais aussi à informer le secteur régulé et les consommateurs⁴⁹⁸.

La possibilité de lancer des consultations publiques ou d'auditionner les parties intéressées, dans l'optique de rendre des décisions éclairées sur des sujets parfois techniques, est généralisée dans tous les Etats membres. Ainsi, le règlement intérieur de la C.M.T. prévoit que l'édiction de certaines circulaires sera précédée d'une période d'information, ou de consultation publique, ainsi que de l'audition des entités et associations représentant les intérêts en jeu⁴⁹⁹. Il en est de même pour l'A.G.Com⁵⁰⁰ et la *Bundesnetzagentur*⁵⁰¹.

Dans la même optique de transparence, ainsi que d'éclaircissement du processus décisionnel, les législateurs des Etats membres ont prévu l'information régulière des régulateurs par des instances consultatives⁵⁰². Placées parfois auprès des Ministres, elles peuvent être chargées d'examiner les projets de textes réglementaires relatifs aux secteurs régulés, mais sont aussi amenées à émettre des avis sur tout sujet entrant dans leur champ de compétences⁵⁰³. Ainsi, la CRE peut recevoir les avis ou propositions de la conférence régionale de l'aménagement et du développement du territoire⁵⁰⁴, de l'Observatoire national

⁴⁹⁷ Commission de régulation de l'énergie, consultation publique, 12 juillet 2006 et 5 mai 2006. La note technique, la synthèse des réponses ainsi que la proposition de la CRE sont mis à disposition du public.

⁴⁹⁸ L'ARCEP a mené 26 études en 2006. ARCEP, rapport public d'activité, 2006, p. 76. L'ARCEP peut, sur le fondement de l'article 135 du C.P.C.E., mener des études, recueillir les données et mener toutes actions d'information sur le secteur des communications électroniques et sur celui des postes. Les autorités de régulation peuvent aussi auditionner les milieux scientifiques, comme la *Bundesnetzagentur*, pour préparer ses décisions, paragraphe 64, loi du 13 juillet 2005 sur l'alimentation en gaz, en électricité, et relative à la garantie d'approvisionnement (« *Gesetz über die Elektrizitäts und Gasversorgung Energiewirtschaftsgesetz* ») (Bgb1., I P. en 1970 (3621).

⁴⁹⁹ Pour la C.M.T., articles 26 et 27, *orden de 9 de abril del 1997, por la que se aprueba el reglamento de régimen interior de la Comisión del mercado de las telecomunicaciones* (BOE, n° 87, du 11 avril 1997).

⁵⁰⁰ Article 28, Loi n° 249 du 31 juillet 1997, précitée, et article 27 du règlement intérieur d'A.G.Com.

⁵⁰¹ Voir le paragraphe 64 de la loi du 13 juillet 2005, précitée. Dans ce sens, le rapport public d'activité 2006 de la *Bundesnetzagentur* évoque les consultations publiques, ainsi que les demandes de rapports d'experts académiques sur les aspects économiques et techniques de la future interconnexion des réseaux téléphoniques. *Bundesnetzagentur*, rapport public d'activité 2006, p. 84.

⁵⁰² Sur ce point, voir Nicinski S. : « Les organismes consultatifs dans le secteur des télécommunications », *A.J.D.A.*, 2002, p. 1499.

⁵⁰³ La C.N.E. est dotée de deux organes chargés d'émettre des avis et propositions sur son domaine de compétence, le *Consejo consultivo de Electricidad* et le *Consejo Consultivo de Hidrocarburos*. En ce sens, article 28, *Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía* (BOE, n° 202, du 24 août 1999).

⁵⁰⁴ Ces avis et propositions portent sur la planification des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité d'intérêt régional et le développement de la production décentralisée d'électricité, article 3, loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifiée, précitée.

du service public de l'électricité et du gaz⁵⁰⁵, et du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz. De même, pour éclairer la CRE dans son processus décisionnel, certains organismes sont tenus de lui envoyer un rapport annuel d'activité⁵⁰⁶. L'ARCEP peut aussi consulter ou recevoir des informations de la part du Comité de l'interconnexion⁵⁰⁷, de la Commission consultative des réseaux et des services de télécommunications (C.C.R.S.T.)⁵⁰⁸ et de la Commission consultative des radiocommunications (C.C.R.)⁵⁰⁹, les deux dernières étant placées auprès du ministre chargé des télécommunications, et de l'ARCEP. Au Royaume-Uni, l'OFGEM collabore avec le « *Gas and Electricity Consumer Council* », organe consultatif composé de représentants de consommateurs, et plus connu sous le nom d'« *Energy Watch* »⁵¹⁰.

De plus, pour favoriser la communication de l'activité, ainsi que de la « doctrine » des autorités de régulation, celles-ci, représentées par leurs membres, peuvent être auditionnées par des entités publiques travaillant sur le même champ de compétences. Les membres de la CRE, par exemple, peuvent être entendus devant le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz⁵¹¹, l'Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz⁵¹² ou le Conseil économique et social.

Pour terminer, l'ensemble des régulateurs publie, chaque année, un rapport d'activité à l'attention du gouvernement, des chambres, et d'autres organismes, consultatifs ou non,

⁵⁰⁵ L'Observatoire est composé de représentants de chacun des types de clients, des autorités concédentes visées à l'article L 2224-31 du C.G.C.T., des collectivités locales ayant constitué un distributeur non nationalisé visé à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946, des organisations syndicales représentatives, d'E.D.F. et des autres opérateurs du secteur de l'électricité, de G.D.F. et des autres opérateurs du secteur gazier, des associations intervenant dans le domaine économique et social et d'élus locaux et nationaux. Ses avis ou propositions motivées portent sur les conditions de mise en oeuvre du service public, article 3, loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifiée, précitée.

⁵⁰⁶ Il en est ainsi des organismes en charge de la distribution publique d'électricité qui doivent adresser à la CRE un rapport annuel d'activité portant sur l'exécution des missions de service public dont ils ont la charge. En ce sens : article 3, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée.

⁵⁰⁷ Article D 99-6 du C.P.C.E., organisant le comité de l'interconnexion et de l'accès, présidé et organisé par l'ARCEP, qui associe notamment les exploitants de réseaux ouverts au public à la consultation.

⁵⁰⁸ Article D 99-5 du C.P.C.E., la Commission est composée d'exploitants de réseaux et fournisseurs de services autres que radioélectriques, de représentants des utilisateurs de ces réseaux et services, professionnels et particuliers ainsi que de personnes qualifiées.

⁵⁰⁹ Article D 99-4 du C.P.C.E.

⁵¹⁰ *Utilities Act* 2000, (2000, c 27) Partie I, paragraphe 2.

⁵¹¹ Le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz est remplacé par le Conseil supérieur de l'énergie, depuis le décret du 27 mars 2006 (décret n° 2006-366 du 27 mars 2006 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil supérieur de l'énergie, (J.O.R.F., n° 75, du 29 mars 2006, p. 4712)).

⁵¹² L'Observatoire national du service public de l'électricité est créé auprès du Conseil économique et social, en vue d'examiner les conditions de mise en oeuvre du service public, article 3 alinéa 6, loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifiée, précitée.

concernés de près par le domaine régulé⁵¹³. Ce rapport, diffusé sur le site Internet de l'autorité, est l'occasion pour celle-ci de faire connaître sa « doctrine », ce qui implique une certaine sécurité juridique pour les entreprises régulées. En effet, ce rapport contient généralement la teneur de l'activité de l'office pendant l'année écoulée, l'état de l'application des dispositions législatives et réglementaires dans le secteur, l'analyse des décisions prises par l'autorité⁵¹⁴, et une attention particulière faite aux éléments imposés par le législateur⁵¹⁵. De plus, les régulateurs profitent de la rédaction de ce rapport pour « suggérer toutes modifications législatives ou réglementaires que lui paraissent appeler les évolutions du secteur (...) et le développement de la concurrence ». Enfin, ils ne manquent pas, lorsque c'est nécessaire, d'attirer l'attention des pouvoirs publics, tout comme du secteur régulé, sur les dysfonctionnements du dispositif institutionnel de régulation. En ce sens, il est possible de lire, dans son rapport, qu' « une meilleure indépendance de la CRE pourrait être assurée en [la] finançant, non plus par le budget général de l'Etat, mais par une contribution minimale des consommateurs finals »⁵¹⁶. De même, l'Autorité de régulation des télécommunications soulignait, dans son rapport de juin 2000, de manière très neutre cependant, que faute d'adoption des dispositions législatives et réglementaires nécessaires, elle ne percevait aucune ressource propre au titre des taxes et redevances⁵¹⁷.

Parfois, ce rapport est complété par un plan stratégique portant sur les objectifs ainsi que la politique du régulateur pour les années à venir. Il en est ainsi pour l'OFGEM, qui publie, sur son site internet, ses objectifs pour la période 2005-2010. L'office fixe et développe comme thèmes principaux la création d'un marché concurrentiel, la régulation des monopoles, la sécurité d'approvisionnement énergétique, ainsi que la politique européenne et environnementale. Grâce à cette visibilité, OFGEM, démontre son expérience dans le

⁵¹³ Pour l'ARCEP, article L 135 du C.P.C.E. Pour la CRE, article 32, loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifiée, précitée. Pour la C.M.T., article 48 alinéa 11, *ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée. Pour la C.N.E., onzième disposition additionnelle, section 3, alinéa 17, *ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998). Pour la *Bundesnetzagentur*, paragraphe 63, loi du 13 juillet 2005, précitée. Pour l'A.E.E.G., article 2, alinéa 12, i), loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée. Pour A.G.Com, article 1, alinéa 5, c), 12, loi n° 249 du 31 juillet 1997, précitée.

⁵¹⁴ Mais aussi, ce qu'il faut apprécier, l'analyse des décisions prises par les autorités de régulation des autres Etats membres, en vue de permettre l'établissement d'une comparaison entre les différents types de contrôles exercés et leurs effets sur les marchés. En ce sens : article L 135 C.P.C.E.

⁵¹⁵ Le législateur impose ainsi à la CRE d'évaluer, chaque année, dans son rapport annuel, le fonctionnement du dispositif relatif aux charges du service public d'électricité visées à l'article 5 de la loi ; article 5, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143), modifiée. De même, le législateur espagnol impose à la C.M.T. de faire part de ses observations et suggestions sur l'évolution du marché, ainsi que les mesures visant à corriger les défaillances de celui-ci et faciliter le développement des télécommunications, article 48 alinéa 11, *ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003).

⁵¹⁶ Commission de régulation de l'énergie, rapport d'activité, juin 2004, p. 89.

⁵¹⁷ Autorité de régulation des télécommunications, rapport d'activité 2000, p. 192.

domaine de la régulation et pousse les autorités des autres Etats membres à s'en inspirer. Cependant, la question se pose de savoir si la publication de ce plan stratégique n'est pas la conséquence de la soumission du régulateur au Ministre, qui résulte des entretiens réguliers prévus par les textes ainsi que de la prise en compte par le régulateur, des objectifs ministériels⁵¹⁸.

- La transparence dans l'élaboration et le rendu des décisions

En dernier lieu, pour favoriser la transparence, partant l'indépendance, dans le processus décisionnel, les régulateurs de réseaux, plus que toutes autres administrations non indépendantes, sont tenus de motiver leurs actes. L'exigence de motivation a un double apport. Elle rend plus lisible, voire prévisible, l'action des ARI, tant par les pouvoirs publics que par le secteur régulé ou les consommateurs. De plus, elle est une garantie de droits dans la mesure où elle permet de connaître les fondements de fait et de droit d'un acte, dans l'optique d'exercer un recours contentieux devant le juge⁵¹⁹. Si le droit commun impose la motivation des actes administratifs⁵²⁰, les textes spécifiques introduisent parfois des obligations plus strictes.

En effet, la loi du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité⁵²¹ pose en principe que la Commission de régulation de l'énergie doit motiver ses avis et propositions. De plus, certains actes devront aussi se conformer à cette caractéristique. Il en est ainsi, par exemple, des décisions de règlement de différends⁵²² et des décisions de sanctions prises sur le fondement de l'article 40 de la loi du 10 février 2000⁵²³. Ces mêmes décisions seront notifiées aux intéressés et, pour assurer une plus large diffusion, publiées au Journal officiel.

⁵¹⁸ En ce sens, Code de conduite d'OFCom.

⁵¹⁹ En ce sens, voir *infra*, p. 500 et s.

⁵²⁰ En France, loi n° 79-587, du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (J.O.R.F., du 12 juillet 1979, p. 1711). En Espagne, article 54, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, Común, y disposiciones complementarias (BOE, n° 285, du 27 novembre 1992). En Allemagne, le paragraphe 73 de la loi du 13 juillet 2005 sur l'alimentation en gaz, en électricité, et relative à la garantie d'approvisionnement (« Gesetz über die Elektrizitäts und Gasversorgung Energiewirtschaftsgesetz ») (Bgb1., I P. en 1970 (3621) prévoit que les décisions de l'ARN seront justifiées, et renvoie au droit commun pour le détail de l'obligation.

⁵²¹ Voir par exemple, les articles 8, 12, 32, 38 de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifiée, précitée.

⁵²² *Ibid.*, article 38.

⁵²³ *Ibid.*, article 40. Pour la C.M.T., la procédure est différente. Si une sanction est émise suite à la plainte du Ministre compétent, et qu'elle diffère des requêtes que celui-ci adresse à la C.M.T, alors elle devra être motivée. Pour le reste, la loi renvoie au droit commun applicable à l'administration publique, articles 48 alinéa 3 et 58, ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003).

Conclusion du chapitre

Pour conclure, et s'il est possible d'imaginer un prototype d'autorité de régulation la plus indépendante qui soit, il faudrait qu'elle ait l'ensemble des caractéristiques suivantes. En premier lieu, ce devrait être un organe collégial de sept à neuf membres. Les commissaires (en prenant l'exemple de neuf membres) seraient nommés, par exemple, par une commission représentative de la chambre haute (deux) et par une commission représentative de la chambre basse (deux). D'autres seraient nommés par le pouvoir exécutif (deux, dont le Président), mais il faudrait aussi laisser sa place à la société civile. Ainsi, un membre serait nommé par des représentants des principales activités économiques et sociales (par exemple le Conseil économique et social en France), un par l'assemblée des opérateurs réunis sur le marché régulé, et un dernier par la réunion des associations de consommateurs. Ces personnes seraient hautement qualifiées dans le domaine du secteur à réguler. Il faudrait, dès lors, opter pour la formule : « nommés en raison de leur qualification économique, juridique et technique, dans le domaine du secteur à réguler ». Cependant, dans le choix des commissaires, il serait fait en sorte de ne pas favoriser l'esprit de corps. Les candidats à la nomination se présenteraient avant leur entrée en fonction devant une commission représentative des chambres pour un débat. La commission pourrait s'opposer à leur nomination s'ils ne présentaient pas objectivement les qualités requises.

Le mandat des commissaires devrait être relativement long, entre six et sept ans, pour favoriser à la fois l'apprentissage et le détachement du politique. Il serait renouvelable par tiers, tous les deux ans, ou toute formule plus adaptée au renouvellement des mandats parlementaires, qu'il faudrait prendre en compte en fonction du pays. Enfin, le renouvellement des mandats ne serait pas possible, un seul mandat serait envisageable.

Le mandat serait soumis à des incompatibilités renforcées. Dès lors, il serait incompatible avec tout autre mandat électif, de quelque nature que ce soit, et toute représentation d'un parti politique. Il serait aussi incompatible avec toute activité professionnelle, que ce soit un emploi public ou privé, ou une activité de consultation rémunérée. Les commissaires ne pourraient pas non plus diriger ou participer au conseil d'administration d'une société commerciale. Ils ne pourraient détenir, directement ou indirectement, d'intérêts dans les entreprises exerçant dans le secteur sur lequel l'autorité est

compétente. Enfin, pour au moins deux ans après avoir quitté l'office, les commissaires ne pourraient pas maintenir, directement ou indirectement, des relations de collaboration, de consultation ou d'emploi avec des entreprises opérant dans les secteurs en relation avec le domaine régulé. Ils recevraient en ce sens une compensation à la juste hauteur du préjudice.

Enfin, le mandat des commissaires devrait être inamovible. Le principe serait inscrit dans le texte statutaire. Cependant, certaines exceptions devraient être prévues. Ainsi, le mandat serait révocable pour incompatibilité survenue (à ce titre le ministre responsable devrait vérifier, périodiquement si ces incompatibilités ne sont pas intervenues), pour condamnation pénale ou incapacité physique permanente. De même, sous contrôle du juge, le commissaire serait révoqué pour « faute grave » dans l'exercice de ses fonctions. Il pourrait enfin démissionner de manière volontaire, après envoi préalable des motifs au président de l'autorité. Ces éléments seraient constatés par l'autorité de régulation elle-même réunie en son entier. Elle proposerait, s'il y a lieu, au ministre, la révocation d'un de ses membres.

Si ces éléments sont nécessaires pour assurer une indépendance maximale liée à la composition de l'institution⁵²⁴, il faut aussi organiser l'indépendance dans le fonctionnement des autorités de régulation.

En premier lieu, les ARI pourraient proposer directement leur budget devant les chambres. Un contrôle *ex ante* s'exercerait lors des débats et du vote de la loi de finances annuelle. Le budget serait justifié par une stricte adéquation entre les moyens et les missions du régulateur, et négocié avec une commission parlementaire. Le financement serait basé sur des ressources provenant de taxes ou redevances prises sur le domaine régulé. Pour ce faire, les ARI devraient disposer de la personnalité morale et d'un patrimoine propre. L'exécution budgétaire serait contrôlée *ex post* par une juridiction financière, comme la Cour des Comptes, qui évaluerait l'efficacité des ARI en proposant chaque année des ajustements ou modifications dans l'optique d'une adéquation entre les bénéfices et les coûts de la régulation. De plus, les régulateurs indépendants seraient tenus de rendre des comptes devant les commissions parlementaires compétentes sur l'exécution de leur budget annuel. Le résultat

⁵²⁴ Les propos de Gérard Marcou rejoignent d'ailleurs le prototype d'autorité de régulation indépendante ébauché. En effet, selon lui, « parmi les conditions tendant à assurer l'indépendance des décisions des autorités spéciales de régulation, il en est quatre qui paraissent décisives, (...) : l'intervention de plusieurs autorités différentes dans la procédure de nomination, un mandat fixe (donc irrévocable) et assez long par rapport au mandat des autorités politiques, le caractère non renouvelable du mandat, un régime strict d'incompatibilités » (Marcou G. : « La notion juridique de régulation », *A.J.D.A.*, 2006, p. 347, spéc. p. 353).

des auditions servirait de document de base pour la négociation budgétaire de l'année suivante.

En second lieu, les régulateurs indépendants des Etats membres devraient disposer de moyens humains suffisants, dont les garanties d'indépendance seraient strictement édictées, sur le modèle des commissaires, dans un règlement intérieur disponible au public. Ces garanties seraient spécialement renforcées pour le personnel de direction. Le gouvernement pourrait adresser au président de l'organe décisionnel du régulateur ses orientations de politique générale dans le secteur concerné. Le document serait publié au Journal Officiel. L'ensemble des ARI devrait être soumis à une stricte obligation de transparence dans le processus décisionnel. Les dispositions déjà existantes pourraient être améliorées, dans certains Etats membres, dans le sens d'un recours plus étendu aux consultations publiques et aux auditions des personnes intéressées par le processus décisionnel. Les rapports annuels devraient être complétés et améliorés dans le sens d'une information plus approfondie sur les points requis par les commissions parlementaires. Ils seraient l'occasion, pour les ARI, de soulever, sans retenue, les questions institutionnelles portant préjudice à une régulation indépendante et efficace. Ils contiendraient une planification stratégique à long terme, élaborée en tenant compte de la communication des orientations du gouvernement.

Conclusion du titre

L'étude de l'indépendance organique des autorités de régulation nationales révèle une certaine hétérogénéité entre les règles des Etats membres destinées à la mettre en oeuvre. Ce constat tient au fait que tous les Etats membres n'ont pas créé ces autorités au même moment et parfois même avant que le droit communautaire, par ses effets, impose l'indépendance de l'entité en charge de la réglementation et les activités liées à la propriété et au contrôle des opérateurs agissant sur le marché. De plus, les directives de libéralisation n'apportent que très peu de précisions sur les modalités de l'indépendance organique de l'autorité de régulation nationale. Il faut rechercher dans les textes issus de la Commission européenne pour avoir quelques orientations sur ses contours.

Néanmoins, tous les Etats évoqués ont quand même aménagé l'indépendance organique des autorités de régulation nationales sur le modèle qu'ils connaissaient auparavant de l'autorité administrative indépendante. Dès lors, un ensemble de règles vise à garantir cette

indépendance par le mode de désignation des membres mais aussi par les caractères du mandat des membres. De plus, le fonctionnement interne de l'autorité est déterminé pour que les règles budgétaires n'impliquent pas une dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. Enfin, la prise de décision se fonde sur des services présentant des garanties d'indépendance et une procédure à la fois efficace et transparente. S'il existe des similitudes dans l'aménagement de l'indépendance organique, il est, en revanche, difficilement possible de dire qu'un Etat dispose de toutes les règles assurant une indépendance optimale. En ce sens, l'étude comparative porte ses fruits, dans la mesure où elle permet de faire des propositions conclusives en empruntant dans chaque système les dispositions qui apparaissent le mieux à même de garantir l'indépendance organique du régulateur. Une opposition ressort fréquemment entre indépendance, poussée à son paroxysme, et efficacité. En fonction de ce paramètre, les propositions tentent de trouver un juste milieu pour que l'indépendance organique soit garantie sans porter préjudice à l'efficacité de la régulation.

Cependant, l'indépendance organique, aussi perfectible soit-elle, n'est qu'un moyen d'assurer le détachement des autorités de régulation vis-à-vis du pouvoir exécutif. Elle ne suffit pas pour certifier que les ARI sont totalement indépendantes. Pour ce faire, encore faut-il rechercher si l'indépendance fonctionnelle est mise en oeuvre, c'est-à-dire si les gouvernements ne peuvent pas influencer l'activité des régulateurs.

TITRE II : L'INDEPENDANCE FONCTIONNELLE A REORGANISER

Si les directives de libéralisation des services publics organisés en réseaux imposent textuellement l'indépendance organique des autorités de régulation nationales par rapport à l'Etat interventionniste, en revanche, elles ne mentionnent pas l'indépendance fonctionnelle *stricto sensu*⁵²⁵. Cependant, cette dernière peut être déduite des textes. En effet, les directives imposent que les A.R.N. soient « totalement indépendantes du secteur (...) »⁵²⁶. Cette prescription générale, dans le cas où l'Etat intervient dans l'opérateur historique, peut-elle être remplie si le gouvernement est à même d'exercer à la fois une influence sur le marché et sur le régulateur indépendant ? La réponse est, sans aucun doute, négative. Alors que les textes ne sont pas explicites sur l'indépendance fonctionnelle⁵²⁷, la pratique des institutions communautaires démontre, en revanche, qu'elle est nécessaire pour assurer l'obligation générale d'indépendance. En effet, la Commission européenne critique et déplore, par exemple, les ministères qui « interviennent en donnant des instructions ou des orientations affectant les décisions réglementaires des A.R.N. »⁵²⁸.

⁵²⁵ L'indépendance fonctionnelle est assimilée, dans ce titre, à l'indépendance d'action, c'est-à-dire la capacité pour l'autorité de régulation d'exercer ses pouvoirs sans être soumise aux prescriptions du gouvernement. En ce sens, elle n'est pas équivalente à l'indépendance de fonctionnement, évoquée dans le chapitre précédent (et dans le droit communautaire dérivé sous le terme d'indépendance « fonctionnelle »), qui ne concerne que le fonctionnement technique de l'autorité, qu'il soit budgétaire ou procédural.

⁵²⁶ En ce sens, article 23, directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 37) ; article 25 directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 57).

⁵²⁷ Il est possible de relever que la directive cadre impose aux Etats membres de « garantir l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes ». Cependant, il est difficile de dire si cette obligation concerne l'indépendance fonctionnelle ou plutôt l'indépendance de fonctionnement, telle que développée précédemment. Sur ce point, voir *supra* p. 240 et s.

⁵²⁸ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 2 décembre 2004, réglementation et marchés des communications électroniques en Europe, (COM (2004) 759 final). Voir aussi : *Commission Staff Working Document accompanying document to the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, prospects for the internal gas and electricity market* (COM (2006) 841 final), *Implementation Report*, 10 janvier 2007, SEC(2006)1709, p. 30 et 59. Voir aussi le recours introduit le 10 septembre 2004, contre la République française par la Commission des Communautés européennes (affaire C-389/04) au motif que le cumul des fonctions de tutelle et de régulation entre les mains du Ministre de l'économie et des finances, chargé des postes, ne traduisait pas la nécessité d'une réelle séparation entre la fonction de tutelle et celle de régulation. Ainsi, le système français ne respectait pas le principe de l'indépendance fonctionnelle posé par la directive postale.

Pourquoi la Commission vérifie-t-elle l'indépendance fonctionnelle des ARI ? La réponse touche au rapport entre indépendance organique (indépendance affichée) et indépendance fonctionnelle (indépendance effective), c'est-à-dire à la différence entre théorie et pratique. En effet, quelle serait l'utilité de l'indépendance organique si le pouvoir exécutif pouvait influencer, par un rapport hiérarchique, l'activité des ARI ? Finalement, au regard du principe d'indépendance, le fait que l'Etat n'intervienne pas dans les affaires du régulateur (indépendance fonctionnelle) est aussi, peut-être même plus important que l'apparence d'indépendance (indépendance organique) dont le régulateur est doté⁵²⁹. Le premier point relève du résultat recherché, alors que le second ne relève que des moyens, sans garantir pratiquement le résultat. Dans le même sens, il serait tout à fait concevable que le régulateur ne soit pas organiquement indépendant, si son indépendance fonctionnelle était respectée. Le contraire n'est pas envisageable. Cependant, il est probable que dans l'esprit des instances communautaires, l'indépendance organique est la meilleure garantie pour assurer l'indépendance fonctionnelle, ce qui explique, entre autres, l'absence de détails sur cette dernière.

Dès lors, assurer l'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation est un élément indispensable pour prétendre à l'absence de conflit d'intérêts dans le contrôle du marché des services publics en réseaux. Cependant, la question se pose de savoir vis-à-vis de qui l'indépendance fonctionnelle doit être organisée. Une vision absolue de l'indépendance fonctionnelle impliquerait qu'elle soit organisée face aux trois pouvoirs de l'Etat. Cependant, cette acception n'est pas envisageable, sauf à considérer la naissance d'un quatrième pouvoir⁵³⁰. En ce sens, l'indépendance fonctionnelle est équivoque puisqu'elle doit être organisée sans pour autant être absolue face à l'ensemble des pouvoirs publics. Une solution médiane, entre l'indépendance absolue et l'absence d'indépendance, doit être envisagée. Elle

⁵²⁹ Sauf à considérer que le seul objectif communautaire était d'afficher l'indépendance, sans la réaliser pleinement, aux seules fins d'attirer les investisseurs sans susciter de réticences. Sur ce point, la Commission européenne note que « le manque de clarté quant à la séparation entre les fonctions de réglementation et les activités de l'opérateur historique, même lorsque l'indépendance est en fait garantie par les mécanismes mis en place, semble avoir un effet fortement dissuasif sur le marché » (Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 7 décembre 2000, sixième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, (COM (2000) 814 final)). Dans le même sens, Mark Thatcher souligne que : « ces agences sont souvent créées au moment des privatisations. C'est donc pour préparer une privatisation, et pour donner aux investisseurs le signal d'un cadre réglementaire stable à long terme, qui ne sera pas modifié par les gouvernements pour obtenir des avantages à court terme. Cette confiance peut augmenter le prix des actions des entreprises privatisées, ce qui est très utile pour un gouvernement », Thatcher M. : « Concurrence ou complémentarité ? A propos de la délégation de pouvoirs », Colloque organisé par l'ENA, le 29 janvier 2004, « La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? », *R.F.A.P.*, 2004, n° 109, p. 51.

⁵³⁰ Sur ce point, voir *supra*, p. 189 et s.

tend à empêcher toute intervention du gouvernement dans l'activité des régulateurs tout en organisant l'exercice d'un encadrement efficace par le Parlement et le juge.

L'étude de l'indépendance d'action des ARI démontre que ces entités subissent, dans certains cas, un encadrement de la part du pouvoir exécutif. De plus, leurs pouvoirs, notamment ceux qui se rattachent à une activité normative, ne sont pas à la hauteur des prescriptions communautaires, ni suffisants pour assurer une régulation efficace du marché. Il est donc possible de relever la persistance de freins à l'indépendance d'action des régulateurs de réseaux (Chapitre I).

Pour remédier à cette situation, il conviendrait de supprimer l'encadrement, potentiel ou effectif, du pouvoir exécutif sur les ARI. Néanmoins, une telle initiative n'est concevable que si elle n'aboutit pas à une entière irresponsabilité des régulateurs indépendants. Par conséquent, il convient d'envisager une réorganisation de l'encadrement fonctionnel. Son aspect politique et technique pourrait être assuré par une instance parlementaire nationale, devant laquelle les ARI rendraient des comptes plus régulièrement qu'à l'heure actuelle et dans une optique d'évaluation. Son aspect contentieux serait assuré par un contrôle approfondi des juges sur les actes édictés par les régulateurs. Un recours juridictionnel effectif contre les décisions des ARI existe déjà dans les Etats membres, son intensité doit par conséquent être maintenue. Ainsi, ces deux éléments pourraient résoudre le caractère équivoque de l'indépendance fonctionnelle tout en légitimant l'action des ARI. Le contrepois nécessaire de l'indépendance fonctionnelle résiderait dans l'approfondissement de l'*accountability* du régulateur devant le Parlement et le maintien du niveau de contrôle du juge (Chapitre II).

Chapitre I : Des freins excessifs à l'indépendance

Selon les termes des directives de libéralisation des services publics organisés en réseaux, les Etats membres doivent confier certaines compétences à leurs autorités de régulation nationales. Celles-ci, comme il a été évoqué précédemment, sont tenues d'être totalement indépendantes du secteur (et donc de l'Etat interventionniste, le cas échéant). Elles sont au minimum chargées d'assurer la non-discrimination, une concurrence effective et le fonctionnement efficace du marché⁵³¹. En ce sens, les Etats membres précisent les fonctions, compétences et pouvoirs administratifs des A.R.N. Cependant, une précision vient brouiller les cartes de la logique de transposition communautaire. En effet, les Etats membres peuvent désigner un ou plusieurs organes chargés d'exercer les fonctions d'autorités de régulation⁵³². Dès lors, ceux-ci vont en général déclarer deux autorités de régulation nationales, l'une étant le régulateur indépendant (ARI) et l'autre restant le ministre compétent⁵³³. L'équivoque résultant de la possibilité du partage de la compétence de régulation a permis aux Etats membres de diluer les fonctions nécessaires pour la mise en oeuvre effective des directives de libéralisation⁵³⁴. Cette confusion est la première cause des liens existant entre le pouvoir exécutif et les ARI. Il en existe une deuxième, il s'agit de la relativité, parfois de l'absence d'affirmation, du principe de non subordination ou d'indépendance des ARI par rapport au gouvernement. En effet, dans certains textes, rien n'est précisé pour empêcher le pouvoir exécutif d'adresser, par exemple, des instructions aux régulateurs indépendants. De plus, l'étude des textes relatifs aux services publics organisés en réseaux révèle, dans certains cas,

⁵³¹ En ce sens, article 23, directive 2003/54/CE, précitée ; article 25 directive 2003/55/CE, précitée.

⁵³² En ce sens, article 23, directive 2003/54/CE, précitée ; article 25 directive 2003/55/CE, précitée ; article 2, g), 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33)

⁵³³ Sur ce point, voir *infra* p. 369 et s.

⁵³⁴ En ce sens, après avoir réaffirmé la possibilité pour les Etats membres de confier la régulation à une ou plusieurs ARN, la Commission estime que « dans certains pays, les pouvoirs reconnus à l'ARN (...) sont si largement dispersés entre différents organismes nationaux (...) que l'on peut se poser des questions sur l'efficacité de l'exercice et de la coordination de ces pouvoirs » (Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Régulation et marché des communications électroniques en 2003 - neuvième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation de l'UE en matière de communications électroniques, (COM (2003) 715 final), page 27). De même, elle relève que « la dispersion des pouvoirs conduit inévitablement à une réduction de la sécurité réglementaire (...) en particulier dans les cas où les décisions prises par les ministères (...) peuvent sembler, aux yeux du marché, être influencées par des considérations politiques » (Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 3 décembre 2002, huitième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, réglementation et marché des télécommunications en 2002, (COM (2002) 695 final), page 20).

qu'il est possible de parler à des degrés divers de subordination de l'ARI par rapport au gouvernement.

Dès lors, en l'état actuel de l'organisation des ARI, il existe un paradoxe qu'il convient d'éclaircir. D'une part, l'indépendance fonctionnelle de certains régulateurs est très relative. D'autre part, les ARI sont organiquement indépendantes, même si cette indépendance est perfectible. Ainsi, le paradoxe réside dans le fait que l'indépendance organique de l'ARI (indépendance affichée ou théorique) a provoqué, dans l'esprit du législateur, des réticences au moment de leur confier certains pouvoirs. Par conséquent, au motif de l'indépendance organique, les textes institutifs n'ont pas réellement octroyé aux régulateurs les pouvoirs suffisants pour assurer leur mission.

Pour mener à bien une régulation efficace, conformément au droit communautaire, ces pouvoirs sont de deux types. Les premiers appartiennent classiquement à l'administration, il s'agit d'un pouvoir normatif, matérialisé par les décisions individuelles et les actes réglementaires. Mais encore, pour associer les régulateurs indépendants aux pouvoirs de régulation conservés dans les mains du gouvernement, les législateurs nationaux ont tenu à faire collaborer les ARI, par le biais de la consultation, au travail gouvernemental. Les seconds se rapprochent plutôt de l'office du juge. En effet, ils sont qualifiés, en ce sens, de « quasi-juridictionnels » dans la mesure où ils appartiennent traditionnellement aux organes juridictionnels, mais sont exercés dans le domaine de la régulation par les autorités indépendantes, qui restent, selon la jurisprudence actuelle, des autorités administratives. Il s'agit de pouvoirs d'investigation, de conciliation et de règlement des différends, puis de sanction.

Le cumul de pouvoirs administratifs classiques et de pouvoirs « quasi-juridictionnels » fait des régulateurs indépendants une catégorie juridique atypique, au sens fonctionnel du terme. Certains ont donc affirmé que : « le rôle des régulateurs est spécifique, ils n'ont été créés ni pour imiter l'administration classique, ni pour plagier le juge, mais précisément pour construire une méthodologie d'action publique originale qui emprunte à ces deux genres classiques »⁵³⁵. Dès lors, ce panel élargi de pouvoirs, même si son champ est limité, fait des régulateurs indépendants les autorités les mieux dotées pour la régulation technique des marchés en phase d'ouverture à la concurrence. Cependant, l'étude de ces pouvoirs démontre

⁵³⁵ Marimbert J. : « L'office des autorités de régulation » in M.-A. Frison-Roche (dir.), « Droit de la régulation : questions d'actualité », Rencontres Petites affiches, 6 février 2002, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n°110, p. 77.

qu'il existe un déséquilibre entre ceux qui relèvent classiquement de l'administration et ceux qui sont qualifiés de « quasi-juridictionnels ».

En effet, les pouvoirs administratifs classiques sont souvent liés aux prérogatives gouvernementales (pouvoirs consultatifs par exemple) et sont limités par les règles constitutionnelles (pouvoir réglementaire), mais aussi par la volonté du législateur. L'étude de ces pouvoirs révèle que les législateurs nationaux ont préféré les circonscrire afin que les ministres conservent une grande latitude d'action. Au contraire, les pouvoirs « quasi-juridictionnels » sont un peu plus étendus dans le champ de compétences des ARI.

Pourquoi cette différence ? La raison se trouve dans l'indépendance organique des ARI. En effet, il est difficilement concevable de confier trop de compétences réglementaires et de décisionnelles à une entité organiquement (ou théoriquement) indépendante. Si la logique communautaire de l'indépendance des A.R.N. avait été poussée à son terme, il aurait fallu déposséder l'autorité administrative de sa compétence pour la transférer à des autorités indépendantes, ce qui, comme précisé précédemment, n'a pas été accepté par les législateurs nationaux. En revanche, confier des pouvoirs « quasi-juridictionnels » à des ARI est d'autant plus acceptable que l'indépendance organique les rapproche du statut de juridictions et, par assimilation, elles deviennent légitimes pour exercer ce type de pouvoirs.

Par conséquent, l'indépendance d'action des ARI est limitée car certaines d'entre elles sont sous une certaine emprise fonctionnelle des gouvernements (Section I). Cependant, l'indépendance organique, si perfectible soit-elle, est quand même affichée. Elle empêche donc les ARI de disposer de pouvoirs importants dans le domaine de la régulation des réseaux (Section II). La faiblesse de leurs pouvoirs implique aussi, à rebours, une relativité de leur indépendance. La question se pose de savoir en quoi l'indépendance pour mener à bien une mission est pertinente si ces autorités ne disposent pas des pouvoirs nécessaires à cette fin⁵³⁶. Ainsi, les ARI sont doublement victimes, en premier lieu, d'une indépendance fonctionnelle limitée par l'emprise des gouvernements, et en deuxième lieu d'une indépendance organique qui, aussi salutaire soit-elle, les empêche d'obtenir des pouvoirs suffisants pour mener à bien l'entière fonction de régulation du secteur.

⁵³⁶ Indépendance, puissance et crédibilité sont intimement liées, en ce sens, Frison-Roche M.-A., « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome II.

Section I : L'emprise des gouvernements

L'étude des textes relatifs aux services publics organisés en réseaux dans les Etats membres permet de mettre en avant une certaine emprise des gouvernements sur les autorités de régulation. Cependant, ce type d'encadrement fonctionnel qui se matérialise par une subordination du régulateur, dit indépendant, ne doit pas être confondu avec l'audition du point de vue du gouvernement et la reddition de comptes.

Le principe de non subordination devrait empêcher les ARI de recevoir des instructions ou des ordres de la part du gouvernement ou du secteur régulé. En effet, si le gouvernement donnait des instructions aux régulateurs indépendants, ceux-ci seraient *de facto* hiérarchiquement soumis à la position ministérielle. Par contre, rien n'empêche les ARI de consulter publiquement le gouvernement, voire d'entendre un commissaire du gouvernement pour tenir compte de la position de celui-ci et « combiner politique publique et régulation indépendante »⁵³⁷. Si l'ARI ne prend pas assez en considération la position du gouvernement, il ne resterait plus, pour celui-ci, qu'à élaborer un projet de loi visant à la dissolution de l'ARI et le Parlement jouerait son rôle d'arbitre ultime du comportement de l'ARI. Enfin, non subordination, ou indépendance fonctionnelle, ne veut pas dire absence de reddition de comptes. Cet outil d'évaluation technique et politique est nécessaire pour que l'ARI améliore son efficacité et sa vision de la régulation du marché. Cependant, eu égard au principe de la régulation indépendante, cette reddition ne peut pas être organisée devant le gouvernement mais devrait l'être devant le Parlement⁵³⁸.

Or, en l'état actuel de l'organisation des relations entre les gouvernements et les ARI, il est possible de soulever certains éléments qui témoignent, dans une partie des Etats membres évoqués, d'une possible subordination des seconds par rapport aux premiers. L'encadrement fonctionnel du régulateur indépendant par les gouvernements trouve ses origines dans le fait que le droit communautaire a ouvert la possibilité de confier la fonction d'A.R.N. à plusieurs entités et que les Etats membres n'ont pas affirmé le principe d'indépendance fonctionnelle pour tous leurs régulateurs (§1). Par conséquent, peuvent être

⁵³⁷ Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 221. Sur ce point, voir *supra* p. 348 et s.

⁵³⁸ En ce sens, voir *infra* p. 454 et s.

relevés certains cas patents de dépendance hiérarchique entre l'ARI et les autorités ministérielles (§2).

§1 Les causes des liens existants entre le pouvoir exécutif et les ARI

Les liens persistant actuellement entre le pouvoir exécutif et les ARI trouvent leur cause dans le fait que le droit communautaire n'impose pas formellement de confier les fonctions de régulation dans les mains d'une seule et même entité (A). Dès lors, les Etats membres ont partagé cette fonction entre le ou les ministères responsables, qui ne sont pas indépendants du secteur régulé, notamment de leur opérateur historique, et l'autorité de régulation indépendante. Les fonctions confiées à ces deux entités sont souvent enchevêtrées⁵³⁹ et ne traduisent pas matériellement l'idée d'une régulation indépendante. Ces liens sont amplifiés par le fait que les Etats membres étudiés n'ont pas tous affirmé explicitement le principe de non subordination des ARI par rapport au gouvernement (B)⁵⁴⁰.

A Le partage de la fonction d'A.R.N. et l'enchevêtrement des compétences de régulation

S'il existe actuellement des liens entre les ministres et les ARI, c'est principalement du fait des directives de libéralisation des services publics organisés en réseaux qui n'imposent pas que les fonctions dévolues aux A.R.N. soient toutes dans les mains de la même autorité. En effet, la directive du 7 mars 2002 définit l'A.R.N. comme « l'organisme ou les organismes

⁵³⁹ En ce sens, Tuot T. : « Perspectives d'évolution », précité, p. 221.

⁵⁴⁰ Les dernières propositions de la Commission, dans le secteur de l'énergie, tendent à éviter ce problème en disposant que chaque Etat membre désigne une autorité de régulation nationale juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée. De plus, selon ces propositions, les A.R.N. « doivent agir indépendamment de tout intérêt commercial et ne sollicitent ou n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée », Voir : article 1^{er} paragraphe 12 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, du 19 septembre 2007, COM (2007) 528 final ; article 1^{er} paragraphe 14 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, du 19 septembre 2007, COM (2007) 529 final ; dans le secteur des communications électroniques, la Commission propose que « les autorités de régulation nationales ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement quotidien des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire », article 1^{er} paragraphe 3 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 697 final. Cependant, en ne subordonnant pas ces éléments au principe d'impartialité elles devraient avoir peu de chances d'aboutir en l'état.

chargés par un Etat membre d'une quelconque des tâches de réglementation assignées dans la présente directive et dans les directives particulières »⁵⁴¹. Les directives relatives au secteur énergétique imposent aussi aux Etats membres de désigner « un ou plusieurs organismes compétents chargés d'exercer les fonctions d'autorités de régulation »⁵⁴².

Deux raisons peuvent être avancées pour expliquer ce choix. En premier lieu, il se peut que les autorités communautaires aient voulu respecter le principe d'autonomie institutionnelle des Etats membres⁵⁴³. Ce principe implique que la question de savoir de quelle façon l'exercice des pouvoirs et l'exécution des obligations peuvent être confiés par les Etats à des organes déterminés, relève uniquement du système constitutionnel de chaque Etat membre⁵⁴⁴. Dès lors, les difficultés constitutionnelles que présente le fait de confier des compétences réglementaires ou de sanction à des autorités administratives indépendantes⁵⁴⁵, pourraient expliquer le choix communautaire de cette liberté laissée aux Etats membres. En second lieu, sachant que la fonction de régulation des services publics organisés en réseaux implique des compétences dans le domaine du droit de la concurrence⁵⁴⁶, il se peut que les autorités communautaires aient voulu laisser les Etats membres libres de répartir les compétences de régulation *ex ante* et *ex post* entre leurs autorités de régulation et leurs autorités nationales de concurrence. En effet, plusieurs solutions pouvaient être envisagées par les Etats membres : confier toutes les compétences de régulation à une autorité nationale de concurrence, créer une autorité de régulation compétente dans le domaine de la prévention et de la sanction des comportements anti-concurrentiels sur le secteur à réguler, ou enfin créer une autorité de régulation chargée uniquement de promouvoir la concurrence et organiser un système d'échange d'informations entre le régulateur *ex ante* et le régulateur *ex post* (l'autorité nationale de concurrence)⁵⁴⁷. En ce sens, d'ailleurs, les directives prévoient que « les Etats membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération (...) entre ces

⁵⁴¹ Article 2, directive 2002/21/CE, précitée.

⁵⁴² Article 25, alinéa 1, directive 2003/55/CE, précitée. Article 23, alinéa 1, directive 2003/54/CE, précitée.

⁵⁴³ Sur ce point, voir *supra* p. 252 et s.

⁵⁴⁴ En ce sens, C.J.C.E., 15 décembre 1971, *International Fruit Company*, précité, pt. 4, précité.

⁵⁴⁵ Sur ce point, voir *infra*, p. 403 et s., 431 et s. Gérard Marcou explique, pour justifier l'affirmation selon laquelle la régulation est une fonction partagée, que « le pouvoir normatif ne peut pas être exercé par une autorité qui échappe au contrôle direct du gouvernement, sauf dans des limites très étroites », in Marcou G. : « La notion juridique de régulation », *A.J.D.A.*, 2006, p. 352.

⁵⁴⁶ Les A.R.N. sont effectivement chargées de promouvoir la concurrence et de contribuer au développement du marché intérieur en veillant à ce qu'il n'y ait pas de discrimination dans le traitement des entreprises qui fournissent des services. En ce sens, article 8, directive 2002/21/CE, précitée.

⁵⁴⁷ Sur ce point, voir *infra*, p. 581 et s. Pour le partage des compétences entre la C.M.T. et le *Tribunal de Defensa de la Competencia* en Espagne, voir : González del Valle y Herrero M.: « *Regulación sectorial y competencia* », ediciones Civitas, 1999, p. 120 ; González-Varas Ibáñez S.: « *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes* », editorial Comares, 2001, p. 142 et s.

autorités [réglementaires nationales] et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence »⁵⁴⁸.

En tout état de cause, les Etats membres ont profité de l'opportunité offerte par la mention permettant de confier les fonctions d'A.R.N. à plusieurs autorités pour notifier deux entités distinctes⁵⁴⁹. En effet, les textes nationaux témoignent de la dilution de la fonction de régulation entre les autorités indépendantes et le ministre compétent sur le secteur concerné. Il en est ainsi en France, aux termes de l'article L. 32-1 du C.P.C.E. qui dispose que : « la fonction de régulation (...) est exercée au nom de l'Etat (...) par le Ministre chargé des communications électroniques et par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes »⁵⁵⁰. En Espagne, la fonction d'A.R.N. est diluée entre plusieurs entités distinctes. En effet, l'article 46 de la loi du 4 mars 2003 confie explicitement la fonction d'A.R.N. au gouvernement, aux ministres compétents, à la C.M.T. et à l'agence étatique des radiocommunications⁵⁵¹. D'autres textes sont moins explicites, mais révèlent quand même le partage de la fonction communautaire d'A.R.N. Il en est ainsi, par exemple, de la loi du 10 février 2000 qui n'érige pas la CRE en autorité de régulation nationale mais la fait participer activement à cette fonction. Il est bien évidemment sous-entendu que le reste de la fonction sera exercé par le ministre compétent. Ainsi, le titre VI intitulé « la régulation » commence par un article précisant que « dans le respect des compétences qui lui sont attribuées, la Commission de régulation de l'énergie concourt, (...) au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel »⁵⁵². La CRE concourt par conséquent à la fonction de régulation. D'autres textes ne se sont pas embarrassés de stipuler la place de l'ARI dans la

⁵⁴⁸ Article 3, alinéa 4, directive 2002/21/CE, précitée.

⁵⁴⁹ Selon l'article 3, alinéa 6, de la directive 2002/21, « les Etats membres notifient à la Commission toutes les autorités réglementaires nationales chargées d'accomplir des tâches en application de la présente directive et des directives particulières, ainsi que leurs responsabilités respectives ».

⁵⁵⁰ Jean-Yves Chérot dénonçait déjà ce cumul de fonctions pour l'A.R.T., in Chérot J.-Y. : *Droit Public économique*, Economica, Corpus Droit Public, 2002, p. 264. De même Bruno Lasserre se posait la question suivante : « Qui s'imposera à l'autre ? Quel jeu de rôles s'établira entre le gouvernement et l'A.R.T., notamment dans cette zone grise où chacun peut revendiquer une part de décision ? » in Lasserre B. : « L'autorité de régulation des télécommunications, ART », *A.J.D.A.*, 1997, numéro spécial « Droit des télécommunications : entre dérégulation et régulation », p. 228.

⁵⁵¹ Article 46, *ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003), traduction libre : « Seront considérées comme autorités nationales de réglementation des télécommunications : a) le gouvernement ; b) les organes supérieurs et de direction du Ministre des sciences et de la technologie qui, conformément à la structure organique du département, assumeront les compétences prévues par cette loi ; c) les organes supérieurs et de direction du Ministre de l'économie en matière de régulation des prix ; d) la Commission du marché des télécommunications ; e) l'Agence étatique des radiocommunications ». Voir sur ce point : García de Enterría E., de la Quadra-Salcedo T. : « *Comentarios a la ley general de telecomunicaciones* », Civitas ediciones, 2004, p. 802; LLaneza González P. : « *Telecomunicaciones, régimen general y evolución normativa* », editorial Aranzadi, 1998, p. 103; LLaneza González P. : « *Nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones* », editorial Bosch, 2002.

⁵⁵² Article 28, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143), modifiée.

fonction de régulation telle qu'imposée par le droit communautaire. Par exemple, la loi relative au secteur des hydrocarbures du 7 octobre 1998 crée la C.N.E. comme l' « entité de régulation du fonctionnement des systèmes énergétiques »⁵⁵³. Cependant, eu égard aux pouvoirs attribués à la C.N.E.⁵⁵⁴ et à l'influence du ministre compétent dans ses décisions⁵⁵⁵, il est vraisemblable que cette disposition ne témoigne pas de la réelle distribution des compétences de régulation.

A l'inverse, certains Etats membres n'ont pas notifié le ministère responsable à la Commission européenne en tant qu'A.R.N., alors que celui-ci intervient effectivement dans la fonction de régulation. En ce sens, la Commission européenne « reste vigilante en ce qui concerne une limitation possible des compétences de l'A.R.N. en Irlande, à Malte et aux Pays-Bas en raison d'instructions publiées par le ministère responsable, alors que ce dernier n'a pas été notifié en tant qu'A.R.N. »⁵⁵⁶.

Dès lors, se pose la question de savoir comment les autorités communautaires ont accepté que les Etats membres notifient en tant qu'A.R.N. un ministre. En effet, même si celui-ci n'est pas le même que celui chargé de l'intéressement de l'Etat dans l'opérateur historique, ils appartiennent au même gouvernement et sont soumis au même organe, le Premier ministre ou le Chef du gouvernement. Par conséquent quelle est la valeur de la mention : « Les Etats membres désignent un ou plusieurs organes compétents chargés d'exercer la fonction d'autorité de régulation. Ces autorités sont totalement indépendantes du secteur (...) »⁵⁵⁷ ? Deux hypothèses peuvent être avancées.

En premier lieu, les autorités communautaires ont peut-être accepté que les ministres soient notifiés en tant qu'A.R.N. eu égard aux difficultés constitutionnelles rencontrées par les Etats membres à l'heure de confier des compétences décisionnelles aux autorités indépendantes. La Commission avait probablement une conception téléologique de la régulation. D'une part, il est possible qu'elle ait considéré que l'évolution réglementaire

⁵⁵³ Onzième disposition additionnelle, paragraphe premier, alinéa 2, *ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

⁵⁵⁴ Sur ce point, voir *infra* p. 413 et s.

⁵⁵⁵ Sur ce point, voir *supra* p. 348 et s.

⁵⁵⁶ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 20 février 2006, réglementation et marchés des communications électroniques en Europe, (COM (2006) 68 final).

⁵⁵⁷ Pour le secteur du gaz, article 25, alinéa 1, directive 2003/55/CE, précitée. Pour le secteur de l'électricité, article 23, alinéa 1, directive 2003/54/CE, précitée. Pour les communications électroniques la mention est différente, mais l'idée est identique : « les Etats membres garantissent l'indépendance des autorités de réglementation nationales (...) », article 3, directive 2002/21/CE, précitée.

tendra vers une augmentation des compétences des ARI. Celles-ci gagnant, par leur travail, de plus en plus de légitimité face aux opérateurs et au gouvernement, elles obtiendront peut-être, comme cela s'est déjà fait au fil des évolutions législatives, des pouvoirs plus conséquents. D'autre part, il se peut que les autorités communautaires aient prévu une évolution de la conception de l'interventionnisme étatique dans ces secteurs. Dès lors, la part de l'Etat dans l'opérateur historique disparaissant peu à peu, le ministre ne sera plus juge et partie et il pourrait exercer ses compétences de régulation sans contrevenir aux obligations communautaires.

En second lieu, les autorités communautaires ont peut-être accepté cette notification car elles estimaient dès l'origine que le principe d'une régulation indépendante était une gageure, mais avait au moins le mérite de rassurer les opérateurs désirant pénétrer ces marchés. En ce sens, il est possible de relever les propos de la Commission européenne qui note, en matière d'indépendance des autorités régulation, que « le manque de clarté quant à la séparation entre les fonctions de réglementation et les activités de l'opérateur historique, même lorsque l'indépendance est en fait garantie par les mécanismes mis en place, semble avoir un effet fortement dissuasif sur le marché »⁵⁵⁸. Dans le même sens, elle considère que « la dispersion des pouvoirs conduit inévitablement à une réduction de la sécurité réglementaire requise par le marché, en particulier dans les cas où des décisions prises par les ministères en matière d'octroi de licence ou de contrôle des prix peuvent sembler, aux yeux du marché, être influencées par des considérations politiques »⁵⁵⁹. Le principe de la régulation indépendante n'aurait-il par conséquent qu'une fonction économique et non juridique, celle d'afficher artificiellement l'indépendance du régulateur pour inciter l'investissement ?

Quelles qu'en soient les raisons, la réalité témoigne d'un enchevêtrement des compétences de régulation régulièrement condamné par la Commission européenne⁵⁶⁰. A titre d'exemple, il est possible de relever que l'ensemble des Etats membres étudiés a été mentionné dans les rapports de la Commission sur l'évolution du cadre réglementaire relatif

⁵⁵⁸ Sixième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, (COM (2000) 814 final), du 7 décembre 2000, précité.

⁵⁵⁹ Huitième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, réglementation et marché des télécommunications en 2002, (COM (2002) 695 final), du 3 décembre 2002, précité.

⁵⁶⁰ Cet enchevêtrement est aussi condamné par les régulateurs indépendants. En ce sens : « Le partage d'un certain nombre de compétences du régulateur avec le Gouvernement peut être analysé comme permettant de vérifier la conformité de l'action du régulateur avec la politique publique ; il peut également apparaître comme une contrainte dans la conduite de son action », in Rapport de l'A.R.T. : « Adapter la régulation au nouveau contexte du marché des télécommunications », juillet 2002.

aux communications électroniques⁵⁶¹, soit en raison d'une insuffisance des pouvoirs des ARI, soit parce que les pouvoirs sont trop dispersés entre plusieurs entités ce qui réduit d'autant la réactivité du système de régulation. En ce sens, la Commission relevait que « dans certains pays, les pouvoirs accordés à l'A.R.N. en vertu du nouveau cadre sont si largement dispersés entre différents organismes nationaux (y compris, dans certains cas, le «gouvernement» lui-même) que l'on peut se poser des questions sur l'efficacité de l'exercice et de la coordination de ces pouvoirs. Cette situation peut aussi entraîner un manque de clarté sur la manière de partager des responsabilités qui se chevaucheraient éventuellement »⁵⁶². Insuffisance et enchevêtrement des pouvoirs sont donc les deux freins à une régulation efficace et indépendante, que dénonce la Commission⁵⁶³. Cependant, c'est la formulation même des directives qui a permis, à dessein peut-être, à certains Etats membres de confier la fonction de régulation à la fois à une ARI et au ministre compétent. La Commission européenne propose à demi mots une solution : « le fonctionnement global de l'organisme indépendant peut être très simplement amélioré par le transfert à ce niveau de tous les pouvoirs réglementaires du ministère, comme cela a été fait, par exemple, en Grèce »⁵⁶⁴. Cependant, il n'apparaît pas encore que cette solution soit envisagée si radicalement dans les Etats membres étudiés.

Pour conclure, il est vrai que la formulation des textes communautaires a impliqué la dilution de la fonction de régulation entre les ARI et les ministres compétents⁵⁶⁵. Cet élément favorise l'établissement de liens entre le pouvoir exécutif et les ARI puisqu'ils exercent leurs fonctions sur le même domaine. Mais ceci n'implique pas obligatoirement un encadrement du régulateur indépendant par le pouvoir exécutif. Il en est l'origine, mais l'absence d'affirmation de l'indépendance fonctionnelle reste aussi une des raisons de l'encadrement fonctionnel de l'activité des ARI.

⁵⁶¹ Voir tout particulièrement le sixième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, (COM (2000) 814 final), précité.

⁵⁶² Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 19 novembre 2003, régulation et marché des communications électroniques en 2003, rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation de l'UE en matière de communications électroniques, (COM (2003) 715 final) (9^{ème} rapport).

⁵⁶³ Sur le partage des compétences entre l'ARI et le ministère en Espagne et en Italie, voir notamment : Arpón de Mendivil Almada A., Carrasco Perera A., *Comentarios a la ley general de telecomunicaciones*, Aranzadi, 1999, p. 871; Cambini C., Ravazzi P., Valletti T., *Il mercato delle telecomunicazioni, dal monopolio alla liberalizzazione negli stati uniti e nella UE*, Il Mulino, 2003, p. 92. En France, voir par exemple : Coin R. : « Les instances de régulation dans la loi du 10 février 2000 », *C.J.E.G.*, n°572, janvier 2001, p. 15 ; Nicinski S., Pintat P. : « La libéralisation du secteur gazier », *A.J.D.A.*, 2003, p. 228.

⁵⁶⁴ Huitième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, réglementation et marché des télécommunications en 2002, (COM (2002) 695 final), du 3 décembre 2002, précité.

⁵⁶⁵ Gérard Marcou explique cependant que la régulation est une fonction partagée, in Marcou G. : « La notion juridique de régulation », précité, p. 352.

B La relativité de la non subordination et de l'affirmation de l'indépendance

Quel pourrait être, formellement, le degré le plus élevé de l'indépendance fonctionnelle ? Si l'indépendance s'organise dans les faits, elle peut aussi s'affirmer solennellement. Elle s'érige en tant que principe, dans les textes fondateurs, par exemple. Le droit positif n'est-il pas une garantie contre l'arbitraire, contre l'intrusion du gouvernement dans les affaires du régulateur, sous le contrôle du juge ? Le principe de non subordination peut prendre deux formes : il peut consister en l'interdiction, que ce soit de la part des pouvoirs publics ou du secteur régulé, d'adresser des instructions aux autorités de régulation indépendantes. Il peut aussi être matérialisé dans l'affirmation textuelle de l'indépendance des ARI. La césure est très nette, sur ce point, entre les Etats membres considérés. D'une part, il est possible d'observer ceux qui ont affirmé la non subordination ou l'indépendance fonctionnelle dans les textes. D'autre part, ceux qui ont énoncé l'indépendance mais n'ont pas pris soin de l'explicitement formellement en tant que garantie contre toute intervention de l'Etat dans les fonctions de l'autorité.

En premier lieu, la CRE fait figure d'exemple dans l'affirmation du principe de non subordination. L'article 35 de la loi du 10 février 2000 dispose en effet que « les membres et agents de la Commission de régulation de l'énergie exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du Gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme ». Sans équivalent, en termes de précision, parmi les Etats membres étudiés, cette disposition clarifie le principe de non subordination de l'institution. En effet, à quoi bon organiser l'indépendance à travers la désignation des commissaires ainsi que par le biais des caractères du mandat, si le principe de non subordination n'est pas affirmé ? Il faut rappeler qu'il n'existe toujours pas, en France, de texte cadre fixant les caractères communs des autorités administratives indépendantes. La dénomination n'est d'ailleurs pas reconnue à chaque fois par le législateur. Il en est ainsi des textes constitutifs de la CRE, qui ne font pas apparaître sa qualification légale dans la catégorie « autorités administratives indépendantes ». Le législateur a certainement fait naître la catégorie juridique des A.A.I. en France, mais ce n'est pas sa cohérence législative qui l'a faite pérenniser. Il a fallu attendre le Rapport public

du Conseil d'Etat sur la question⁵⁶⁶ et les oeuvres de recherches doctrinales⁵⁶⁷ pour dessiner les contours de cette catégorie juridique, non consacrée de manière cohérente en droit positif. Dès lors, pour affirmer, au sens du droit positif, que les ARI sont, ou ne sont pas, formellement indépendantes, il faudra, comme pour la CRE, rechercher dans les textes ce qui peut garantir le principe. En l'espèce, l'interdiction de recevoir des instructions quelle qu'en soit l'origine, démontre bien la non subordination de cette institution.

Le législateur italien a opté pour le même type de formule, mais cette fois un peu moins précise, donc en théorie moins protectrice d'une indépendance affirmée. Il dispose, dans le texte cadre instituant des autorités de régulation dans le domaine des services publics, que « les autorités fonctionneront de manière autonome et édicteront des décisions indépendantes »⁵⁶⁸. Cette affirmation a été réitérée dans l'article premier du texte constitutif d'A.G.Com. Une variante cependant, la mention « décisions indépendantes » a été remplacée par « avec indépendance de jugement et d'évaluation »⁵⁶⁹. Si le fonctionnement autonome paraît plutôt faire référence au fonctionnement budgétaire, en revanche, l'édition de décisions indépendantes, ou l'indépendance de jugement et d'évaluation, est révélateur d'un principe implicite de non subordination. Mais la question qui se pose est celle de savoir pourquoi ce principe de non subordination, ou celui d'indépendance n'est pas affirmé. La réponse réside toujours dans le paradoxe des A.A.I., qui doivent rester des administrations, tout en étant indépendantes⁵⁷⁰.

En second lieu, certains Etats membres ont énoncé l'indépendance mais n'ont pas pris soin de l'explicitier formellement en tant que garantie contre toute intervention de l'Etat dans

⁵⁶⁶ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », Etudes et Documents, n° 52, La Documentation française, p. 253 et s.

⁵⁶⁷ Voir entre autres : Sabourin P. : « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *A.J.D.A.*, 1983, p. 275 ; C-A Colliard et G. Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, spécial., Teitgen Colly C. : « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », p. 21 ; Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p.177 ; Gentot M. : *Les autorités administratives indépendantes*, Collection Clefs Politique, Montchrestien, 1994 ; Chevallier J. : « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P. G.*, 1986, p. 3254 ; Autin J.-L. : « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *R.A.*, 1988, p. 333 ; Oderzo J.C., *Les autorités administratives indépendantes et la Constitution*, thèse, décembre 2000, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, 555 pp.

⁵⁶⁸ Traduction libre de : « *Le Autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione; esse sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza* », Loi n° 481 du 14 novembre 1995, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* (G.U., n° 270, supplément ordinaire du 18 novembre 1995) article 2, alinéa 5.

⁵⁶⁹ Loi n° 249 du 31 juillet 1997, *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*, (G.U., n° 177, supplément ordinaire n° 154/L, du 31 juillet 1997), article premier: « *È istituita l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di seguito denominata "Autorità", la quale opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione* ».

⁵⁷⁰ Sur ce point, voir *supra*, Partie I, p. 184 et s.

les fonctions de l'autorité. Pour la C.M.T. et la C.N.E., le droit espagnol est très vague sur le principe d'indépendance. En effet, rien n'est formellement évoqué pour le régulateur des télécommunications. La loi de 2003, qui organise autant la composition que les pouvoirs de la C.M.T., reste muette sur ce point. Il faut, dès lors, se référer à la loi du 24 avril 1997⁵⁷¹, modifiant le décret-loi du 7 juin 1996⁵⁷², pour y trouver un élément dans l'exposé des motifs. Ces textes évoquent tous deux la « création d'une Commission du marché des télécommunications, en tant qu'organe indépendant (...) ». Ils restent partiellement en vigueur, mais il est admis que les exposés de motifs ne sont, à défaut de valeur juridique, que de simples déclarations d'intentions. L'exposé des motifs de la loi d'organisation du système électrique national espagnol, connue sous l'acronyme LOSEN⁵⁷³, contient aussi la formule suivante : « la loi crée une commission du système électrique national et garantit l'indépendance de ses membres ». Cependant, la commission du système électrique national, a été remplacée par la C.N.E. avec la loi de 1998⁵⁷⁴. Dès lors, si l'institution a changé de nom, il n'est pas certain qu'elle ait conservé la forme exposée dans les motifs.

Par conséquent, si rien n'est explicité formellement dans un texte pouvant intégrer le droit positif, il faut alors se diriger vers les textes supplétifs organisant les autorités administratives indépendantes en Espagne. Il s'agit principalement de la LOFAGE, du 14 avril 1997⁵⁷⁵, qui contient un titre spécial consacré au régime juridique de certains organismes publics. Le premier alinéa cite un ensemble d'organismes publics, parmi lesquels la C.N.E. et la C.M.T. L'alinéa suivant dispose qu'« à partir de l'entrée en vigueur de cette loi, les organismes publics, dont seront reconnues expressément par une loi l'indépendance fonctionnelle ou une autonomie spéciale par rapport à l'administration générale, seront régis par leur propre norme spécifique sur les aspects qui rendront pleinement effective cette indépendance ou cette autonomie »⁵⁷⁶. Une interprétation globalisante de ces deux alinéas implique que la C.M.T. et la C.N.E. disposent d'une reconnaissance de leur indépendance

⁵⁷¹ Ley 12-1997 del 24 de abril de 1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones (BOE n° 99 du 25 avril 1997).

⁵⁷² Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones (BOE, n° 139, du 8 juin 1986).

⁵⁷³ Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), (BOE, n° 313, du 31 décembre 1994).

⁵⁷⁴ Ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

⁵⁷⁵ Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la administración general del Estado, (BOE n.° 90 du 15 avril 1997).

⁵⁷⁶ Traduction libre de : « Los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía », ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la administración general del Estado, (BOE n.° 90 du 15 avril 1997), dixième disposition additionnelle.

fonctionnelle ou d'une autonomie spéciale par rapport à l'administration générale. Le degré qui différencie l'une de l'autre ne peut s'évaluer que dans les textes constitutifs. Selon une partie de la doctrine, d'ailleurs, le degré d'indépendance des ARI espagnoles est très faible, puisqu'elles sont formellement rattachées à l'administration centrale⁵⁷⁷. Le paradoxe entre le rattachement d'une autorité de régulation à un ministère et l'affirmation de son indépendance a d'ailleurs été soulevé par le Conseil d'Etat espagnol⁵⁷⁸. Il critique, dans le cadre du projet de loi sur le secteur ferroviaire, la présence excessive du ministère. En ce sens, comme le souligne le Professeur López de Lerma i López, il y a une contradiction conceptuelle évidente entre le fait que l'autorité soit indépendante du secteur et inscrite au ministère concerné⁵⁷⁹. D'autres auteurs, en revanche, n'estiment pas que le rattachement d'une autorité de régulation implique, *de facto*, une carence d'indépendance, mais que celle-ci doit plutôt être recherchée parmi les fonctions confiées à l'autorité ainsi que leur contrôle de la part du gouvernement⁵⁸⁰.

Les dispositions relatives à l'ARCEP font, quant à elles, partie de ces textes qui n'explicitent aucunement le principe de non subordination ni celui d'indépendance⁵⁸¹. Tout au plus peut-on relever la mention : « afin de garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions (...) »⁵⁸², mais qui est très loin d'une déclaration de principe⁵⁸³. Il est peut-être dommage, dès lors, que les autorités de régulation françaises, entre elles, ne soient pas bâties sur des statuts identiques. En effet, comment justifier que la CRE ait un statut si protecteur et que l'ARCEP ne soit pas dans le même cas de figure ? Sans aller jusqu'à plaider pour une loi cadre unifiant les statuts de toutes les autorités administratives indépendantes, ce qui ne serait pas efficace en pratique, vu la diversité de leurs missions et donc de leurs statuts, une certaine équivalence des garanties d'indépendance serait un point positif, au moins entre celles qui régulent des domaines relativement comparables.

⁵⁷⁷ De la Cruz Ferrer J., « L'Espagne », in « Etude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes » sous la direction de Ponthier J.-M., Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome III, p. 184.

⁵⁷⁸ *Dictamen del Consejo de Estado al proyecto de ley del sector ferroviario*, 01/2003, 29 janvier 2003.

⁵⁷⁹ López de Lerma i López J., « *Agencias independientes. Origen, naturaleza jurídico-constitucional y control parlamentario* », *Revista de las Cortes Generales*, numéro 56, 2002, p. 30.

⁵⁸⁰ En ce sens, Hernández J.-C.: « *Regulación y competencia en el sector eléctrico* », editorial Aranzadi, 2005. Sur les fonctions des ARI et le contrôle du gouvernement, voir supra p. 369 et s.

⁵⁸¹ Il en est de même au Royaume-Uni et en Allemagne.

⁵⁸² Article L 131 C.P.C.E.

⁵⁸³ De même, l'article L 32-1 du C.P.C.E. indique que « la fonction de régulation du secteur des communications électroniques est indépendante de l'exploitation des réseaux et de la fourniture des services de communications électroniques. Elle est exercée au nom de l'Etat par le ministre chargé des communications électroniques et par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ». Cette mention implique donc l'indépendance des régulateurs (le ministre et l'ARI) mais ne préjuge en rien d'une non subordination de ce dernier par rapport au gouvernement.

Par conséquent, mis à part les dispositions précitées relatives à la CRE, les autres textes constitutifs des ARI ne posent pas explicitement en principe l'indépendance de l'entité. Cet élément laisse planer un soupçon de subordination fonctionnelle vis-à-vis du gouvernement. Ce soupçon s'avère justifié dans certains cas révélant un encadrement effectif du régulateur indépendant. Il est dès lors possible de dire que ces ARI sont dans une position, implicite ou parfois explicite, de subordination hiérarchique vis-à-vis du gouvernement.

§2 Les cas de subordination effective du régulateur indépendant

En théorie, « le régulateur indépendant ne peut être soumis au principe hiérarchique, ni à la tutelle, ni au contrôle préalable des ministres »⁵⁸⁴. Cependant, il est possible de déceler, dans les textes constitutifs des ARI, certaines dispositions traduisant un encadrement effectif de la fonction du régulateur par les autorités gouvernementales. Tout d'abord, il existe un encadrement effectif indirect qui prend la forme de la responsabilité de l'Etat pour les actes irréguliers mis en oeuvre par certaines ARI, lorsque celles-ci ne disposent pas de la personnalité morale de droit public (A). Ensuite, l'encadrement effectif direct se traduit par la possibilité pour les autorités ministérielles d'orienter de manière contraignante l'activité des ARI, ce qui les place dans une position de subordination hiérarchique, comme il peut être observé, sur une échelle d'intensité croissante, dans la grande majorité des Etats membres étudiés (B).

A L'absence de personnalité morale et l'encadrement indirect de l'ARI

Certaines ARI n'ont pas de personnalité morale distincte de celle de l'Etat. Dès lors, celui-ci endosse la responsabilité des actes irréguliers commis par les régulateurs indépendants non dotés de la personnalité morale de droit public. Il en est ainsi, par exemple, en France, à la différence des ARI espagnoles⁵⁸⁵. En effet, la grande majorité des A.A.I. françaises n'est pas dotée de la personnalité morale. Le Professeur Yves Gaudemet a pu soutenir, en ce sens, que « les autorités administratives indépendantes, si nombreuses soient-elles, n'existent pas : je veux dire par là qu'elles n'ont pas de personnalité juridique propre et

⁵⁸⁴ Tuot T. : « Perspectives d'évolution », précité, p. 226.

⁵⁸⁵ Sur ce point, voir *supra* p. 338 et s. Au Royaume-Uni, l'Etat est aussi responsable de l'activité du régulateur indépendant, par exemple, section 29, *Communications Act 2003* (2003, c. 21).

qu'elles font partie de l'Etat »⁵⁸⁶. Dès lors, si les ARI font partie de l'Etat, c'est-à-dire qu'elles agissent au nom de l'Etat, s'instaure une proximité évidente, voir une confusion entre l'ARI et le pouvoir exécutif. En effet, l'Etat est responsable des actes commis par les ARI non dotées de la personnalité morale⁵⁸⁷. Par conséquent, si l'Etat est responsable des actes irréguliers de l'ARI, il devient en quelque sorte, comme un parent responsable des dommages causés par son enfant⁵⁸⁸, le « tuteur » de l'ARI. Mais ce tuteur n'a théoriquement pas de pouvoir de direction sur l'ARI du fait de son indépendance. Peut-on considérer que l'Etat réponde des actes de l'ARI sans pour autant avoir une capacité d'influencer son action ? Lorsque l'engagement de la responsabilité de l'Etat est évoqué, il s'agit d'une déclaration de l'Etat débiteur d'une réparation du fait de l'irrégularité commise, par exemple, par une ARI (actes irréguliers, communication d'indications ou de renseignements erronés, inaction ou silences fautifs...). Matériellement, ceci se traduit le plus souvent par le versement d'une certaine somme à la victime du dommage. Cette somme est versée, en France, par le ministère de l'économie, des finances et de l'emploi (MINEFE), c'est-à-dire le ministère gérant les parts de l'Etat dans l'opérateur historique⁵⁸⁹, ce qui reste assez paradoxal. En imaginant un contentieux entre l'ARI française et l'opérateur historique, au choix, si l'opérateur est condamné, le MINEFE en subira les conséquences indirectes, ou si l'ARI est déclarée responsable, le MINEFE devra assumer financièrement la condamnation à des dommages et intérêts de cette dernière. Dès lors, le ministère intervient-il pour éviter un conflit, en voulant protéger ses propres intérêts financiers ? Un soupçon de subordination hiérarchique indirecte plane au-dessus de la relation entre le ministère et l'ARI du fait de l'absence de personnalité morale.

Pour éviter ce paradoxe, la solution serait d'octroyer, comme cela se fait dans d'autres Etats membres⁵⁹⁰, ou pour d'autres autorités administratives indépendantes en France⁵⁹¹, la personnalité morale aux ARI. En effet, cet élément, comme le souligne Martine Lombard,

⁵⁸⁶ Gaudemet Y. : « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum* Jean Waline, Dalloz, Paris, 2002, p. 572.

⁵⁸⁷ Même lorsque les requêtes tendaient à mettre en cause la responsabilité de l'organisme non doté de la personnalité juridique, elles ont été considérées par le juge comme dirigées contre l'Etat lui-même : pour la C.O.B., CE, 22 juin 1984, *Société Pierre et Cristal*, n° 18371, Rec., p. 736, concl. Pauti ; Daigre, *Revue des sociétés*, 1985, p. 634 ; Moderne F., Bon P., D., 1986, I.R. p. 25. Cette vision est confirmée par : CE, ass. gén., avis, 8 septembre 2005, n° 371558, « La responsabilité des autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale », Rec. (E.D.C.E.) p. 211. Voir aussi : Conseil d'Etat, rapport public 2006, p. 211, et « La responsabilité des autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale », D.A., n° 5, mai 2006, comm. 89, p. 34.

⁵⁸⁸ Article 1384 C.Civ.

⁵⁸⁹ Il s'agit en France de l'agence des participations de l'Etat (A.P.E.), intégrée au Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, qui exerce l'intégralité des missions de l'Etat actionnaire.

⁵⁹⁰ Sur ce point, voir *supra* p. 338 et s.

⁵⁹¹ Entre autres l'A.M.F., l'Agence française de lutte contre le dopage, la Haute autorité de la santé, l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles.

serait « l'une des manifestations du choix consistant à doter les institutions de régulation économique d'une indépendance vis-à-vis sinon du politique, du moins du pouvoir exécutif »⁵⁹². L'octroi de la personnalité morale aux régulateurs indépendants de réseaux permettrait par conséquent qu'ils soient responsables de leurs propres actes⁵⁹³, quitte à s'assurer ou réaliser des provisions pour pallier aux risques engendrés par cette charge potentielle. N'étant plus, dès lors, considérés comme un simple prolongement de l'Etat, les ARI dotées de la personnalité morale seraient libérées de cet encadrement indirect par lequel l'Etat se porte garant de leur activité. Elles bénéficieraient, dès lors, d'une plus forte autonomie fonctionnelle ainsi que d'autres avantages relatifs à l'indépendance financière évoqués précédemment⁵⁹⁴. Cet encadrement qualifié d'indirect peut être, parfois, complété par un encadrement plus explicite et direct, notamment par les instructions que donnent les autorités gouvernementales aux ARI.

B L'encadrement direct de certaines ARI

Certains régulateurs indépendants peuvent, en premier lieu, subir une influence directive du gouvernement, dans le but d'orienter leur action. Cette influence trouve parfois son origine dans la pratique institutionnelle, mais aussi dans les textes constitutifs. Il en est ainsi de manière implicite au Royaume-Uni et de manière explicite en Allemagne. Les ministres responsables peuvent donc parfois adresser des instructions, dans l'optique d'influencer les décisions du régulateur indépendant. En second lieu, d'autres types d'encadrement, correctifs cette fois, peuvent être relevés en France et en Espagne. Dans le domaine des postes et des communications électroniques, les actes réglementaires pris par l'ARCEP, en France, sont soumis à homologation ministérielle. Cette procédure permet donc au ministre compétent d'accepter ou de refuser en bloc l'acte réglementaire émis par le régulateur indépendant. Sans aval ministériel, la compétence normative générale de l'ARCEP ne peut donc pas s'exercer. Avec un degré encore plus élevé dans l'échelle de la subordination hiérarchique, l'organisation des fonctions de l'autorité de régulation de l'énergie espagnole prévoit qu'une grande partie de ses décisions sont susceptibles de recours gracieux devant le ministre compétent. Dès lors, la C.N.E. n'est plus fonctionnellement indépendante, mais bien soumise au contrôle de son ministère de rattachement. En dernier lieu, il faut souligner que ces exemples amènent, entre autres, la Commission européenne à

⁵⁹² Lombard M. : « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 2005, p. 531.

⁵⁹³ En ce sens, CE, ass. gén., avis, 8 septembre 2005, n° 371558, précité.

⁵⁹⁴ Sur ce point, voir *supra* p. 338 et s.

être particulièrement inquiète du non-respect du principe de l'indépendance des ARI dans les Etats membres⁵⁹⁵. En effet, selon elle, « les A.R.N. doivent être indépendantes de tous intérêts commerciaux ou autres. Elles doivent également être dotées de tous les pouvoirs stipulés dans le cadre réglementaire, et être en mesure de les exercer sans interférence extérieure »⁵⁹⁶.

1 Un encadrement directif

Au Royaume-Uni, rien dans les textes constitutifs ne permet de dire que le principe de non subordination est envisagé. De plus, les régimes sont assez différents. En effet, OFCom et Postcom sont réputés agir au nom de la Couronne, ce qui n'est pas le cas de GEMA. Cette distinction place les autorités britanniques en charge de la régulation des marchés des communications électroniques et des postes dans une situation présumée de subordination ou même de dépendance, qui correspond d'ailleurs avec l'ensemble des dispositions de leurs statuts. Par exemple, alors même qu'il n'a pas valeur de droit positif, le Code de conduite d'OFCom précise que : « exclusion faite des cas où le *Secretary of State* a un pouvoir de direction sur OFCom, OFCom est indépendant du gouvernement. Cependant, il convient qu'OFCom prenne en compte les objectifs des ministres, mais il serait inconvenant que l'office dirige ses actions sur cette seule considération »⁵⁹⁷. D'autres éléments, cette fois de droit positif, traduisent aussi une certaine forme de subordination de l'ARI par rapport au gouvernement. Par exemple, les articles 90 et 54 de l'*Utilities Act 2000* disposent que l'autorité indépendante élaborera des « *regulations* »⁵⁹⁸ mais ce pouvoir ne sera mis en oeuvre qu'avec le consentement du *Secretary of State*. Cette prise de décision conjointe traduit le consensualisme britannique mais peut aussi amener, en cas de faiblesse du régulateur indépendant, à un réel encadrement de son action par le gouvernement. Dès lors, la légitimité de l'ARI, conquise par son efficacité technique, sera le seul rempart contre l'influence du pouvoir exécutif.

⁵⁹⁵ En ce sens, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 2 décembre 2004, réglementation et marchés des communications électroniques en Europe, (COM (2004) 759 final).

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ Code de conduite, OFCom, « *However, other than the specific cases set out in the Act where the Secretary of State has power of direction to OFCom, OFCom is independant of government. While it is certainly appropriate for OFCom to take account of the views of Ministers, it would be improper for OFCom to direct its actions purely on that basis* », disponible sur <http://www.ofcom.org.uk>. Dans le même sens, le *Postal Services Commission, Constitution and Procedures*, 2 mai 2003, dispose que : « *The Commission can be directed to do certain things by the Secretary of State, principally in the insterest of the national security and in order to ensure that the UK complies with the EC Postal Services Directives* ».

⁵⁹⁸ Il s'agit de la prescription des standards de performance relatifs aux activités de transport de gaz ou de distribution d'électricité. Il en est de même pour les règles relatives aux niveaux de qualité du gaz, article 101 *Utilities Act 2000* (2000, c. 27).

L'encadrement n'est plus présumé, mais plutôt assumé, dans le cas de la *Bundesnetzagentur*. Créée par la loi du 7 juillet 2005, l'entité est qualifiée dans l'article premier d' « autorité supérieure fédérale indépendante »⁵⁹⁹. Cependant, toujours dans le même article, il est précisé qu'elle « relève du ministre de l'économie ». Comment peut-on être indépendant et relever d'un ministre ? Le Professeur Arnold Rainer répond à cette question en écrivant que « le rattachement de ladite Agence fédérale de réseau au ministère de l'économie (...) implique, par principe, la soumission de cette autorité aux ordres du ministère »⁶⁰⁰. Les doutes qui pouvaient subsister s'estompent aussi à la lecture de la loi du 13 juillet 2005 sur l'alimentation en gaz, en électricité, et relative à la garantie d'approvisionnement (EnWG 2005)⁶⁰¹, qui dispose dans son paragraphe 61 que : « Pour autant que le ministère fédéral de l'économie et du travail donne des instructions générales à l'agence de réseau fédérale, (...) ces instructions doivent être publiées avec une justification dans le journal officiel fédéral »⁶⁰². Mais ce pouvoir n'est pas nouveau, la loi allemande sur les télécommunications du 22 juin 2004 prévoyait déjà que l'ARI instituée par celle-ci se trouvait dans le ressort de compétence du ministre qui pouvait lui adresser des instructions⁶⁰³. Cependant, ces instructions semblent être générales et non particulières puisque, « la publication d'ordres particuliers ne paraît pas raisonnable et, pour cette raison, l'émission des ordres particuliers n'a pas été voulue par le législateur. Mais cette question n'a pas été résolue ni par la jurisprudence ni par la doctrine »⁶⁰⁴.

De plus, l'article 87 alinéa 3, base constitutionnelle sur laquelle se fonde la création de la *Bundesnetzagentur*, fait référence à des « autorités autonomes » (« *selbständige Behörden* »)⁶⁰⁵, mais ne garantit pas sur cette base l'indépendance de l'ARI. Par conséquent, comme le souligne une partie de la doctrine allemande « ce qui est décisif, c'est leur

⁵⁹⁹ Loi sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, du 7 juillet 2005, (« *Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen* ») (Bgb1. I P. 2009).

⁶⁰⁰ Rainer A. : « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 89.

⁶⁰¹ Loi du 13 juillet 2005 sur l'alimentation en gaz, en électricité, et relative à la garantie d'approvisionnement (« *Gesetz über die Elektrizitäts und Gasversorgung Energiewirtschaftsgesetz* ») (Bgb1., I P. en 1970 (3621)).

⁶⁰² Traduction partielle et libre de : « *Soweit das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit der Bundesnetzagentur allgemeine Weisungen für den Erlass oder die Unterlassung von Verfügungen nach diesem Gesetz erteilt, sind diese Weisungen mit Begründung im Bundesanzeiger zu veröffentlichen* », loi du 13 juillet 2005, sur l'alimentation en gaz, en électricité, et relative à la garantie d'approvisionnement, préc., paragraphe 61.

⁶⁰³ Loi du 22 juin 2004 sur les télécommunications (« *Telekommunikationsgesetz* ») (TGK)) (Bgb1. I P. 1190), article 117. Voir aussi sur ce point : Marcou G. : « La notion juridique de régulation », précité, p. 347, spéc. p. 348 et 351.

⁶⁰⁴ En ce sens, Rainer A. : « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 89.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

rattachement à la hiérarchie ministérielle et ainsi leur soumission aux ordres du ministre »⁶⁰⁶. La mise en pratique de cette soumission est rare mais existe quand même. En témoigne le premier ordre émanant du Ministre de l'économie publié en avril 2000 dans le domaine postal⁶⁰⁷.

Si le ministre peut adresser des instructions générales à la *Bundesnetzagentur*, il est légitime de s'interroger sur la teneur de l'indépendance fonctionnelle outre-rhin. Cependant, répondant à une question écrite sur ce sujet, la Commission estime en substance que si le ministère adressant des instructions à l'autorité de régulation, n'est pas le même que celui responsable de la part de l'Etat détenue dans Deutsche Telekom, et que ce dernier n'a « aucune possibilité d'influer sur les décisions de l'A.R.N. », dès lors, le principe de l'indépendance n'est pas violé⁶⁰⁸. La Commission n'apprécie donc pas le fait que les ministres font partie du même gouvernement. La question reste celle de savoir si cette réponse, donnée en 1998, est encore d'actualité.

Si certains Etats membres voient par conséquent leurs ARI encadrées politiquement par des orientations ministérielles, d'autres connaissent un encadrement juridique qui traduit, à des degrés divers, une subordination effective des actes de l'ARI à la décision du gouvernement.

2 Un encadrement correctif

Le premier cas d'encadrement correctif de l'activité de l'ARI peut être relevé en France au sujet de l'ARCEP. En effet, l'article L. 36-6 du C.P.C.E. dispose que le régulateur indépendant précise les règles concernant certains domaines et ajoute que les décisions prises en application de ce même article « sont après homologation par arrêté du ministre chargé des communications électroniques, publiées au Journal officiel »⁶⁰⁹. Par conséquent, le pouvoir réglementaire ainsi conféré à l'ARCEP doit, pour pouvoir devenir opposable, passer par une homologation ministérielle. L'homologation peut avoir une double signification. Elle peut en premier lieu être une simple formalité pour que l'acte normatif à caractère général soit

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ Ordre du Ministre de l'économie relatif au secteur de la poste publié dans le *Bundesanzeiger*, n° 69, du 7 avril 2000, cité dans : Rainer A. : « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », préc., p. 89.

⁶⁰⁸ Question écrite n° 3977/98 de W.G. Van Velzen, Telecommunications (J.O.C.E., n° C 289, du 11 octobre 1999, p. 107).

⁶⁰⁹ Article L 36-6 du C.P.C.E.

opposable aux tiers après publication. Elle peut aussi, en deuxième lieu, être le moyen, pour le ministre compétent, d'accepter ou de rejeter l'acte émis par l'ARCEP. Cette homologation reste donc confinée dans une dichotomie de l'acceptation ou du refus, car le ministre ne peut en aucun cas réformer l'acte. En ce sens, elle s'avère assez formelle, mais elle reste quand même la démonstration d'une indépendance relative du pouvoir du régulateur français des communications électroniques. Ainsi, l'homologation apparaît comme la manifestation par excellence de la subsidiarité⁶¹⁰ et de la subordination du pouvoir réglementaire de l'ARCEP. Cependant, elle doit, en pratique, être appréciée à sa juste valeur. Comme le souligne André Delion, cette habilitation ministérielle reste très formelle, car « si elle a très exceptionnellement permis des mises au point, elle n'a jamais été refusée »⁶¹¹. Mais l'absence d'indépendance fonctionnelle doit-elle se mesurer en pratique ou doit-elle être évaluée à la lumière des pouvoirs que le gouvernement est susceptible, aujourd'hui ou demain, de mettre en oeuvre ? Dans ce dernier cas, il est possible d'imaginer une paralysie complète du pouvoir réglementaire des ARI si jamais le ministre compétent s'obstine à refuser toute homologation. Ceci d'autant plus qu'aucune procédure de règlement de ce type de conflits n'est prévue dans les textes. Dès lors, si l'ARCEP perd la confiance que le gouvernement lui octroie, celle-ci ne peut plus exercer son pouvoir réglementaire. Le législateur devrait réfléchir, d'ores et déjà, à une solution pour ce cas de figure, qui pourrait prendre la forme d'un arbitrage devant la représentation populaire.

Le deuxième cas d'encadrement correctif de l'activité de l'ARI a un degré beaucoup plus élevé dans l'échelle de la subordination hiérarchique. Il en est ainsi de la C.N.E. en Espagne. Cette autorité supposée indépendante voit pour certains de ses actes la possibilité d'un recours administratif devant le ministre responsable dans le délai d'un mois. Il en est ainsi, par exemple, des décisions de règlement des différends, des décisions d'investigations et de la plus grande partie des fonctions exécutives⁶¹². Dès 1994, lors de la création de la première autorité de régulation indépendante du secteur électrique en Espagne, la *Ley de ordenación del sistema eléctrico nacional*⁶¹³ prévoyait que toutes les décisions de la C.N.S.E. (*Comisión Nacional del Sector Eléctrico*) étaient susceptibles de recours devant le Ministre de

⁶¹⁰ Sur le caractère subsidiaire du pouvoir réglementaire des ARI françaises, voir *infra* p. 410.

⁶¹¹ Delion A. : « Notion de régulation et droit de l'économie », in *Annales de la Régulation*, Volume I (2006), Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, L.G.D.J., 2006, p. 28. Pour relativiser cette affirmation, Jean Marimbert évoque les « désaccords ponctuels, dont certains ont pu s'avérer lourds de conséquences sur l'évolution du marché, en particulier l'homologation ministérielle prononcée en 1999 pour les tarifs des nouveaux services ADSL de France Télécom », in Marimbert J. : « L'autorité de régulation des télécommunications », *C.J.E.G.*, n° 582, décembre 2001, p. 466.

⁶¹² Hernández J.-C. : « *Regulación y competencia en el sector eléctrico* », editorial Aranzadi, 2005, p. 165.

⁶¹³ *Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional* (LOSEN), (BOE, n° 313, du 31 décembre 1994).

l'industrie et de l'énergie⁶¹⁴. Cette disposition a été partiellement atténuée par la loi de 1997, puisque le règlement des différends dans le domaine de la gestion technique et économique du système de transport en est exclu, tout comme les actes réglementaires relatifs à la fourniture d'informations. Cependant, elle garde une portée conséquente puisqu'il reste des mesures susceptibles de faire l'objet d'un recours qualifié en Espagne d'« ordinaire », ce qui correspond au recours gracieux français, devant le ministre compétent⁶¹⁵. Celui-ci peut donc substituer sa propre décision à celle de la C.N.E. Certains ont pu considérer que l'évolution législative traduit une « avancée vers l'indépendance »⁶¹⁶ puisque deux cas sont exclus de la règle du recours gracieux. Néanmoins, il s'agit, en l'état, de la forme la plus explicite de subordination hiérarchique vis-à-vis du gouvernement. Faut-il rappeler que le Ministre de l'industrie et de l'énergie peut aussi assister aux réunions de la C.N.E.⁶¹⁷ ? Les pouvoirs de la C.N.E. sont juridiquement encadrés et il est donc impossible, pour cette institution, de parler d'indépendance fonctionnelle.

Cette subordination fonctionnelle est complétée, pour la C.N.E.⁶¹⁸, par le fait qu'elle est rattachée au Ministère de l'industrie et de l'énergie qui exerce un contrôle de l'efficacité sur son activité. Le premier paragraphe de la onzième disposition additionnelle de la loi de 1998⁶¹⁹ prévoit cette procédure de contrôle de l'efficacité de l'activité de la C.N.E. qui est qualifiée par la doctrine espagnole de « sérieuse limitation de l'indépendance »⁶²⁰. En effet, si le principe même de la reddition de comptes ou d'un contrôle de l'efficacité de l'activité des ARI est salubre, notamment pour faire progresser le système de régulation et optimiser l'action de ces entités, celui-ci ne peut pas, eu égard au principe de l'indépendance fonctionnelle des ARI, être exercé par le gouvernement⁶²¹.

⁶¹⁴ « *Las decisiones de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional como ente regulador del funcionamiento de dicho Sistema serán susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Industria y Energía* », article 8, alinéa 3, *Ley 40/1994, de 30 de diciembre*, précitée ; voir aussi sur ce point : Quadra-Saludo T., del Castillo F., dir.: « *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones* », Cuadernos de derecho judicial, Madrid 2003, p. 65.

⁶¹⁵ Onzième disposition additionnelle, alinéa 3, paragraphe 5, *Ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

⁶¹⁶ Serrano González M.: « *Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación* », in « *Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años de experiencia* », editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, p. 401.

⁶¹⁷ « *El Ministro de energía, el Secretario de Estado de energía y recursos minerales, o alto cargo del ministerio en quien deleguen, podrán asistir a las reuniones del Consejo de administración, con voz pero sin voto, cuando lo juzguen preciso a la vista de los asuntos incluidos en el correspondiente orden del día* », alinéa 3, onzième disposition additionnelle, *Ley 34/1998 de 7 de octubre*, préc. Sur ce point, voir *supra* p. 346.

⁶¹⁸ La C.M.T. n'est pas soumise à ce contrôle d'efficacité, en ce sens : Hernández J.-C.: « *Regulación y competencia en el sector eléctrico* », editorial Aranzadi, 2005, p. 166.

⁶¹⁹ *Ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

⁶²⁰ Hernández J.-C.: « *Regulación y competencia en el sector eléctrico* », précité, p. 166. L'auteur ajoute dans le même sens que cette disposition « affecte directement l'indépendance fonctionnelle de la C.N.E. ».

⁶²¹ En ce sens, une proposition d'organisation de la reddition de comptes devant les chambres au chapitre suivant. Voir *infra* p. 454 et s.

Dès lors, l'accumulation du recours gracieux contre les actes de la C.N.E., de la possible participation du Ministre à ses réunions, et du contrôle de l'efficacité de son activité, la place dans une position de subordination par rapport au gouvernement. Cet exemple est le plus lourd de conséquences au regard de l'indépendance fonctionnelle, mais les cas précités de l'ARCEP, des régulateurs britanniques et allemands sont aussi, dans une moindre mesure, des manifestations de l'encadrement de l'activité des régulateurs indépendants que condamne la Commission européenne.

3 La condamnation communautaire de cet encadrement fonctionnel

L'ensemble de ces éléments d'encadrement alimente les inquiétudes de la Commission européenne sur l'indépendance fonctionnelle des A.R.N. dans les Etats membres⁶²². En effet, celle-ci, dans ses rapports relatifs à la mise en oeuvre de la réglementation relative aux télécommunications, adresse à l'ensemble des Etats membres des remontrances récurrentes sur le niveau d'indépendance octroyé aux régulateurs de réseaux. Dans son rapport pour l'année 2000, elle relève pour la France que « le même ministère est responsable des participations de l'Etat [dans l'opérateur historique] et des fonctions de réglementation »⁶²³. Plus récemment, son dixième rapport mérite une attention toute particulière. Il mentionne en effet que « la Commission est particulièrement inquiète du non-respect des principes d'indépendance et d'impartialité dans l'ensemble des vingt-cinq Etats membres. (...) Font également l'objet d'inquiétude dans certains pays les limites apportées à l'action des A.R.N. pour imposer les obligations réglementaires appropriées à la lumière de leurs analyses de marché. Cela peut apparaître, par exemple, lorsque les ministères interviennent en donnant des instructions ou des orientations affectant les décisions réglementaires des A.R.N. Dans certains cas, c'est davantage la législation nationale qui est en cause lorsqu'elle limite la discrétion du régulateur pour réguler le marché. Cela peut prendre la forme d'une limitation des obligations réglementaires à la disposition des A.R.N., ou de l'imposition par la législation de critères excessifs pour l'imposition des exigences réglementaires. Même là où

⁶²² La Commission désigne certains Etats membres en évoquant « une limitation possible des compétences de l'ARN en Irlande, à Malte et aux Pays-Bas en raison d'instructions publiées par le ministère responsable », in Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 20 février 2006, réglementation et marchés des communications électroniques en Europe, (COM (2006) 68 final).

⁶²³ Sixième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, (COM (2000) 814 final), du 7 décembre 2000, précité.

la loi nationale confère tous les pouvoirs à l'A.R.N., il existe des cas où la concurrence effective est empêchée par le manque de mise en œuvre des décisions de l'A.R.N. »⁶²⁴.

La Commission relève donc deux types d'encadrements de l'activité des régulateurs indépendants. En premier lieu, l'encadrement explicite qui réside dans la possibilité pour le ministre, comme en Allemagne ou en Espagne pour la C.N.E.⁶²⁵, d'adresser des instructions ou de réformer les décisions de l'ARI. En second lieu, elle relève une façon implicite d'encadrer les pouvoirs décisionnels de l'ARI. Celle-ci est le fait du législateur qui a volontairement limité la discrétion de l'ARI en imposant des critères très stricts pour que le régulateur indépendant puisse mettre en œuvre sa compétence décisionnelle. L'encadrement excessif des compétences du régulateur implique donc une diminution de sa marge de manoeuvre et renverse le rapport de forces établi entre l'ARI et le ministre compétent à l'avantage du second. Comme le soulignait le Professeur Ariño Ortiz, pour le cas espagnol, « une *Comisión Nacional de Energía* est créée, pour autant, le ministère de l'énergie reste le régulateur »⁶²⁶. Une partie de la doctrine française va dans le même sens en affirmant que « la CRE prend parfois des airs de "Géant aux petits pieds", tant la fonction qui lui est dévolue est parfois accessoire par rapport aux compétences ministérielles »⁶²⁷. Dès lors, qu'il s'agisse d'un encadrement fonctionnel explicite ou d'une réduction de la marge de manoeuvre des ARI par des critères trop stricts de mise en œuvre de leurs pouvoirs, la conclusion reste qu'une partie des ARI étudiées est soumise à un encadrement effectif de la part du pouvoir exécutif.

Le Groupe des régulateurs européens de l'électricité et du gaz (connu sous sa dénomination anglaise : *European Regulatory Group on Electricity and Gas*, ERGEG)⁶²⁸

⁶²⁴ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 2 décembre 2004, réglementation et marchés des communications électroniques en Europe, (COM (2004) 759 final). Sur le manque de mise en œuvre des décisions de l'ARN, voir les propos d'Hervé Castelnau sur l'absence d'exécution, de la part de France Télécom, d'une décision de règlement de différend rendue par l'A.R.T., in Castelnau H. : « L'Autorité de régulation : des décisions vraiment exécutoires ? », La Lettre des télécommunications, 13 mai 2002, n° 99, p. 24.

⁶²⁵ En ce sens, la Commission dénonce d'une part, les instructions que le ministre peut adresser à la *Bundesnetzagentur*, et d'autre part le manque d'indépendance de la C.N.E., notamment lorsque le gouvernement lui octroie, par un décret des pouvoirs extraordinaires pour surveiller l'acquisition d'Endesa par E.ON, in *Commission Staff Working Document accompanying document to the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, prospects for the internal gas and electricity market* (COM (2006) 841 final), *Implementation Report*, 10 janvier 2007, SEC(2006)1709, p. 30 et 59.

⁶²⁶ Ariño Ortiz G. : « *Principios de derecho público económico* », Tercera edición ampliada, editorial Comares, 2004, p. 754.

⁶²⁷ En ce sens, Puy-Montbrun G., Martor B. : « La Commission de Régulation de l'Electricité », *L.P.A.*, du 14 janvier 2000, n° 10, p. 11.

⁶²⁸ Le Groupe des régulateurs européens de l'électricité et du gaz a été créé par la décision de la Commission, du 11 novembre 2003, instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, (J.O.U.E., n° L 296, du 14 novembre 2003, p. 34), voir *infra* p. 696 et s.

réclame aussi un minimum d'indépendance par rapport aux ingérences politiques. Son rapport du 6 décembre 2006 cite les Etats membres où les décisions des régulateurs sont encore soumises au contrôle politique⁶²⁹. La France, l'Italie, l'Espagne et l'Allemagne sont montrées du doigt dans ce rapport comme ne garantissant pas un degré d'indépendance suffisant, notamment du fait du pouvoir du ministre d'approuver, de rejeter ou de modifier les décisions des régulateurs⁶³⁰.

Les inquiétudes des instances communautaires apparaissent parfois fondées. En effet, l'ingérence politique n'est pas uniquement théorique et peut prendre des proportions très gênantes. En témoigne une affaire récente en Espagne qui a alerté les médias⁶³¹. Le président démissionnaire de la *Comisión Nacional del Mercado de Valores* a accusé devant les chambres son ancien vice-président de « servir de courroie de transmission entre l'autorité et le gouvernement »⁶³². En effet, tout en demandant devant le Congrès, le 24 avril 2007, la démission de son numéro deux, il a insinué que celui-ci manquait d'indépendance. Concrètement, il l'a accusé de manoeuvrer avec le gouvernement pour évincer de son poste le plus haut responsable de la banque B.B.V.A. (*Banco Bilbao Vizcaya Alava*). Si, pour l'instant, l'affaire reste en suspend pour manque de preuves, elle démontre cependant que le comportement des commissaires doit être fermement encadré, tout au moins pour dissuader de tels agissements⁶³³. Ce dernier élément n'est pas facilité par les textes nationaux qui confient les fonctions de régulation à la fois au ministre compétent et à l'autorité de régulation indépendante, ce qui amène à une situation d'enchevêtrement des compétences de régulation, néfaste à l'heure actuelle, pour les acteurs du marché⁶³⁴. Mais ce qu'il faut retenir de cette expérience c'est le fait que le président de la C.N.M.V. ait dénoncé la tentative d'influence devant le Congrès espagnol. Pourquoi ne pas le faire devant les médias, ce qui aurait pu avoir un retentissement plus rapide ? L'explication réside sûrement dans l'idée que les chambres

⁶²⁹ ERGEG, « *Compatibility of national legal conditions concerning regulatory competences* », du 6 décembre 2006, E06-REM-08-03, p. 8. Le groupe des régulateurs européens de l'électricité et du gaz a envoyé cet avis formel à la Commission européenne le 8 décembre 2006. Il se compose de 26 rapports nationaux, du rapport de l'ERGEG sur le développement du marché européen de l'énergie 2006 et du rapport sur la compatibilité des conditions juridiques nationales relatives aux compétences en matière de réglementation. Voir : Belin H. : « Les régulateurs relèvent l'existence de problèmes graves », *Europolitique*, mardi 12 décembre 2006, n° 3208, p. 10.

⁶³⁰ G.R.E.E.G., *Compatibility of national legal conditions concerning regulatory competences*, E06-REM-08-03, 6 décembre 2006, p. 8.

⁶³¹ Voir, *El Correo, edición empresa*, 5 et 8 mai 2007. De même, *Diario de Córdoba*, 11 juin 2007. Selon ces journaux, le vice-président aurait favorisé certaines entreprises suite à l'invitation à un déjeuner d'une valeur de 1429 Euros.

⁶³² Voir, *El Correo, edición empresa*, 5 et 8 mai 2007.

⁶³³ D'autres affaires semblables ont été relevées en Espagne dans : Cuchillo M. : « Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 114.

⁶³⁴ En ce sens, sixième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, (COM (2000) 814 final), du 7 décembre 2000, précité.

bénéficient d'une légitimité électorale incontestable. Dès lors, elles sont les seuls organes de l'Etat aptes à pouvoir exercer un contrôle démocratique sur l'activité des ARI. Cette procédure, si elle est organisée, n'apparaît pas suffisante dans les Etats membres évoqués. Cette affaire n'est malheureusement pas la seule. En 1998, après qu'un commissaire de la CONSOB eut quitté le parti de la majorité auquel il appartenait, son président est parvenu à le convaincre de démissionner afin de le remplacer⁶³⁵. Dans le domaine des services publics, en Espagne, des procédures ont été engagées contre des membres de la C.N.E. L'affaire porte sur des indemnités attribuées par le régulateur aux entreprises qui avaient des contrats exclusifs d'exploitation et de distribution d'énergie électrique, pour compenser les pertes économiques résultant de l'application du droit communautaire⁶³⁶. La capture n'est plus ici le fait du gouvernement, mais du secteur régulé.

Pour conclure, il résulte de l'étude qu'une grande majorité des ARI étudiées connaissent, à des degrés plus ou moins élevés, un encadrement de leur activité par les gouvernements. Ceci démontre la relativité de l'indépendance fonctionnelle. Cependant, si celle-ci est relative, elle existe quand même. Dès lors, l'indépendance, qu'elle soit théorique ou pratique, va avoir une influence notable dans l'octroi de pouvoirs conséquents aux ARI. En effet, les législateurs nationaux, prenant parfois appui sur leurs règles constitutionnelles, n'ont pas voulu confier trop de pouvoirs à des entités théoriquement indépendantes du gouvernement. Ils n'ont donc pas poussé la logique communautaire jusqu'à son terme et n'ont confié que des pouvoirs limités aux ARI dans le domaine de la régulation des services publics organisés en réseaux.

⁶³⁵ Voir : Della Cananea G. : « La réglementation des services publics en Italie », *RISA*, vol. 68, 1/2002, p. 98.

⁶³⁶ Cuchillo M. : « Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 108.

Section II : Les pouvoirs limités des ARI

Les ARI ne bénéficiant pas d'une réelle indépendance fonctionnelle dans l'ensemble des Etats membres, il eût été concevable que celles-ci disposent de l'ensemble des pouvoirs que les directives de libéralisation leur ont octroyées. Cependant, les Etats membres, profitant du fait que celles-ci ouvraient la possibilité de nommer une ou plusieurs Autorités de régulation nationales, ont réparti les compétences de régulation en faveur du Gouvernement. Deux raisons essentielles à cela, les dispositions constitutionnelles des Etats membres ne permettraient pas de confier de réelles compétences réglementaires à des entités organiquement indépendantes, et les législateurs nationaux n'ont pas voulu déposséder le pouvoir réglementaire au profit d'un régulateur indépendant. Ainsi il apparaît que les régulateurs indépendants disposent d'assez peu de pouvoirs pour réguler les réseaux de services publics. Cependant, l'étude des pouvoirs des ARI démontre une dichotomie entre ceux-ci. En premier lieu, les pouvoirs administratifs classiques qui leur ont été octroyés sont très restreints dans la mesure où l'indépendance organique empêche, dans une certaine mesure, l'exercice de ces prérogatives. Par conséquent, celles-ci disposent de pouvoirs dans un domaine de compétences restreint, mais pas dans le domaine général de la régulation des réseaux. En second lieu, les ARI disposent de pouvoirs quasi-juridictionnels un peu plus étendus. La raison réside dans la circonstance que les ARI, du fait de leur indépendance, sont légitimes pour exercer ces pouvoirs. En effet, leur composition et leur indépendance, comparables dans une certaine mesure à celles des juridictions, n'ont pas été un obstacle mais plutôt une justification pour leur confier des pouvoirs quasi-juridictionnels. Par conséquent, l'indépendance théorique implique que les ARI disposent de pouvoirs administratifs classiques assez restreints (§1), alors qu'elles bénéficient de pouvoirs quasi-juridictionnels un peu plus étendus (§2).

§1 Des pouvoirs administratifs classiques restreints

Les autorités de régulation indépendantes sont dotées de pouvoirs administratifs classiques selon diverses modalités. En premier lieu, elles peuvent participer au travail gouvernemental par le biais de la consultation. En second lieu, dans la limite des dispositions

constitutionnelles des Etats membres, elles sont dotées d'un pouvoir réglementaire et peuvent prendre des décisions individuelles sur des thèmes déterminés par le législateur.

Tout d'abord les compétences consultatives des ARI révèlent qu'elles ne sont pas les véritables régulateurs du secteur, mais uniquement une partie de l'ensemble des institutions régulant le secteur (A). En effet, dans le cadre des domaines soumis à consultation, l'autorité qui prend la décision reste maître de ne pas se conformer à l'opinion de l'ARI. Cependant, si cette affirmation est juridiquement fondée, la pratique démontre que l'attitude de l'autorité administrative compétente en dernier lieu pour prendre la décision varie en fonction de la légitimité technique de l'ARI. Si celle-ci dispose d'une profonde connaissance du secteur à réguler, elle a, par le biais de la consultation, un ascendant sur l'autorité gouvernementale compétente et ses pouvoirs consultatifs seront influents. Dans le cas contraire, son pouvoir de consultation n'aura pas assez de poids. Cependant, en ayant une vision strictement juridique de ce type de pouvoirs, il faut souligner qu'ils témoignent de la place restreinte laissée à l'autorité indépendante dans la régulation du marché correspondant.

Ensuite, leur pouvoir normatif est aussi relativement limité (B). Les règles constitutionnelles des Etats membres ont contribué à encadrer le pouvoir réglementaire, mais c'est le législateur qui, à dessein, n'a pas voulu confier trop de pouvoirs pour édicter des normes générales et impersonnelles aux régulateurs indépendants. Si certains d'entre eux détiennent une marge de manoeuvre assez étendue, elle est limitée par la possibilité, pour le ministre compétent, de participer à ce pouvoir, comme au Royaume-Uni, ou d'homologuer les actes, comme en France pour l'ARCEP⁶³⁷. Enfin, les régulateurs disposent d'un pouvoir de décision individuelle, mais il reste limité à des domaines techniques. Il est aussi possible d'observer une complète hétérogénéité entre les pouvoirs décisionnels des différentes ARI évoquées.

Dès lors, ces éléments permettent d'entrevoir l'influence de l'indépendance affichée des régulateurs de réseaux sur l'octroi de pouvoirs aux ARI. L'indépendance empêche, en effet, de leur confier trop de pouvoirs administratifs classiques. De plus, s'il est possible d'affirmer que certaines ARI sont indépendantes dans le domaine de compétences que le législateur leur a octroyées, l'idée selon laquelle l'entité serait indépendante sur le champ de la régulation des services publics organisés en réseaux n'est pas vérifiée.

⁶³⁷ Sur ce point, voir *supra* p. 384 et s.

A La simple participation au pouvoir normatif du gouvernement, témoignage de la place restreinte accordée aux ARI

La participation au pouvoir normatif du gouvernement peut être interprétée comme le témoignage de la place restreinte laissée au régulateur indépendant dans ce domaine⁶³⁸. Tous les régulateurs indépendants des Etats membres sont consultés par les autorités gouvernementales responsables, avant que celles-ci ne prennent certaines mesures. Cependant, il existe des consultations plus contraignantes que d'autres. En s'appuyant sur le vocabulaire utilisé en France, il est possible d'observer en premier lieu les avis. Adressés conformément à la réglementation des télécommunications, des postes ou de l'énergie, ils ont pour objectif d'informer techniquement le gouvernement de la position de l'autorité indépendante sur tel ou tel point. L'autorité compétente n'est pas liée par l'avis, si ce n'est par l'influence morale qu'il peut avoir sur sa décision finale⁶³⁹. Elle peut en modifier la substance, ou ne pas en tenir compte. Cependant, en cas de répétition trop fréquente de ce dernier cas, le lien de « confiance » et la légitimité technique de l'autorité seront mis en cause. En second lieu, l'autre technique de participation au travail gouvernemental réside dans les propositions. Celles-ci ont un effet contraignant un peu plus important que les avis : l'autorité qui a consulté ne peut qu'accepter la proposition de l'ARI ou la rejeter. Aucune modulation ou adaptation n'est autorisée. En cas de rejet, plusieurs solutions sont envisagées par les Etats membres.

Cependant, tous les régulateurs indépendants, objets de l'étude, ne sont pas dotés des deux types de pouvoirs consultatifs. En effet, les régulateurs espagnols ne sont consultés que par le biais d'« *informes* », facultatifs ou obligatoires, qui ne lient le demandeur que selon les modalités de l'avis⁶⁴⁰. Cet élément conduit la doctrine à considérer que lorsqu'un « *informe* » obligatoire est émis, le gouvernement ne devrait pouvoir s'en détacher qu'en motivant les raisons de son choix, mais ce n'est pour l'instant pas le cas en pratique⁶⁴¹. L'adoption en

⁶³⁸ Cette participation restreinte est cependant prévue par le droit communautaire, par exemple à l'article 23 alinéa 3 de la directive 2003/54/CE, (préc.) : « Les Etats membres peuvent prévoir que les autorités de régulation soumettent à l'organe compétent de l'Etat membres, en vue d'une décision formelle, les tarifs ou au moins les méthodologies visées dans ce paragraphe (...). L'organe compétent a, dans un tel cas, le pouvoir d'approuver ou de rejeter la proposition de décision qui lui est soumis par l'autorité de régulation ».

⁶³⁹ Sur ce thème, voir : Jeanneney P.-A. : « Le régulateur producteur de droit », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 44.

⁶⁴⁰ Voir en ce sens, l'article 48, alinéa 3, h), de la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003). Pour la C.N.E., onzième disposition additionnelle, alinéa 2, *Ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

⁶⁴¹ En ce sens, Hernández J.-C. : « *Regulación y competencia en el sector eléctrico* », précité, p. 167.

Espagne de la technique de la proposition, comme en France, au Royaume-Uni et en Italie, pourrait être une piste à explorer pour renforcer le pouvoir consultatif des ARI.

Au-delà de la consultation prévue par les textes, les ARI ont profité de la combinaison de l'élément relatif à l'évolution rapide du marché et de celui du manque de précision des textes, pour s'octroyer la faculté d'édicter des « recommandations ». Elles sont décrites comme une participation au pouvoir normatif du gouvernement puisqu'elles viennent, si elles sont régulièrement utilisées, préciser la mise en oeuvre pratique des textes. Cependant, leur portée s'avère beaucoup plus large que la simple interprétation conforme du droit en vigueur⁶⁴². Ces actes informels vont bénéficier, si l'autorité est considérée comme légitime et compétente dans son champ d'action, d'une autorité « quasi-réglementaire ». En effet, venant pallier les lacunes du droit positif, donc intervenant sur un domaine vierge, ces actes disposeront d'une grande influence sur les opérateurs du marché. Ceci est d'autant plus vrai que l'autorité qui les édicte est potentiellement chargée de les faire respecter. Ils deviennent dès lors contraignants « de fait », mais en marge de tout contrôle juridictionnel, car le juge ne reconnaît pas leur normativité⁶⁴³.

Dès lors, trois types d'actes participent au pouvoir normatif du gouvernement. Les deux premiers sont prévus dans les textes législatifs relatifs aux domaines régulés, il s'agit des avis et des propositions. Le dernier est informel et n'a de valeur que celle que le secteur régulé lui donne, il s'agit des recommandations.

1 Les avis, actes indicatifs

L'avis, en tant qu'élément de la procédure d'élaboration des décisions gouvernementales relève de la technique de l'incitation. En effet, sur des domaines spécifiques, le législateur n'a pas voulu transmettre la compétence exclusive à l'autorité indépendante, mais n'a pas entendu non plus l'exclure du processus décisionnel. Dès lors, elle est consultée pour délivrer son propre diagnostic ainsi que ses positions sur des domaines très variés. Les avis peuvent, par exemple, porter sur les nouvelles dispositions à mettre en oeuvre

⁶⁴² D'autant plus que les recommandations ne portent pas que sur les textes réglementaires, mais aussi sur les actes législatifs, voir même en l'absence ou en prévision d'un texte à venir. Sur ces points, voir *infra* p. 398 et s.

⁶⁴³ En ce sens, Collet M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, thèse, bibliothèque de droit public, tome 233, L.G.D.J., 2003, p. 220.

pour s'adapter à l'évolution technologique⁶⁴⁴, les projets de loi relatifs au secteur régulé⁶⁴⁵, la désignation d'un candidat au cours d'une procédure d'appel d'offres⁶⁴⁶, ou des éléments relatifs à la continuité du service public comme le nombre nécessaire et la localisation des bureaux de poste⁶⁴⁷.

L'observation de l'avis est importante dans la mesure où elle traduit un pouvoir assez flou, entre opinion et décision. En effet, plus l'expertise de l'autorité est respectée dans son champ de compétences et plus son avis sera pris en compte. Cet élément est amplifié dans la mesure où les avis sont généralement publiés et motivés⁶⁴⁸. L'application du principe de transparence décuple ainsi le retentissement de l'avis, dans la mesure où il est porté à la connaissance du public et que la motivation implique une argumentation dont les autorités compétentes, en cas de non prise en compte, auront du mal à se défaire. Au contraire, l'avis peut uniquement rester confiné dans un statut de passage procédural obligatoire sans aucune influence contraignante. Si la proposition lie son destinataire quant au choix entre l'adoption ou le rejet en bloc, l'avis a l'avantage d'un caractère contraignant qui évolue au gré de la capacité de conviction de son auteur. Dès lors, l'interprétation minutieuse des avis des autorités de régulation aurait cet intérêt sociologique de démontrer à quel point le gouvernement s'appuie et respecte le diagnostic technique des ARI, et apporterait des renseignements sur la capacité de l'ARI à fonder sa propre légitimité. Les propositions, quant à elles, peuvent amener plus rapidement les relations entre le gouvernement et l'autorité de régulation dans le domaine du conflictuel.

⁶⁴⁴ Par exemple, Article 2, alinéa 12, paragraphe a), loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée. De même, la C.N.E. agit comme organe consultatif de l'administration en matière énergétique, elle participe, par le biais de propositions ou d'avis, au processus d'élaboration des dispositions d'ordre général qui affectent le marché énergétique, onzième disposition additionnelle, alinéa 3, paragraphe 1, *Ley 34/1998 de 7 de octubre*, précitée.

⁶⁴⁵ En France, dans le domaine des communications électroniques et des postes, article L 36-5 du C.P.C.E.

⁶⁴⁶ Article 8, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, (préc.), telle que révisée par la loi n° 2003-8, du 3 janvier 2003, relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (J.O.R.F. n° 3, du 4 janvier 2003, p. 265) : « lorsque les capacités de production ne répondent pas aux objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements, notamment ceux concernant les techniques de production et la localisation géographique des installations, le ministre chargé de l'énergie peut recourir à la procédure d'appel d'offres. (...)Après avoir recueilli l'avis motivé de la Commission de régulation de l'électricité, le ministre chargé de l'énergie désigne le ou les candidats retenus à la suite d'un appel d'offres ».

⁶⁴⁷ *Postal Services Act 2000* (2000 c. 26), Partie III, article 42.

⁶⁴⁸ Par exemple, article 32, Loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143), telle que modifiée par la loi n° 2003-8, du 3 janvier 2003, relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (J.O.R.F. n° 3, du 4 janvier 2003, p. 265) : « Les avis et propositions de la Commission de régulation de l'énergie sont motivés ». Il faut cependant noter la particularité de cet article qui impose la publication de l'avis lorsque l'autorité compétente s'y conforme, mais ne le demande pas en cas contraire. Ceci a pour effet diminuer l'effet contraignant de l'avis et par conséquent le pouvoir de la CRE. De même, l'ARCEP est soumise à trois types d'avis, les avis simples, les avis dont la publication est laissée à la libre discrétion de l'autorité et les avis dont la loi requiert une publication obligatoire, ceci en fonction de l'importance que le législateur attache à l'avis.

2 Les propositions, actes semi-contraignants

Les propositions constituent le deuxième moyen par lequel les autorités de régulation participent au processus normatif du gouvernement. Mais à la différence des avis, les propositions, entendues au sens français du terme, impliquent une certaine contrainte pour les autorités tenues de les solliciter. En effet, une fois la proposition émise, les ministres ne peuvent qu'opter entre son acceptation, en l'état, ou son rejet. Dès lors, si ceux-ci rejettent trop fréquemment la consultation de l'ARI, s'installe entre eux un rapport conflictuel qui a pour effet de délégitimer l'autorité indépendante ou de soupçonner le gouvernement de partialité en faveur de tel ou tel opérateur.

Les Etats membres étudiés tirent des conséquences relativement différentes du rejet des propositions. En premier lieu, le système français donne à la proposition un caractère semi-contraignant. En effet, comme l'a rappelé Christian Bataille dans son rapport présenté devant l'Assemblée nationale lors de la première lecture du projet de loi relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité⁶⁴⁹, le pouvoir de proposition de la CRE ne permet pas à l'autorité destinataire de déroger ou de passer outre ladite proposition, mais ne permet que la mise en oeuvre de la proposition ou la faculté de demander une nouvelle délibération modificative de la proposition initiale.

Cependant, dans le domaine énergétique, certaines propositions ont un pouvoir contraignant relativement plus important. En effet, l'article 4 de la loi du 10 février 2000 dispose, depuis sa modification en 2005⁶⁵⁰, que la décision ministérielle est réputée acquise dès lors qu'aucune opposition n'a été émise dans un délai de deux mois sur la proposition motivée de la CRE⁶⁵¹. Ainsi, cette technique du « silence vaut acceptation » intensifie le caractère contraignant des propositions de l'autorité, tout en améliorant la rapidité de la régulation, élément nécessaire à son efficacité.

⁶⁴⁹ Rapport n° 1371, du 4 février 1999, p. 140.

⁶⁵⁰ Modification introduite par l'article 73 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, de programme fixant les orientations de la politique énergétique (J.O.R.F., n° 163, du 14 juillet 2005, p. 11570).

⁶⁵¹ Loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée, article 4 paragraphe III : « (...) les propositions motivées de tarifs d'utilisation des réseaux de transport et de distribution ainsi que les propositions motivées de tarifs des prestations annexes réalisées sous le monopole des gestionnaires de ces réseaux sont transmises par la Commission de régulation de l'énergie aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie. La décision ministérielle est réputée acquise, sauf opposition de l'un des ministres dans un délai de deux mois suivant la réception des propositions de la commission ».

D'autres procédures rajoutent encore de l'intensité aux effets des propositions. En Italie, le Ministre compétent qui rejette les propositions de l'A.E.E.G. formulées sur la modification des licences individuelles, la définition des conditions techniques et économiques de l'accès et de l'interconnexion des réseaux, ou la suspension des concessions, doit demander une deuxième proposition à l'autorité. S'il refuse aussi la deuxième proposition, il doit l'adresser au Premier ministre qui prend une décision de concert avec le Conseil des ministres, en se détachant de la proposition, selon les termes de la loi, « uniquement pour d'importants motifs d'intérêt général »⁶⁵².

Un dernier type de proposition peut être observé au Royaume-Uni, d'un intérêt tout particulier, puisqu'il fait intervenir les chambres comme organe d'arbitrage entre les vues divergentes du pouvoir exécutif et du régulateur indépendant. En effet, il s'agit de la situation où Postcom émet une « *recommendation* » pour que le *Secretary of State* édicte une décision suspendant l'application de l'article 6 du *Postal Services Act* 2000 établissant la liste des restrictions à la fourniture de services postaux⁶⁵³. Si le *Secretary of State* décide finalement de ne pas édicter cette décision, il doit adresser un rapport à chacune des chambres développant les raisons de sa décision. Les chambres, souveraines, prendront les dispositions nécessaires pour la suite à donner à une telle décision. Par conséquent, une certaine solennité entoure ce procédé, mais il reste cantonné à une dérogation réglementaire de dispositions législatives.

Ainsi les propositions ont un caractère semi-contraignant dans la mesure où elles lient l'autorité réglementaire compétente quant au devenir de l'opinion émise par l'autorité indépendante. Dès lors, les propositions ont un régime très proche des actes réglementaires soumis à homologation⁶⁵⁴. En effet, si l'on compare les propositions de l'ARCEP et les règlements de cette même institution, dans les deux cas, l'acte est soumis à la décision du ministère compétent. Pour la proposition, le ministre a le choix entre l'accepter et édicter une décision reprenant la proposition, ou la rejeter en bloc. Pour les actes réglementaires de l'ARCEP, ceux-ci sont soumis à homologation du ministre qui peut aussi accepter le règlement ou le refuser en bloc⁶⁵⁵. Dès lors, mis à part l'imputabilité de l'acte, les deux sont soumis à la même logique processuelle. Sans l'aval du ministre, l'acte ne rentrera pas dans l'ordre juridique français. Deux conclusions peuvent être tirées, le choix entre l'une ou l'autre

⁶⁵² Article 2, alinéa 13, loi n° 481 du 14 novembre 1995, « *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* » (G.U., n° 270, supplément ordinaire du 18 novembre 1995).

⁶⁵³ Articles 8 et 9, *Postal Services Act* 2000 (2000, c. 26).

⁶⁵⁴ L'ARCEP est la seule ARI dont les actes réglementaires sont soumis à homologation ministérielle.

⁶⁵⁵ Sur ce point, voir *infra* p. 411 et s.

dépendant de la pratique institutionnelle. D'une part, il est possible de considérer que les propositions, tout comme les actes réglementaires de l'ARCEP sont soumis au bon vouloir du gouvernement, ce qui donnerait un caractère relativement peu contraignant à ces actes. D'autre part, et la pratique va dans ce sens, ces deux types d'actes impliquent une part très importante laissée à l'ARCEP dans la « fabrique » du droit des communications électroniques, partant du fait qu'elle dispose d'un diagnostic technique et que les ministres ne discutent que très peu son expertise. Mais, au-delà des actes consultatifs précisant certains points déterminés par le législateur ou le pouvoir exécutif, les ARI ont su saisir l'opportunité, par le biais de recommandations, d'exprimer leurs points de vue sur des thèmes non prévus par les textes.

3 Les recommandations et leur fonction « quasi-réglementaire »

Les recommandations sont l'élément même de l'expression de l'indépendance dans les fonctions des ARI, mais elles traduisent aussi, en tant que palliatif, la faiblesse des pouvoirs normatifs qui leurs sont octroyés par les textes. Que cette faculté ait été prévue par le législateur⁶⁵⁶, ou auto-attribuée dans la pratique⁶⁵⁷, elle se traduit par la diffusion de l'expertise et des souhaits du régulateur sans aucune contrainte extérieure. En effet, les recommandations sont les seuls actes consultatifs qui ne passent pas par le prisme du ministère. Elles ne requièrent pas d'homologation ministérielle, ne sont pas, comme les avis ou propositions, une simple partie du processus décisionnel gouvernemental, mais bien l'expression de la « magistrature morale » de l'autorité. Dès lors, les recommandations atteignent directement le secteur régulé, sans aucune interférence venant amoindrir sa force, elles sont donc qualifiées ici de « quasi-réglementaire » dans la mesure où elles peuvent produire du droit si elles sont respectées.

Les recommandations concrétisent matériellement ce que Jacques Chevallier a décrit comme étant « apparemment exclusif de toute idée de contrainte, [mais] n'en comporte pas moins, pour les destinataires, des effets juridiques parfois comparables à ceux des

⁶⁵⁶ Voir par exemple, section 48, *Electricity Act* 1989 (1989, ch. 29).

⁶⁵⁷ En ce sens, José Vida Fernández considère que « cette activité n'a pas été prévue par la loi générale des télécommunications, par conséquent, il serait désirable de faire mention expresse de cette fonction dans les textes réglementaires, pour l'encadrer, à la vue de l'expérience accumulée jusqu'à présent qui a permis à la C.M.T. d'agir de manière informelle sur les opérateurs du secteur », in García de Enterría E., de la Quadra-Salcedo T. : « *Comentarios a la ley general de telecomunicaciones* », Civitas ediciones, Madrid, 2004, p. 812. Sur les avis de la C.M.T. émis sur initiative propre, voir: LLaneza González P.: « *Nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones* », editorial Bosch, Barcelona, 2002, p. 162.

règlements »⁶⁵⁸. Les commandements juridiques traditionnels, d'autant plus dans des marchés évolutifs et dans lesquels d'importants intérêts financiers sont en jeu, font place à des techniques souples, qualifiées de « droit doux » ou « *soft law* »⁶⁵⁹. Elles indiquent des comportements qu'il serait préférable d'adopter, ou des recommandations qu'il serait bon de respecter. Méthode de régulation incitative *ex ante*, son appréciation « relève davantage d'une investigation sociologique que de l'analyse juridique proprement dite »⁶⁶⁰, cependant, son existence ne peut être mise en doute.

A l'origine, l'utilisation de la technique de « *soft law* » était l'apanage des régulateurs anglo-saxons. Par le biais de « *code of practice* » ou de « *guidelines* », le régulateur au Royaume-Uni a pu faire passer sa doctrine moyennant une régulation proche du secteur régulé. Les premiers sont l'aboutissement d'un processus consensuel. En témoigne la mention des opérateurs signataires des « *code of practice* » à la fin de l'acte. Les seconds relèvent plus de l'incitation ou de l'orientation unilatérale des comportements. Les opérateurs sont sensés tenir compte des « *guidelines* » publiées par le régulateur à l'heure de prendre des décisions sur le thème considéré. Ce type de régulation est extrêmement efficace puisqu'il permet, en douceur, d'orienter le comportement des opérateurs dans un sens acceptable pour le plus grand nombre. Il résulte d'un savant dosage entre les intérêts des opérateurs et des consommateurs. Cependant, et il s'agit de la critique la plus souvent adressée aux régulateurs anglo-saxons, un soupçon de capture pèse toujours sur la relation consensuelle établie entre les autorités indépendantes et les acteurs du marché⁶⁶¹. Mais cet élément dépend de la légitimité accordée au régulateur indépendant. Il n'en reste pas moins que la technique des recommandations s'est propagée dans les autres Etats membres.

Ainsi la CRE a « inventé »⁶⁶² une catégorie de délibérations baptisée « communications de la CRE »⁶⁶³, qui n'a de valeur que celle que l'on reconnaît aux conceptions du régulateur, mais qui, une fois mise en oeuvre, peut s'avérer utile aux opérateurs pour guider leur action⁶⁶⁴. Il suffit, comme l'exprime Marie-Anne Frison-Roche,

⁶⁵⁸ Chevallier J. : *L'Etat post-moderne*, coll. Droit et société, L.G.D.J., 2003, p. 118.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 128.

⁶⁶⁰ Autin J.-L., *Jurisqueleur administratif*, Fasc. 75, Autorités administratives indépendantes, pt. 29.

⁶⁶¹ En ce sens, Isidoro C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en oeuvre*, thèse, Bibliothèque de droit public, tome 242, L.G.D.J., 2006, p. 448.

⁶⁶² Expression employée par Thierry Tuot in Tuot T. : « La loi du 10 février 2000 un an après l'installation de la régulation du marché électrique », *C.J.E.G.*, n° 573, février 2001, p. 54.

⁶⁶³ Selon le rapport 2007 de la CRE, le nombre de communications de la CRE est en augmentation, en effet, 10 communications ont été émises entre juin 2006 et juin 2007, in CRE, *Rapport public 2007*, partie III, p. 137.

⁶⁶⁴ En ce sens : Tuot T. : « La loi du 10 février 2000 un an après l'installation de la régulation du marché électrique », précité, p. 54. Voir aussi l'influence des recommandations dans la mise en oeuvre de la

que l'autorité « formule des observations générales, ou des anticipations, ou des souhaits, pour que le crédit dont elle dispose entraîne le respect de ces formulations générales par les parties prenantes »⁶⁶⁵. L'autorité compétente pour la régulation du domaine des télécommunications adopte aussi des actes sans portée décisionnelle directe, qualifiés par ses soins de « lignes directrices », « recommandations » ou autres positions⁶⁶⁶. Thierry Tuot a décrit le champ de ces pouvoirs. Selon lui, leur caractéristique commune est de traiter de sujets qui ont été soulevés par les opérateurs eux-mêmes, que la loi n'a pas abordés ou incomplètement, qui s'ils n'étaient pas l'objet d'une solution compromettraient durablement le bon fonctionnement du marché, ou que les moyens traditionnels de l'administration ne permettraient pas de traiter avec la même efficacité⁶⁶⁷. Par conséquent, l'objectif de la recommandation est bien de pallier les lacunes de l'appareil de régulation, dans le but de les résoudre avec la rapidité propre au régulateur indépendant.

L'intérêt de ces recommandations est multiple. En premier lieu, elles donnent au secteur régulé une certaine visibilité de la politique que le régulateur indépendant entend mener. De la même manière, elles permettent aux opérateurs de s'adapter rapidement et parfois par anticipation aux réformes à venir. Ensuite, elles peuvent avoir comme objectif de stimuler les acteurs du marché, ce qui peut avoir des retombées commerciales au plus grand bénéfice du consommateur. Enfin, elles ne connaissent pas le désavantage du couple formé par la prescription et la sanction, qui est de moins en moins adapté aux marchés évolutifs. Comme le souligne une partie de la doctrine, « la problématique de la régulation débouche ainsi sur une vision instrumentale du droit, faisant passer au second plan l'idée de commandement qui était au coeur de la conception moderne. La souplesse du droit post-moderne implique sa capacité à s'adapter à l'évolution du réel »⁶⁶⁸.

libéralisation de la boucle locale des télécommunications : Taillanter L. : « Le rôle de l'autorité de régulation des télécommunications dans la mise en œuvre de la libéralisation de la boucle locale des télécommunications », in « Contributions de droit européen », Cahiers de l'Institut de Recherche Européenne de Droit Economique, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, édition 2002, p. 99.

⁶⁶⁵ Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome II, chapitre VII.

⁶⁶⁶ Sur ce point, Marimbert J. : « L'office des autorités de régulation » in Rencontres petites affiches, 6 février 2002, « Droit de la régulation : questions d'actualité » sous la direction scientifique de M.A. Frison-Roche, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n° 110, p. 75.

⁶⁶⁷ Tuot T. : « La loi du 10 février 2000 un an après l'installation de la régulation du marché électrique », précité, p. 54. Par exemple, la Communication de la CRE du 6 juin 2007 sur l'évolution du comptage électrique basse tension de faible puissance (070606), indique que la Commission va entreprendre la préparation de la proposition de décret en Conseil d'Etat prévu par la loi, mais qu'elle juge indispensable de tracer dès à présent les orientations à suivre pour ce comptage.

⁶⁶⁸ Chevallier J. : « Vers un droit post moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.*, 1998, p. 679.

Cependant, il est possible de leur trouver aussi quelques désavantages. En effet, les recommandations sont édictées par la même autorité chargée de faire respecter les règles en vigueur. Dès lors, comment ne pas se soumettre aux recommandations de l'autorité si celle-ci est aussi en charge de réguler le marché en question ? Elles perdent donc leur valeur de conseil pour se transformer en de véritables prescriptions⁶⁶⁹. De plus, si elles ont un caractère en ce sens contraignant, elles sont donc édictées par une autorité incompétente, dans la mesure où les textes ne l'autorisent pas explicitement. Mais il n'est pas toujours possible d'intenter un recours juridictionnel contre ces actes⁶⁷⁰. En effet, comme l'explique Martin Collet, certains critères fondent l'exclusion des « normes molles » du champ du contentieux par le juge. Celui-ci écarte les recours dirigés contre ces actes en se fondant sur l'idée qu'ils ne modifient pas par eux-mêmes l'ordonnement juridique, n'étant pas obligatoires. Dans le cas contraire, il accepte les recours. Pour arriver à cette conclusion, le juge est indifférent à l'égard des éventuelles sanctions attachées à l'acte, ainsi qu'aux conséquences pratiques accompagnant le respect de celui-ci. En revanche, il retient comme critères les compétences reconnues à l'auteur de l'acte ainsi que la volonté déclarée de celui-ci. Dès lors, le juge se livre à une analyse lexicologique de l'acte en appréciant si celui-ci a, par exemple, fixé de nouvelles règles⁶⁷¹. Mais la limite entre réglementation et orientation des comportements est très difficile à cerner. Par conséquent, à la différence des règlements, les recommandations relèvent de la « magistrature morale »⁶⁷² et leurs destinataires ne disposent pas toujours des protections juridiques que leur offre l'exercice d'un pouvoir normatif formel⁶⁷³.

Ainsi, qu'elles soient autorisées par le législateur ou admises par les autorités publiques, les recommandations témoignent d'une réalité : le système normatif classique n'est pas adapté à des marchés en constante évolution, et les régulateurs indépendants n'ont pas assez de compétences réglementaires. En effet, si les recommandations, sous couvert d'acte

⁶⁶⁹ Thierry Tuot explique que « ces actes ont un contenu normatif réel et une importance souvent grande : ils peuvent ainsi parfois modifier considérablement le fonctionnement d'un marché et étendre les compétences du régulateur », Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 227. De même, Pierre-Alain Jeanneney estime que : « ces recommandations sont, en fait, respectées par les opérateurs auxquels elles 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 », Jeanneney P.-A. : « Le régulateur producteur de droit », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 48.

⁶⁷⁰ En ce sens, voir infra p. 494 et s. ; Collet M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, thèse, Bibliothèque de droit public, tome 233, L.G.D.J., 2003, p. 220.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 192 et s. Voir en ce sens, CE, Ass., 20 mai 1985, *M.M. Labbé et Gaudin*, n° 64146, Rec., p. 157, concl. Roux M., *R.F.D.A.*, 1985, p. 554 ; Hubac S., Schoettl J.-E., *A.J.D.A.*, 1985, p. 412 ; Griesbeck N., *D.*, 1986, p. 12.

⁶⁷² Autin J.-L., *Jurisque administratif*, Fasc. 75, *Autorités administratives indépendantes*, pt. 29.

⁶⁷³ En ce sens, Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précité, tome II, chapitre VII.

non contraignant, témoignent de la capacité d'influence de l'autorité indépendante, elles démontrent aussi qu'il serait préférable d'octroyer, d'organiser et de limiter certains pouvoirs que d'admettre ceux qui sont exercés de fait sans aucun encadrement, comme les recommandations.

Dès lors, les recommandations illustrent parfaitement ce que Jean-Louis Autin exprimait en 1988, « (...) la frontière entre ce qui relève de la régulation par le droit et ce qui n'en relève pas est pour le moins incertaine »⁶⁷⁴. Cependant, l'exercice de fait du pouvoir d'émettre des dispositions générales et abstraites pourrait être amoindri par l'accroissement de son exercice de droit, le pouvoir normatif des ARI.

B Un pouvoir normatif réduit

Le pouvoir normatif confié aux autorités de régulation indépendantes est limité⁶⁷⁵, non seulement par les exigences constitutionnelles des Etats membres, mais aussi par leurs textes législatifs⁶⁷⁶. En premier lieu, le pouvoir réglementaire des ARI est encadré et limité par les règles constitutionnelles puisqu'il ne peut être qu'un pouvoir de « mise en oeuvre » de la loi. Les textes législatifs doivent donc s'employer à circonscrire le champ d'application du pouvoir réglementaire des ARI pour se conformer aux nécessités constitutionnelles. Mais encore, en théorie tout du moins⁶⁷⁷, ce pouvoir réglementaire ne peut rentrer en conflit avec le pouvoir réglementaire général du gouvernement ou des ministres. En effet, l'interprétation des textes constitutionnels implique que si un conflit intervient entre ces deux types de pouvoirs, celui appartenant aux autorités gouvernementales compétentes l'emportera. Le pouvoir réglementaire des ARI est donc un pouvoir constitutionnellement limité et subordonné. En second lieu, les législateurs des Etats membres ont limité les compétences⁶⁷⁸ réglementaires ou de décisions individuelles de leurs régulateurs indépendants dans une plus

⁶⁷⁴ Autin. J.L. : « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *R.D.P.*, 1988, p. 1222.

⁶⁷⁵ En ce sens, Charbit N. : « Les objectifs du régulateur, entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 65.

⁶⁷⁶ En ce sens, Charbit N. : « Les objectifs du régulateur, entre recherche d'efficacité et rappel de la légalité », précité, p. 55.

⁶⁷⁷ En théorie car les textes législatifs sont sensés délimiter strictement le champ d'application du pouvoir réglementaire des ARI. Dès lors, un conflit ne peut intervenir puisque les champs d'application de ces deux pouvoirs ne peuvent se rencontrer. Par conséquent, le conflit sera résolu en termes de délimitation des compétences. Dans le cas contraire, le conflit sera résolu en termes de hiérarchie des normes et le pouvoir du premier ministre ou du gouvernement, selon l'Etat membre concerné, l'emportera.

⁶⁷⁸ Compétences et pouvoirs sont intimement liés dans la mesure où l'appréciation des pouvoirs ne peut se faire que par référence aux compétences qui leurs sont attachées.

ou moins grande mesure. Il est possible de citer le régulateur allemand qui dispose de très peu de compétences normatives à la différence du régulateur italien dans le domaine de l'énergie, ou des régulateurs espagnol et français dans le domaine des télécommunications, qui ont un champ de compétences plus étendu. Dès lors, les législateurs des Etats membres sont allés au-delà des nécessités constitutionnelles en conférant un pouvoir limité aux régulateurs indépendants. La question qui se pose est celle de savoir si les nécessités de la régulation des marchés sont satisfaites par ces pouvoirs limités.

1 L'encadrement constitutionnel du pouvoir réglementaire

Octroyer un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation indépendantes n'a pas été sans susciter des questionnements, eu égard aux règles constitutionnelles des Etats membres. En premier lieu, certains Etats membres ont des dispositions constitutionnelles qui obligent les législateurs nationaux à circonscrire le pouvoir réglementaire de leurs ARI. En second lieu, ces règles constitutionnelles déterminent le rapport entre le pouvoir réglementaire du Premier ministre ou du Gouvernement avec celui octroyé aux ARI. En ce sens, les cas français, espagnol et italien sont révélateurs.

- La limitation constitutionnelle du pouvoir réglementaire en France :

En France, la question de la nature du pouvoir réglementaire s'est posée à propos des premières autorités administratives indépendantes. Statuant sur la requête de soixante députés visant à contester le pouvoir réglementaire de la Commission nationale de la communication et des libertés (C.N.C.L.) en se fondant sur l'article 21 de la Constitution⁶⁷⁹, le Conseil constitutionnel « préfère à des réponses théoriques des solutions souples et concrètes qui laissent la porte ouverte à des évolutions futures »⁶⁸⁰.

L'article 21 de la Constitution française dispose que « le Premier ministre (...) assure l'exécution de lois. Sous réserve de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire (...) ». Deux solutions s'offraient au Conseil Constitutionnel. Il pouvait retenir une acception restrictive de cet article, et considérer que cette loi avait conféré à tort un pouvoir réglementaire à une telle autorité, sur le fondement que le seul détenteur désigné par la Constitution était le Premier ministre. Il pouvait aussi adopter une position plus souple et plus

⁶⁷⁹ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, précitée.

⁶⁸⁰ Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 160.

réaliste, qui tient compte des nombreux précédents législatifs en ce sens⁶⁸¹. C'est la deuxième solution qui s'est imposée. Il a donc considéré que le pouvoir d'imposer des normes juridiques de portée générale n'est pas l'exclusivité du Premier ministre, ce qui n'a fait que conforter l'opinion de la doctrine de l'époque⁶⁸². Cependant, les termes mêmes de la décision méritent d'être soulignés. Le Conseil n'évoque pas le « pouvoir réglementaire » en tant que tel, mais parle du « soin de fixer des normes permettant de mettre en oeuvre une loi ». La notion de pouvoir réglementaire apparaît dès lors réservée au Premier ministre⁶⁸³. Le reste relève uniquement de la mise en oeuvre des lois, ce qui est une des premières limites fixées par le Conseil. Son considérant de principe en révèle d'autres. Il dispose, en effet, que l'article 21 de la Constitution ne fait pas obstacle « à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre, le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en oeuvre une loi »⁶⁸⁴. La capacité d'émettre ces normes générales et impersonnelles est donc circonscrite, d'une part dans son « domaine déterminé », puis dans son exercice, qui est défini par les lois et règlements.

La jurisprudence du Conseil Constitutionnel va continuer à se préciser au fil des années. Ainsi, à propos du même cas de figure qui s'est présenté pour le C.S.A., il indique que si les dispositions de l'article 21 « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en oeuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »⁶⁸⁵. Dès lors, une restriction, que l'on pourrait qualifier de quantitative, s'ajoute au principe de légalité et à la détermination du champ d'application, il s'agit du contenu nécessairement limité⁶⁸⁶. La compétence ainsi octroyée ne doit porter « ni sur des matières trop vastes, ni sur des matières

⁶⁸¹ En ce sens : Autin J.-L. : « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *R.A.*, 1988, p. 336. Les autorités décentralisées, comme les établissements publics et les collectivités locales disposent d'un pouvoir réglementaire « spécialisé » pour mettre en oeuvre les normes contenues dans la loi, au titre par exemple pour les collectivités locales, de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, (J.O.R.F., n° 52 du 3 mars 1982, p. 730) Le pouvoir réglementaire des collectivités locales pour l'exercice de leurs compétences est désormais reconnu par l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, depuis la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003.

⁶⁸² En ce sens, Chapus R., *Droit administratif général*, tome I, Montchrestien, éd., 1987, p. 497. Dans le même sens actuellement, Renaud S. : « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *R.R.J.*, 1^{er} décembre 2001, p. 2203.

⁶⁸³ En ce sens, Chérot J.-Y. : « Le Premier Ministre exerce le pouvoir réglementaire, observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », *R.R.J.*, 1^{er} décembre 2001, p. 2192.

⁶⁸⁴ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, précitée, considérant n° 58.

⁶⁸⁵ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée, considérant n° 15.

⁶⁸⁶ La doctrine considère ainsi que les conditions de la décision de 1989 sont plus restrictives que celles de 1986. En ce sens, Chapus R., *Droit administratif général*, tome I, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 830.

trop importantes »⁶⁸⁷. En l'espèce, ces limites avaient été dépassées par la loi relative au C.S.A. Le Conseil Constitutionnel a donc censuré l'habilitation l'autorisant à fixer seul, par voie réglementaire, certaines règles déontologiques, car en raison de sa portée trop étendue elle méconnaissait l'article 21 de la Constitution.

La décision du 23 juillet 1996⁶⁸⁸ confirme la teneur de l'édifice jurisprudentiel relatif à l'encadrement du pouvoir réglementaire des autorités indépendantes. Le Conseil Constitutionnel réitère sa solution, en précisant techniquement la portée du considérant de principe. Il estime en effet que la généralité de la rédaction de l'article L. 36-6 premièrement du Code des postes et télécommunications⁶⁸⁹, autorisant l'A.R.T. à préciser les droits et obligations afférents à l'exploitation des différentes catégories de réseaux et de services en application des articles L. 33-1 et 34-1, ne méconnaît pas l'article 21 de la Constitution. Selon lui, « la compétence réglementaire reconnue à l'Autorité de régulation des télécommunications par l'article L. 36-6 1^o) précité est limitée dans son champ d'application et doit s'exercer, en vertu dudit article, dans le respect des dispositions du code des postes et télécommunications et de ses règlements d'application ; qu'en particulier l'article L. 33-1, auquel renvoie sur ce point l'article L. 34-1, confie à un décret pris après avis de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications le soin de définir les clauses types devant figurer dans les cahiers des charges dont les règles s'imposent aux opérateurs »⁶⁹⁰. De plus, « la compétence réglementaire dévolue à l'Autorité s'exerce sous le contrôle du ministre chargé des télécommunications »⁶⁹¹, il écarte donc le moyen sur ces considérations. Dès lors, l'homologation apparaît comme une limite ajoutée à celle de l'encadrement du champ d'application par le décret définissant le contenu des droits et obligations imposés par l'A.R.T. aux opérateurs. Cela revient à l'idée générale guidant la régulation telle que conçue en Europe : le gouvernement définit les règles fondamentales et le régulateur les aspects techniques. Cependant, se pose la question de savoir ce qu'il adviendrait en cas de conflit entre une réglementation générale prise sur le fondement de l'article 21 de la Constitution, et une « norme mettant en oeuvre une loi » édictée par une autorité de régulation indépendante.

⁶⁸⁷ Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 174.

⁶⁸⁸ Décision n° 96-378 DC, du 23 juillet 1996, *loi de réglementation des télécommunications* ; Chevallier J., « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *R.F.D.A.*, 1996, p. 909 ; Mathieu B. et Verpeaux M., *L.P.A.*, 11 juin 1997, p. 16 ; Schrameck O., *A.J.D.A.*, 1996, p. 694 ; Trémeau J., *R.F.D.C.*, 1996, p. 823.

⁶⁸⁹ Article L 36-6-1 du C.P.T : « l'Autorité de régulation des télécommunications précise les règles concernant (...) les droits et obligations afférents à l'exploitation des différentes catégories de réseaux et de services, en application des articles L 33-1 et L 34-1 (...) ».

⁶⁹⁰ Décision n° 96-378, du 23 juillet 1996, précitée, considérant n° 12.

⁶⁹¹ *Ibid.*

Un élément de réponse peut être trouvé dans la décision du 18 septembre 1986. En effet, il résulte de son soixantième considérant que les normes édictées par le Gouvernement ne peuvent être subordonnées aux règles générales fixées par l'autorité administrative indépendante⁶⁹². Ce pouvoir réglementaire spécial de mise en oeuvre de la loi ne peut donc assujettir le pouvoir réglementaire général du Premier ministre, ce qui préserve sa compétence issue de l'article 21. Dès lors, si le législateur ne peut interdire au Premier ministre d'exercer la compétence que lui donne la Constitution, celle qui est dévolue à l'autorité administrative ne semble pouvoir être que résiduelle et non réservée⁶⁹³. Les dispositions conférant un pouvoir réglementaire à la Commission de régulation de l'énergie ont pris le soin d'ajouter la mention « dans le respect des dispositions législatives et réglementaires »⁶⁹⁴. Dès lors, le pouvoir réglementaire général du Premier ministre s'impose⁶⁹⁵. Mais cet élément suscite des interrogations par rapport à l'indépendance affirmée des autorités de régulation. Comme le souligne Catherine Teitgen-Colly, « ces autorités peuvent-elles en effet exercer librement le pouvoir réglementaire qui leur est confié alors que pèse sur elles la menace d'être dessaisies partiellement ou totalement de leurs compétences, par exemple si elles l'exercent dans un sens non conforme aux vues du gouvernement ? »⁶⁹⁶

Par conséquent, si le pouvoir réglementaire des ARI françaises ne peut être exercé que conformément à une habilitation qui « ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » et dans le « cadre défini par les lois et règlements », c'est-à-dire soumis, par la volonté du législateur, à la compétence réglementaire générale du Premier ministre, il est possible d'estimer que les ARI ne bénéficient pas d'une réelle indépendance fonctionnelle dans leur champ de compétences.

⁶⁹² Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, précitée, considérant n° 60 : « Considérant qu'en prévoyant que les normes édictées par le Gouvernement, agissant par décret en Conseil d'Etat, pour assurer l'exécution de l'article 62 de la loi, seront subordonnées aux règles générales fixées par la Commission nationale de la communication et des libertés en application de l'article 27-II, le législateur a méconnu les dispositions de l'article 21 de la Constitution ».

⁶⁹³ Déduction faite par la doctrine, notamment Catherine Teitgen-Colly, in Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 175.

⁶⁹⁴ Articles 37 et 37-1 de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, précitée, telle que modifiée par la loi n° 2003-8, du 3 janvier 2003, relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (J.O.R.F. n° 3, du 4 janvier 2003, p. 265).

⁶⁹⁵ L'interprétation est moins aisée concernant l'ARCEP puisque l'article L 36-6 du C.P.C.E. ne mentionne que « dans le respect des dispositions du présent code et de ses règlements d'application », ce qui ne peut être décrit comme prévoyant et réglant un possible conflit avec l'intervention d'un acte de portée générale sur son domaine de compétences.

⁶⁹⁶ Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 177.

- La limitation constitutionnelle du pouvoir réglementaire en Espagne.

Dans d'autres Etats membres, le problème se pose en des termes relativement semblables. En effet, en Espagne, les textes instituant les ARI⁶⁹⁷ donnent à la C.M.T. et à la C.N.E. la possibilité d'édicter, respectivement, des « *instrucciones* » ou « *circulares* », qui reçoivent la qualification formelle de « *directivas* », dont les dispositions sont obligatoires en tous leurs éléments une fois publiées au journal officiel espagnol. Cette capacité normative a pour effet de créer des droits et obligations dans le domaine de compétence de l'autorité de régulation, c'est-à-dire pour les opérateurs de réseaux de communications électroniques et d'énergie. La faculté d'élaborer des normes générales et impersonnelles obligatoires apparaît, à première vue, en contradiction avec l'article 97 de la Constitution espagnole qui dispose que le gouvernement exerce la fonction exécutive et le pouvoir réglementaire en accord avec la Constitution et les lois⁶⁹⁸. Dès lors, à la lumière de cet article, le gouvernement est le seul titulaire de la puissance normative, sauf habilitation législative expresse. Dans ce dernier cas, la faculté d'exercer le pouvoir réglementaire n'est pas originaire mais bien dérivée de l'attribution formelle d'un acte législatif. Le Tribunal Constitutionnel a adopté en ce sens une lecture extensive de l'article 97 en estimant que la déconcentration (fonctionnelle) du pouvoir réglementaire, par le législateur est non seulement formellement possible, mais aussi nécessaire⁶⁹⁹. Cependant, il est bien entendu que l'habilitation législative commande et circonscrit par là même le pouvoir normatif des entités qu'elle a dotées de telles compétences. Si le Tribunal Constitutionnel n'a pas eu à se prononcer sur ce point, la chambre du contentieux administratif de l'« *Audiencia nacional* » a pris soin de le préciser. Sur un recours pour incompétence matérielle de la C.M.T. dans l'exercice de son pouvoir de réglementation, la chambre a précisé, le 23 octobre 2001⁷⁰⁰, que la Commission disposait d'un champ d'application limité pour son pouvoir réglementaire, circonscrit, d'une part à une finalité

⁶⁹⁷ Article 48 alinéa 3, *ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003) : « [La Comisión] podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de las comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el Boletín Oficial del Estado ». Onzième disposition additionnelle, *Ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

⁶⁹⁸ Article 97, alinéa 2, de la Constitution espagnole adoptée par référendum le 6 décembre 1978, entrée en vigueur le 27 décembre 1978 (B.O.E., n° 311 du 29 décembre 1978) : « *El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes* ».

⁶⁹⁹ STC 135/1992, du 5 octobre 1992 (BOE n° 260, du 29 octobre 1992), point II, 3, alinéa 4 : « *La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma* », cité par : Terrón Santos D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Editorial Comares, Granada, 2004, p. 147.

⁷⁰⁰ En ce sens, Terrón Santos D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, précité, p. 148. *Sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional, 23 octobre 2001, sección octava, Rapport annuel C.M.T., 2001, p. 369.*

déterminée, la protection de la libre concurrence dans le domaine des télécommunications, et d'autre part, à des entités déterminées, les opérateurs agissant sur le marché. Dès lors, tant que la Commission agit dans ce domaine de compétences, elle reste dans le cadre de l'habilitation législative et n'empiète pas sur le pouvoir réglementaire issu de l'article 97 de la Constitution.

Mais, si l'habilitation législative ne pose pas sérieusement de controverses constitutionnelles en Espagne, la nature juridique des « *directivas* » et leur rapport avec les autres normes réglementaires sont plus conflictuelles. Le premier point divise la doctrine. Certains estiment que ces actes ne peuvent pas correspondre à un pouvoir réglementaire, puisque les fonctions de l'organe émetteur sont limitées dans leur champ d'application et qu'ils n'ont pas à respecter les formes légales des actes réglementaires⁷⁰¹. Dès lors, les autorités indépendantes ne sont pas les « régulateurs » du secteur, mais disposent juste de la fonction de supervision qui n'implique pas la capacité d'édicter des actes réglementaires⁷⁰². Le courant majoritaire, même s'il n'est pas toujours favorable à l'octroi d'une telle compétence aux régulateurs de réseaux⁷⁰³, observe que l'ordre juridique espagnol ne se fie pas au critère formel pour qualifier un acte, et en déduit le caractère réglementaire des « *directivas* ». Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir, tout comme dans l'ordre juridique français, dans quelle mesure un acte réglementaire du gouvernement peut s'imposer face à une circulaire du régulateur. Si l'article 97 de la Constitution espagnole confie le pouvoir réglementaire général au gouvernement, alors considérer qu'une « circulaire » puisse s'imposer face à un règlement général pris sur le même champ d'application aurait comme conséquence que la loi d'habilitation ayant accordé le pouvoir réglementaire spécialisé à l'entité régulatrice aurait, de ce fait, vidé de sa substance la disposition constitutionnelle. Eu égard à la hiérarchie des normes, cette loi serait par conséquent inconstitutionnelle. Ainsi, la doctrine espagnole s'entend pour considérer qu'en tout état de cause, les actes réglementaires spéciaux des autorités indépendantes, pris sur habilitation législative, doivent respecter les actes réglementaires généraux du gouvernement⁷⁰⁴. Dès lors, tout conflit serait résolu par la prédominance de la norme générale du gouvernement sur la norme spéciale du régulateur. La

⁷⁰¹ Formes légales établies à l'article 24 de la *ley 50/1997, de 27 de noviembre, de la Administración del Estado* (BOE, n° 285, du 28 novembre 1997).

⁷⁰² Laguna de Paz, J.-C. : « *C.M.T. : ¿reinventar la administración?* », *Expansión*, 17 février 2003.

⁷⁰³ Parada Vázquez R. : « *Valor jurídico de la Circular* », *R.D.B.B.*, n° 2, 1981, p. 318.

⁷⁰⁴ En ce sens, Terrón Santos D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, précité, p. 162 et s.; Muñoz Machado S., *Servicio Público y Mercado*, volume I, *Fundamentos*, Civitas, Madrid 1998, p. 289 ; Sánchez Rodríguez A.-J., *Derecho de las telecomunicaciones nuevo derecho y nuevo mercado*, Edición Dykinson, Madrid, 2002, p. 194.

solution, théorique pour l'instant⁷⁰⁵, implique les mêmes conclusions, eu égard au principe d'indépendance, que pour l'ordre juridique français.

- L'absence de limitation constitutionnelle du pouvoir réglementaire en Italie.

La configuration constitutionnelle italienne offre une plus large place aux autorités indépendantes de régulation. C'est du moins ce qu'estime la doctrine. En effet, « pour déléguer de vastes pouvoirs normatifs à des autorités administratives indépendantes, le Parlement peut trouver un fondement certain dans l'article 97 de la Constitution italienne »⁷⁰⁶. Cet article énonce, entre autres, que « les services publics sont organisés suivant les dispositions de la loi, de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration »⁷⁰⁷. Dès lors, le législateur peut tout à fait déléguer des pouvoirs à une autorité administrative, indépendante ou non, s'il estime qu'il s'agit de la meilleure façon d'assurer le bon fonctionnement de celle-ci. Cependant, il se doit d'encadrer les pouvoirs ainsi conférés de règles procédurales adéquates, pour satisfaire le principe d'impartialité de l'article 97. En ce sens, les autorités administratives indépendantes italiennes ont un pouvoir réglementaire qui a pu être qualifié de « semi-libre », car subordonné seulement aux principes fondamentaux et aux valeurs constitutionnelles⁷⁰⁸. Dès lors, le problème de qui exerce le pouvoir ne se pose pas en Italie, tout du moins au regard des règles constitutionnelles, mais plutôt de comment est organisé ce pouvoir délégué par le législateur⁷⁰⁹. Par conséquent, l'article 97 apure tout conflit entre une norme générale édictée par le gouvernement et une norme issue d'une autorité indépendante de régulation, dans la mesure où le législateur a circonscrit de manière claire le champ d'application de chaque pouvoir. La question est donc résolue, non pas en termes de hiérarchie de normes, mais en termes de délimitation des compétences. Les régulateurs italiens détiennent, à la différence des régulateurs français et espagnols, un pouvoir réglementaire réservé.

⁷⁰⁵ Jusqu'à présent, aucun cas semblable ne s'est présenté au contentieux en Espagne.

⁷⁰⁶ Voir en ce sens, Longobardi N. : « Les A.A.I. : laboratoire d'un nouveau droit administratif. », *L.P.A.*, 27 août 1999, n° 171, p. 8.

⁷⁰⁷ Article 97 de la Constitution de la République italienne du 22 décembre 1947 (G.U. n° 298 du 27 décembre 1947).

⁷⁰⁸ En ce sens, le système italien décrit par Marina Calamo Specchia dans l'étude dirigée par Jean-Marie Pontier : « Etude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome III.

⁷⁰⁹ Il faut cependant relativiser le propos en évoquant l'article 95 de la Constitution italienne qui dispose de la responsabilité ministérielle devant les chambres. Les autorités de régulation, n'étant pas responsables et indépendantes posent en ce sens un problème constitutionnel.

Si les différentes interprétations constitutionnelles ont eu pour effet de laisser une place au pouvoir réglementaire du régulateur indépendant, la pratique démontre que celui-ci est beaucoup plus limité dans son champ d'application que ce qu'auraient pu permettre les règles précitées. Il existe plusieurs raisons à cela : d'une part, les législateurs des Etats membres ont défini strictement la capacité d'édicter des normes générales dans les textes relatifs aux services publics organisés en réseaux, d'autre part le champ d'application de la régulation se limite aussi pour l'instant à quelques opérateurs, et enfin la régulation de marchés évolutifs tend à trouver son efficacité plus dans l'incitation que dans l'obligation.

2 Le champ d'application limité du pouvoir réglementaire

Le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes de régulation est énuméré de manière limitative dans les textes relatifs à la régulation des télécommunications, des postes et de l'énergie dans les Etats membres étudiés.

Le droit français a choisi d'énumérer dans un article déterminé les domaines dans lesquels ses autorités de régulation disposeront de la capacité d'émettre des normes générales et impersonnelles. Ainsi, l'ARCEP dispose, au sens de l'article L. 36-6 du Code des postes et communications électroniques (C.P.C.E.), de la possibilité de « préciser » les règles concernant certaines prescriptions techniques. Il s'agit des conditions d'utilisation des fréquences, des conditions d'établissement et d'exploitations des réseaux, de la détermination des points de terminaison des réseaux ainsi que des droits et obligations afférents à l'exploitation des catégories de réseaux et de services⁷¹⁰. Si les catégories précitées apparaissent assez vastes, la lettre même du texte de l'article L. 36-6 du C.P.C.E. implique un encadrement très strict de ce pouvoir normatif. En premier lieu, il s'agit de domaines techniques, que seule l'ARCEP, du fait de sa spécialisation et des contacts que l'institution, par le biais des consultations publiques, peut avoir avec le secteur régulé, est à même de

⁷¹⁰ Article L 36-6 du C.P.C.E. : « Dans le respect des dispositions du présent code et de ses règlements d'application, et, lorsque ces décisions ont un effet notable sur la diffusion de services de radio et de télévision, après avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes précise les règles concernant : 1° Les droits et obligations afférents à l'exploitation des différentes catégories de réseaux et de services, en application de l'article L 33-1 ; 2° Les prescriptions applicables aux conditions techniques et financières d'interconnexion et d'accès, conformément à l'article L 34-8 et aux conditions techniques et financières de l'itinérance locale, conformément à l'article L 34-8-1; 3° Les conditions d'utilisation des fréquences et bandes de fréquences mentionnées à l'article L 42; 4° Les conditions d'établissement et d'exploitation des réseaux mentionnés à l'article L 33-2 et celles d'utilisation des réseaux mentionnés à l'article L 33-3; 5° La détermination des points de terminaison des réseaux. Les décisions prises en application du présent article sont, après homologation par arrêté du ministre chargé des communications électroniques, publiées au Journal officiel ».

réaliser. Ensuite, chaque compétence est précisée dans un autre article de la loi délimitant le contenu général de l'acte à édicter⁷¹¹. De plus, l'ARCEP est tenue, dans son activité normative, de respecter les dispositions du Code des postes et communications électroniques. Enfin, le législateur a pris le soin de souligner que la compétence de l'ARCEP relève de la « précision », marquant ainsi le caractère subsidiaire de la compétence, appuyé par le fait que tout exercice d'une compétence normative à caractère général est soumis à homologation ministérielle⁷¹². Néanmoins, il ressort de l'ensemble de ces éléments qu'il s'agit bien d'un pouvoir subsidiaire de « mise en oeuvre » de la loi, et non pas d'un pouvoir général de prescription qui ne connaîtrait que des limites dans son champ d'application.

Pour autant, il ne peut être déduit que l'ARCEP n'a pas de pouvoir d'édicter des normes générales. En effet, même si ses compétences sont très encadrées et précisées par le C.P.C.E., dans la pratique, le régulateur indépendant conserve une marge de manoeuvre sur son domaine de compétences. Il ne faut, dès lors, plus réfléchir en termes constitutionnels de compétence normative d'« exécution de la loi » ou de « mise en oeuvre » de la loi. La question qui se pose est celle de savoir si techniquement l'ARCEP dispose du pouvoir d'édicter des normes générales et impersonnelles, au sens d'actes adressés à tous les opérateurs. La réponse est certainement positive, mais ce pouvoir reste très spécialisé. Comme le souligne Stéphane Braconnier, « le pouvoir de réglementation de l'A.R.T. est d'autant plus large que le domaine concerné est technique ». Il peut donc être analysé en termes de « niveaux de régulation ». Si le législateur peut prévoir certains éléments généraux, que le pouvoir réglementaire peut préciser, la structure et la rapidité des évolutions du secteur régulé font que seul le régulateur indépendant dispose de l'expertise technique, grâce au suivi journalier de l'évolution du secteur, pour être capable, de manière efficace, d'édicter des normes générales et impersonnelles à son niveau de régulation. De plus, aussi restreint soit-il, la technicité du domaine à réglementer implique que les rapports entre le ministère et le régulateur, par exemple au moment de l'homologation, sont inégaux. En effet, le régulateur bénéficie de la légitimité technique, le ministère n'a que l'expertise de son opérateur

⁷¹¹ Ainsi, les conditions d'établissement et d'exploitation des réseaux sont mentionnées à l'article L 33-2, qui précise qu'« un décret, pris après avis de la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques, détermine les conditions générales d'établissement et d'exploitation des réseaux indépendants en ce qui concerne la protection de la santé et de l'environnement et les objectifs d'urbanisme, les prescriptions relatives à l'ordre public, la sécurité publique et la défense, et les modalités d'implantation du réseau que doivent respecter les exploitants. Il précise les conditions dans lesquelles ceux-ci, ainsi que ceux mentionnés à l'article L 33-3, peuvent, sans permettre l'échange de communications entre des personnes autres que celles auxquelles l'usage du réseau est réservé, être connectés à un réseau ouvert au public ».

⁷¹² Sur ce point, voir *supra* p. 410 et s.

historique et sa propre appréciation de l'intérêt général. Dès lors, les régulateurs sont relativement indépendants dans un champ limité de compétences.

Pour la CRE, le législateur est allé encore plus loin dans le caractère subsidiaire de la compétence réglementaire. En effet, l'article 37 de la loi de 2000 indique que la CRE peut préciser « en tant que de besoin » certaines règles. Par conséquent, sa compétence n'est pas obligatoire, mais facultative. De plus, l'activité réglementaire doit s'exercer dans le respect des dispositions législatives et réglementaires. Son domaine de compétences est donc très restreint, même si l'énumération est longue⁷¹³. Il concerne principalement les conditions techniques de l'accès et de l'utilisation des réseaux, les missions des gestionnaires de réseaux, ainsi que les obligations et règles de calcul des activités dont les comptes doivent être séparés. Beaucoup de critiques se sont élevées à propos du champ de compétences normatives de la CRE, qualifié de « résiduel » en comparaison de ceux dont disposent le régulateur des télécommunications et les autres régulateurs européens⁷¹⁴. En effet, la Commission ne peut que préciser ce qui existe déjà dans les décrets dont la loi prévoit l'adoption. La loi est ainsi faite que, par exemple, la CRE peut préciser les conditions de raccordement aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, mais uniquement en application des articles 14 et 18 de la loi, qui posent les obligations du gestionnaire et encadrent le contenu de la réglementation à venir. Celle-ci doit fixer entre autres les prescriptions techniques générales

⁷¹³ Article 37 de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, telle que modifiée par la loi n° 2003-8, du 3 janvier 2003, précitées, « Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, la Commission de régulation de l'énergie précise, en tant que de besoin, par décision publiée au Journal officiel de la République française, les règles concernant: 1° Les missions des gestionnaires de réseaux publics de transport et de distribution d'électricité en matière d'exploitation et de développement des réseaux, en application des articles 14 et 18; 2° Les conditions de raccordement aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, en application des articles 14 et 18; 3° Les conditions d'accès aux réseaux et de leur utilisation, en application de l'article 23; 4° La mise en oeuvre et l'ajustement des programmes d'appel, d'approvisionnement et de consommation, et la compensation financière des écarts, en application des articles 15 et 19; 5° La conclusion de contrats d'achat et de protocoles par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution, en application du III de l'article 15; 6° Les périmètres de chacune des activités comptablement séparées, les règles d'imputation comptable appliquées pour obtenir les comptes séparés et les principes déterminant les relations financières entre ces activités, conformément aux articles 25 et 26 ». Pour le gaz, article 37 de la même loi : « Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, la Commission de régulation de l'énergie précise, en tant que de besoin, par décision publiée au Journal officiel, les règles concernant: 1° Les missions des gestionnaires de réseaux de transport et de distribution de gaz naturel en matière d'exploitation et de développement de ces réseaux; 2° Les missions des gestionnaires des installations de gaz naturel liquéfié et celles des opérateurs de stockages souterrains de gaz naturel; 3° Les conditions de raccordement aux réseaux de transport et de distribution de gaz naturel; 4° Les conditions d'utilisation des réseaux de transport et de distribution de gaz naturel et des installations de gaz naturel liquéfié; 5° La conclusion de contrats d'achat, en application du quatrième alinéa de l'article 21 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 précitée, et de protocoles par les gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution de gaz naturel; 6° Les périmètres de chacune des activités faisant l'objet d'une séparation comptable en application de l'article 8 de la même loi, les règles d'imputation comptable appliquées pour obtenir les comptes séparés et les principes déterminant les relations financières entre ces activités ».

⁷¹⁴ En ce sens, Puy-Montbrun G. et Martor B. : « La Commission de Régulation de l'Electricité », *L.P.A.*, 14 janvier 2000, n° 10, p. 12.

de conception et de fonctionnement pour le raccordement au réseau public de transport auxquelles doivent satisfaire les différentes installations. De plus, les principes généraux de calcul des contributions ne sont pas décidés formellement par la CRE, mais arrêtés conjointement par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie sur proposition de la Commission.

Si la doctrine critique la faiblesse des pouvoirs réglementaires de la CRE, ses propres membres soulignent aussi ce défaut. Ainsi, à l'occasion d'une réponse au questionnaire adressé par Marie-Anne Frison-Roche, l'institution exprime la nécessité d'un accroissement de ses pouvoirs dans une perspective d'efficacité en ces termes : « l'exercice de ses missions serait amélioré grâce à : l'extension de son pouvoir réglementaire à la fixation des tarifs d'utilisation des réseaux de transport et de distribution ; (...) l'octroi d'un pouvoir réglementaire supplétif dans le secteur du gaz »⁷¹⁵. Ces éléments pourraient peut-être aussi améliorer la crédibilité de l'organe face à ses homologues européens qui disposent souvent de compétences plus larges⁷¹⁶.

Cette dernière affirmation n'est pas vérifiée pour les régulateurs énergétiques allemand⁷¹⁷ et espagnol. En effet, pour la C.N.E., la seule lecture de la onzième disposition additionnelle de la loi relative aux hydrocarbures démontre que son pouvoir réglementaire est entièrement laissé à la libre discrétion du gouvernement⁷¹⁸. L'énoncé est clair, l'autorité peut « émettre les circulaires de développement et d'exécution des normes contenues dans les décrets-lois et actes réglementaires du ministère de l'industrie et de l'énergie qui mettent en oeuvre la législation énergétique, dans la mesure où ces dispositions l'habilitent expressément ». Ainsi, la capacité de la C.N.E. d'édicter des circulaires est soumise aux actes du pouvoir exécutif qui, s'il le décide, peut laisser l'institution exercer sa compétence. Cette disposition rend donc l'activité normative à portée générale de la C.N.E. pratiquement

⁷¹⁵ Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », précitée, tome II, chapitre IV, spéc. note 311. Dans le même sens, « la CRE a réclamé des pouvoirs plus étendus de contrôle des marchés de l'électricité et du gaz », in Rapport sur la consultation organisée dans le cadre du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz sur l'ouverture des marchés de l'énergie au 1^{er} juillet 2007, mai 2006.

⁷¹⁶ En ce sens, Puy-Montbrun G. et Martor B. : « La Commission de Régulation de l'Electricité », précitée, p. 12.

⁷¹⁷ Le régulateur allemand, comme le souligne Cécile Isidoro, ne dispose d'aucune compétence s'agissant de la fixation des tarifs de connexion ni s'agissant de la fixation des tarifs de vente d'électricité aux clients dits vulnérables. L'autorité ne dispose d'aucune compétence s'agissant de la définition des critères de qualité des services rendus dans le secteur de l'électricité, ni pour définir les règles de séparation comptable, in Isidoro C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en oeuvre*, précité, p. 474.

⁷¹⁸ Une exception, presque résiduelle, la C.N.E. peut édicter des circulaires dans lesquelles elle détermine le contenu de l'information qu'elle sollicite auprès des opérateurs énergétiques, onzième disposition additionnelle, alinéa 4, *ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

inexistante⁷¹⁹. La doctrine estime par conséquent que les pouvoirs de la C.N.E. tout comme de la C.M.T. pourraient être plus conséquents⁷²⁰.

Mais la C.M.T. dispose quand même d'une certaine latitude dans l'exercice de son pouvoir réglementaire. Il faut souligner la particularité du système espagnol des télécommunications qui, à ses débuts, confiait une compétence au régulateur indépendant qui pouvait apparaître comme générale. En effet, le *Real Decreto Ley* du 7 juin 1996⁷²¹ créant l'institution lui donnait une compétence très vaste dans son premier article. Celui-ci disposait que la Commission pouvait « prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder la libre concurrence sur le marché, en particulier la pluralité d'offres de services, l'accès aux réseaux de télécommunications pour les opérateurs et leur interconnexion, en élaborant à cet effet des instructions adressées aux opérateurs, qui seront obligatoires une fois publiées au "Journal Officiel de l'Etat" ». Cependant, cette compétence générale a été précisée et limitée très rapidement par la loi de 1997 qui, en supprimant la mention « prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder la libre concurrence sur le marché », anéantissant ainsi la compétence générale, rajoute des domaines spécifiques. Dès lors, comme en France, l'énumération limitative devient de rigueur. En revanche, par manque, peut-être délibéré, de précisions, le champ d'application des fonctions réglementaires de la C.M.T. est beaucoup plus élargi que pour son voisin.

La loi de 2003 vient encore une fois redéfinir le champ de compétences de la C.M.T. Son article 48 donne la possibilité à l'autorité d'édicter des instructions pour sauvegarder la pluralité des offres de services, l'accès aux réseaux de communications électroniques pour les opérateurs, l'interconnexion des réseaux et leur exploitation dans les conditions d'un réseau ouvert. Enfin, la commission peut déterminer la politique tarifaire et de commercialisation des prestataires de services, pour garantir les conditions d'une concurrence non faussée⁷²². Un vaste champ de compétences s'offre donc à l'activité réglementaire du régulateur des télécommunications puisque le législateur ne fixe pas le contenu des normes à édicter, ni même ne l'encadre par une homologation ministérielle comme en France.

⁷¹⁹ En ce sens, le système espagnol décrit par Juan de la Cruz Ferrer, dans l'étude dirigée par Jean-Marie Pontier : « Etude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome III.

⁷²⁰ Terrón Santos D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Editorial Comares, Granada, 2004, p. 150.

⁷²¹ *Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones* (BOE, n° 139, du 8 juin 1996).

⁷²² Article 48, alinéa 3 paragraphe e), *ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée.

Les autorités de régulation italiennes, du fait de l'absence de dispositions constitutionnelles limitant leur capacité réglementaire, détiennent d'assez larges pouvoirs⁷²³. L'expérience de la CONSOB⁷²⁴, directement influencée par son modèle nord-américain⁷²⁵, a peut-être poussé le législateur italien sur cette voie. Par conséquent, l'A.E.E.G. dispose de pouvoirs réglementaires pour fixer les tarifs et la définition des standards de qualité, de même que les conditions techniques et économiques de l'accès et de l'interconnexion aux réseaux⁷²⁶. L'objectif affiché est de prévenir toute contrainte réglementaire, technique ou autre, pouvant porter préjudice à des conditions normales de concurrence, ainsi qu'à la capacité du marché à prendre en compte les intérêts des utilisateurs et des consommateurs. La loi de 1997, tout en fixant le domaine des compétences attribuées à A.G.Com, précise que le régulateur dispose de tous les pouvoirs prévus par la loi du 14 novembre 1995. Dès lors, l'autorité est compétente et très largement autonome pour élaborer, entre autres, les plans d'attributions de fréquences, définir les mesures de sécurité dans le domaine des communications, établir des critères objectifs et transparents pour l'interconnexion et l'accès aux infrastructures, et enfin déterminer, conformément à la réglementation communautaire, aux lois et règlements en vigueur, le cadre des obligations de service public ainsi que la répartition de leur coût⁷²⁷.

Les régulateurs indépendants outre-manche disposent de pouvoirs importants de « prescription » ou de « régulation ». En effet, disséminés au gré des législations relatives aux postes, aux communications électroniques ou à l'énergie⁷²⁸, ces pouvoirs ont la particularité de refléter autant le pragmatisme dans leur utilisation que l'imbrication avec le pouvoir exécutif. Pragmatisme puisque finalement la réglementation n'est pas le pouvoir le plus utilisé par les régulateurs britanniques. Ceux-ci préfèrent, comme il a été évoqué précédemment⁷²⁹, l'incitation comportementale à la contrainte réglementaire. Imbrication aussi puisque nombre

⁷²³ Elles peuvent imposer des mesures d'ordre général, ce qui semble moins restrictif que pour les ARI françaises. Sur ces mesures, voir Della Cananea G. : « La réglementation des services publics en Italie », *RISA*, vol. 68, 1/2002, p. 94 et s.

⁷²⁴ *Commissione nazionale per la società e la borsa* (CONSOB), lois n° 216 du 7 juin 1974 et n° 281 du 4 juin 1985.

⁷²⁵ En ce sens, Longobardi N. : « Les A.A.I. : laboratoire d'un nouveau droit administratif. », *L.P.A.*, 27 août 1999, n° 171, p. 5 et 6, et 30 août 1999, n° 172, p. 6 et 7 pour les pouvoirs réglementaires des ARI italiennes.

⁷²⁶ Article 2, alinéa 12, Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée. Voir : Della Cananea G. : « La réglementation des services publics en Italie », *RISA*, vol. 68, 1/2002, p. 94.

⁷²⁷ A titre de comparaison, si l'ARCEP détermine le montant des contributions des opérateurs au fond de service universel (article L 35-3 du C.P.C.E.), c'est un décret en Conseil d'Etat qui précise le contenu de chacune des composantes du service universel (article L 35-2 C.P.C.E.). L'intégralité des domaines sur lesquels A.G.Com exerce une compétence normative générale sont prévus dans l'article 1 alinéas 5 et 6 de la loi n° 249 du 31 juillet 1997 « *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo* », (G.U., n° 177, supplément ordinaire n° 154/L, du 31 juillet 1997).

⁷²⁸ Voir par exemple l'article 90 de l'*Utilities Act* 2000.

⁷²⁹ En ce sens, voir *supra* p. 399 et s.

de dispositions font intervenir de concert l'autorité de régulation et le *Secretary of State*. Il est possible de citer en exemple les articles 90 et 54 de l'*Utilities Act 2000* qui disposent que l'autorité indépendante élaborera des « *regulations* »⁷³⁰ en prescrivant les standards de performance relatifs aux activités de transport de gaz ou de distribution d'électricité. L'alinéa suivant précise que ce pouvoir ne sera mis en oeuvre qu'avec le consentement du *Secretary of State*. Il en est de même pour les règles relatives aux niveaux de qualité du gaz⁷³¹. *A contrario*, d'autres domaines de *regulations* sont autonomes. Par exemple, les autorités indépendantes prescrivent, sans intervention aucune du pouvoir exécutif, le contenu et les modalités de l'information que les fournisseurs d'électricité sont tenus de délivrer aux clients⁷³². C'est dans le domaine des communications électroniques que le régulateur dispose de la plus grande marge de manoeuvre. En effet, OFCom peut imposer des conditions générales applicables à tous les opérateurs fournissant des services de communications électroniques⁷³³. Ses pouvoirs sont parfois assez étendus, moyennant des clauses générales l'autorisant à édicter les règles qui lui apparaissent nécessaires pour assurer la protection effective des clients domestiques ou des petites entreprises face aux fournisseurs de ces services⁷³⁴.

Par conséquent, il ressort de l'étude du pouvoir réglementaire des ARI une extrême hétérogénéité entre les Etats membres⁷³⁵. Celle-ci permet de tirer comme conclusion que le législateur a apprécié, au cas par cas, la nécessité de confier tel ou tel pouvoir aux autorités de régulation en fonction de deux paramètres principaux. En premier lieu, le degré d'ouverture du marché. Celui-ci suppose un besoin plus ou moins élevé d'édicter des règles générales et impersonnelles dans le domaine régulé. En second lieu l'importance, au regard de l'intérêt général, voire d'intérêts plus spécifiques, du domaine à réguler. Cette considération implique l'intervention ou non du pouvoir exécutif dans le processus réglementaire. Et en dernier lieu, l'appréciation des règles constitutionnelles des Etats membres, qui ont été l'objet d'une interprétation assez large en considération de la nécessité d'une évolution de l'intervention de la puissance publique sur les marchés. Ces éléments vont, comme pour le pouvoir de décision

⁷³⁰ Le contenu général des *regulations* est déterminé, dans le secteur électrique par exemple, à l'article 60 de l'*Electricity Act 1989* (1989, c. 29), il inclue par exemple tous les éléments de fait ou de droit, le délai de mise en conformité ou la possibilité d'être entendu par le *Secretary of State* ou l'autorité elle-même.

⁷³¹ Article 101 *Utilities Act 2000* (2000, c. 27).

⁷³² Article 39, *Electricity Act 1989* (1989, c. 29).

⁷³³ Article 46, *Communications Act 2003* (2003, c. 21).

⁷³⁴ Article 52, alinéa 2, e), *Communications Act 2003* (2003, c. 21).

⁷³⁵ A ce titre, il faut rappeler l'énoncé de l'exposé des motifs des directives de libéralisation énergétique : « Il est important que les ARN dans tous les Etats membres partagent le même ensemble minimal de compétences ». Par exemple, considérant n° 15, exposé des motifs, directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 37).

individuelle, dans le sens d'une certaine indépendance fonctionnelle des régulateurs indépendants, non pas sur le domaine régulé, mais dans le champ que le législateur leur a attribué.

3 L'hétérogénéité du pouvoir de décisions individuelles

Les autorités de régulation indépendantes détiennent un pouvoir de décision individuelle plus ou moins étendu en fonction des situations et qui ne révèle aucune uniformité entre les Etats concernés. Ce pouvoir a un caractère très technique. Finalement, il est possible d'observer que plus les autorités indépendantes sont sollicitées pour émettre des avis ou des propositions et moins elles disposent de pouvoirs décisionnels. La dialectique entre ces deux éléments témoigne du rapport de forces que le législateur a entendu instaurer entre les ministres et les régulateurs indépendants. En effet, c'est par le pouvoir décisionnel de l'autorité que celle-ci obtient son indépendance fonctionnelle ainsi que sa légitimité face aux ministres et au secteur régulé.

Cependant, la teneur de ce pouvoir décisionnel dépend du degré d'ouverture que le législateur entend donner, dans la latitude autorisée par le droit communautaire, au secteur régulé. Mais il n'y a pas de rapport direct entre ouverture du marché et accroissement des pouvoirs décisionnels des autorités de régulation. En effet, une régulation efficace dans un marché concurrentiel suppose l'allègement de la régulation *ex ante* et une régulation *ex post* dotée des moyens nécessaires à la surveillance des opérateurs⁷³⁶. Cependant, il faut noter des différences importantes entre les pouvoirs décisionnels des régulateurs des Etats membres, et une absence d'homogénéité dans la répartition des compétences entre autorités de régulation et ministères⁷³⁷ qui, à l'heure de la régulation européenne des réseaux de services publics, posent certains problèmes quant à la détermination de l'interlocuteur adéquat.

Ainsi, mis à part les pouvoirs décisionnels relevant du processus qualifié ci-dessous de quasi-juridictionnel⁷³⁸, les autorités de régulation disposent de prérogatives assez vastes et dispersées dont l'énumération n'est pas l'objet du présent paragraphe. Il est cependant possible de citer, à titre d'exemple, certaines fonctions mises en oeuvre par le biais de

⁷³⁶ Sur ce point, voir *infra* paragraphe 2 de la présente section.

⁷³⁷ C'est ce qui résulte de l'étude suivante : Isidoro C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en oeuvre*, précitée, p. 437 et s.

⁷³⁸ Sur ce point, voir *infra* paragraphe 2 de la présente section.

décisions individuelles, dans le secteur énergétique, pour souligner les différences entre les Etats membres. Ainsi, la CRE approuve le programme d'investissements du gestionnaire du réseau public de transport d'électricité ou certaines règles relatives à l'accès technique à ce réseau⁷³⁹. Elle approuve aussi, à la différence de la *Bundesnetzagentur*⁷⁴⁰, les règles de séparation comptable⁷⁴¹. Alors que l'autorité de régulation du secteur énergétique au Royaume-Uni gère l'octroi des licences relatives à la production, la distribution, la commercialisation et le transport d'électricité, les autres entités ne sont que consultées sur l'autorisation donnée en ce domaine⁷⁴².

Pour conclure, il résulte de l'étude des pouvoirs administratifs classiques des ARI que ceux-ci sont relativement limités, dans un champ de compétences déterminé par le législateur. En ce sens, il est possible de considérer que des pouvoirs conséquents ne sont pas conciliables, en l'état actuel des dispositions constitutionnelles des Etats membres et de l'état d'esprit des législateurs nationaux, avec l'indépendance organique des autorités de régulation. Par conséquent, pour que celles-ci disposent des compétences normatives suffisantes pour mener intégralement à bien la fonction de régulation, il faudrait supprimer le principe d'indépendance. Pour ce faire, les Etats membres, ce qui arrivera probablement dans les années à venir, devront abandonner toute intervention dans les opérateurs de réseaux. Dès lors, les autorités indépendantes de régulation ne seront plus que de simples agences de régulation sous le contrôle, ce qui est légitime, du pouvoir exécutif. Elles seront dotées de compétences exécutives conséquentes et pourront mener à bien la fonction de régulation sans les inconvénients d'une administration, c'est-à-dire de manière efficace et rapide. En attendant, c'est par le biais des prérogatives « quasi-juridictionnelles » qui ne posent pas de problème vis-à-vis de l'indépendance organique, que les régulateurs peuvent mener à bien leur office de manière autonome et avec des pouvoirs plus conséquents.

⁷³⁹ Articles 12 et suivants, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée.

⁷⁴⁰ En ce sens, Isidoro C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en oeuvre*, précitée, p. 474. De même, à la différence des autres régulateurs européens, la *Bundesnetzagentur*, selon Cécile Isidoro, ne dispose pas de compétence en matière de délivrance des autorisations nécessaires à l'exploitation d'un réseau.

⁷⁴¹ Article 25, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée.

⁷⁴² Articles 7 et 8, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée. Pour l'A.E.E.G., article 2, alinéa 12, d) Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée. Pour la C.N.E., onzième disposition additionnelle, paragraphe 3, alinéa 1, *ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

§2 Des pouvoirs quasi-juridictionnels plus étendus

L'idée de la « quasi-juridictionnalité »⁷⁴³ des autorités de régulation indépendantes est d'autant plus communément admise qu'elle permettrait de dissocier définitivement la fonction de régulation de la fonction administrative, puisque « la nécessité de dégager les IRA [comprendre ARI] de l'exécutif (et du législatif) est dérivée, en effet, de la nature de leurs fonctions, dans la mesure où elles ont été conçues comme fonctions “quasi-juridictionnelles” (et peut-être, mais à un moindre degré, comme fonctions “quasi-législatives”) »⁷⁴⁴. D'ailleurs, si le Conseil d'Etat français croit devoir rappeler qu'une AAI n'est pas une juridiction, c'est pour remarquer, néanmoins, que « certaines d'entre elles agissent dans le cadre d'une procédure strictement définie et de caractère contradictoire »⁷⁴⁵. Cette ambiguïté est amplifiée par le fait, en France, que les recours contre les décisions de règlement de différends des ARI doivent être portés, de par une attribution expresse de compétence, devant une juridiction portant le nom de cour d'appel, même si elle statue en premier et dernier ressort.

Par conséquent, les autorités de régulation indépendantes, tout comme les A.A.I. dotées de pouvoirs équivalents, ont une nature ambiguë⁷⁴⁶. D'une part, elles disposent de

⁷⁴³ Ce vocabulaire est employé par la doctrine la plus autorisée, notamment : Dumez H. Jeunemaître A. : « Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques modèles de référence », *R.I.D.E.*, 1999, p. 25. Pochard M. : « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », in : « Les sanctions administratives », actualités et perspectives, *A.J.D.A.*, supplément 20 juin 2001, p. 106 ; Tuot T. : « Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends », *R.F.D.A.*, 2003, p. 312 ; Autin J.-L. : « Autorités administratives indépendantes », *J.C.P. A.*, 1998, fasc. 75, p. 3 ; Dupuis-Toubol F. : « Le juge en complémentarité du régulateur », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », Forum de la régulation du 15 octobre 2001, *L.P.A.*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 17 ; pour l'Allemagne, Rainer A. : « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 83 ; pour l'Espagne, Pomed Sánchez L.-A. : « *Fundamento y naturaleza Jurídica de las administraciones independientes* » *RAP*, n° 132, 1993, p. 162 ; pour l'Italie, d'Alberti M. (dir.) : « *Autorità Indipendenti* », in *Enc. giur.* 1996, p. 1. Cependant certains estiment que l'expression est « dénuée de signification juridique », in Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p.191 ; mais elle reflète bien la réalité de ces pouvoirs. Voir aussi : Costa D. : « L'autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 février 2005, Société GSD Gestion et M. YX », *R.F.D.A.*, 2005, p. 1174 (CE, 4 février 2005, *Société GSD Gestion et M. YX*, n° 2690001, Rec. Leb. p. 28, concl. Guyomar M., « Le Conseil d'Etat statue pour la première fois sur une sanction prononcée par l'Autorité des marchés financiers », *L.P.A.*, 26 avril 2005, n°82, p. 5 ; Boucard F., *Gaz. Pal.*, n°172, 21 juin 2006, p. 24 ; Bonneau T., *Droit des sociétés*, n°11, 01 novembre 2005, p. 35 ; Decoopman N., « Droit à un procès équitable », *Bulletin Joly Bourse et produits financiers*, n°3, 01 mai 2005, p. 227 ; De Vauplane H., Daigre J.-J., *Banque et Droit*, n°101, 01 mai 2005, p. 44 ; Terneyre Ph., *R.F.D.A.*, 2005, p. 444).

⁷⁴⁴ Longobardi N. : « Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique », *R.F.D.A.*, 1995, p. 171 à 177 et p. 383 à 389.

⁷⁴⁵ Gazier F., Cannac Y. : « Les Autorités administratives indépendantes », *E.D.C.E.*, 83-84, n° 35, p. 13.

⁷⁴⁶ Paule Quilichini explique très clairement en quoi les autorités de régulation se rapprochent des juridictions, sans être des juridictions, in Quilichini P. : « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1060.

pouvoirs attribués traditionnellement aux juridictions. En effet, un « tribunal » se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée toute question relevant de sa compétence »⁷⁴⁷, ou encore infliger des sanctions. Dès lors, conformément à la jurisprudence actuelle, l'attribution de ces pouvoirs soumet *de facto* les ARI au respect des prescriptions de l'article 6§1 de la C.E.D.H.⁷⁴⁸. D'autre part, elles conservent des pouvoirs qui ne peuvent être attribués à des juridictions, comme le pouvoir réglementaire ou décisionnel. Ainsi, le Conseil Constitutionnel, entre autres, leur refuse la qualité de juridiction⁷⁴⁹. Leurs pouvoirs sont donc qualifiés de « quasi-juridictionnels » puisque la jurisprudence et les différentes législations des Etats membres les contraignent à respecter des règles procédurales semblables à celles entourant l'activité juridictionnelle, sans pour autant qu'elles soient reconnues comme telles⁷⁵⁰.

Dès lors, les pouvoirs suivants sont quasi-juridictionnels puisqu'ils empruntent aux autorités juridictionnelles⁷⁵¹, sans les dessaisir, certaines prérogatives ainsi que les garanties procédurales afférentes. Ils se divisent donc en trois branches, les pouvoirs d'investigation (A), le pouvoir de conciliation et celui de règlement des différends (B), puis le pouvoir de sanction (C). Ces pouvoirs sont relativement importants, même s'ils connaissent certaines limites dues à leur champ d'application ou à leur aspect contre-productif (dans le cas des sanctions). Ils ne sont pas aussi limités que les pouvoirs administratifs classiques dans la mesure où l'indépendance de l'organe qui les exerce est plutôt un facteur de légitimité qu'un obstacle empêchant leur exercice.

⁷⁴⁷ § 64 de C.E.D.H., 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, série A, n° 132 ; Cohen-Jonathan G., *R.G.D.I.P.*, 1989, p.273 ; et § 39 C.E.D.H., 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, série A, n° 210.

⁷⁴⁸ Sur ce point, voir *infra* p. 506 et s.

⁷⁴⁹ Voir, par exemple, à propos du C.S.A. : « (...) ces exigences (...) s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire », Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée, considérant n° 36.

⁷⁵⁰ Pour respecter ces règles procédurales, le législateur a par exemple veillé, pour la CRE, à séparer les fonctions décisionnelles et quasi-juridictionnelles en créant, au sein de l'organisme, un Comité de règlement des différends et des sanctions, Articles 38 et 40, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée.

⁷⁵¹ Ils relèvent en outre d'un organe pouvant être qualifié de « tribunal » au sens conventionnel du terme, ce qui apparaît comme un indice, sur ce point, voir *infra*, chapitre II du présent titre.

A Les pouvoirs d'investigation

Pour la bonne application du droit communautaire, les directives de libéralisation imposent aux Etats membres de veiller à ce que les entreprises transmettent toutes les informations qui sont nécessaires aux autorités réglementaires nationales. Ces informations, requises d'office ou dans une décision motivée, doivent être fournies rapidement et sur demande, tout en respectant le niveau de détail exigé par les A.R.N.⁷⁵². Les Etats membres vont donc prendre des mesures pour faciliter la transmission d'informations entre le secteur régulé et les autorités de régulation, notamment pour lutter contre l'asymétrie d'information, premier facteur de capture et obstacle à une régulation efficace. Cette information ne peut être requise que dans le champ de compétences des entités indépendantes. Elle facilite par exemple la détermination, par les autorités de régulation, des marchés de référence, celle des opérateurs chargés de fournir le service universel, et les conditions spécifiques des opérateurs détenant une puissance significative sur le marché⁷⁵³. Il existe deux types d'obligations, la première réside dans la communication spontanée d'informations, la deuxième dans l'envoi sur demande des documents requis ou dans la soumission aux enquêtes menées par les ARI.

En premier lieu, les textes prévoient, pour que l'autorité de régulation indépendante puisse mener à bien ses fonctions, que les opérateurs du marché lui communiquent spontanément certaines informations⁷⁵⁴. Cette manifestation de l'obligation de transparence se traduit, par exemple, par la communication des conditions techniques et tarifaires auxquelles les prestataires de services postaux, dans les secteurs non réservés, peuvent accéder aux moyens indispensables à l'exercice de leur activité⁷⁵⁵. Il en est de même dans le secteur des communications électroniques pour la prestation d'itinérance locale⁷⁵⁶, ou dans le secteur

⁷⁵² Voir, par exemple, l'article 5 de 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ». Dans le même sens, mais de manière moins détaillée, article 18, directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 37).

⁷⁵³ En ce sens, Terrón Santos D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Editorial Comares, Granada, 2004, p. 225.

⁷⁵⁴ Le même type d'obligation est prévu en Espagne, pour la C.M.T., par exemple, voir En ce sens, Terrón Santos D., précité, p. 225.

⁷⁵⁵ Article L 5-2 C.P.C.E.

⁷⁵⁶ Article L 34-8-1 C.P.C.E. La prestation d'itinérance locale est définie à l'article L 32 du même code comme la prestation qui est fournie par un opérateur de radiocommunications mobiles à un autre opérateur de radiocommunications mobiles en vue de permettre, sur une zone qui n'est pas couverte, à l'origine par aucun

énergétique avec la communication des contrats conclus entre les gestionnaires des réseaux publics de transport et de distribution et les utilisateurs de ces réseaux⁷⁵⁷.

En second lieu, les Etats membres ont confié aux autorités de régulation indépendantes, ainsi que parfois aux ministères⁷⁵⁸, des pouvoirs de collecte d'information et d'enquête. En effet, en France, les instances de régulation peuvent recueillir, sur la base d'une décision motivée et respectant le principe de proportionnalité, toutes les informations ou documents nécessaires auprès du secteur pour s'assurer du respect par ces personnes des obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs ou réglementaires relatifs au domaine concerné⁷⁵⁹. De plus, les régulateurs peuvent procéder auprès de ces personnes à des enquêtes. Celles-ci sont menées par le personnel de l'autorité dûment habilité à cet effet par le ministre responsable. Ce personnel peut aussi accéder aux locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel utilisés par les personnes concernées, demander la communication de tous documents professionnels nécessaires et en prendre copie, enfin, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications nécessaires.

Ces enquêtes sont entourées de garanties procédurales assez strictes, notamment pour respecter les droits de la défense. En effet, elles donnent d'abord lieu à un procès verbal dont le double est transmis dans les cinq jours aux personnes intéressées. Dans certains cas, les personnes ayant commis des manquements aux obligations légales ou réglementaires sont invitées à présenter leurs observations écrites ou orales, dans un délai de quinze jours à compter de la notification du procès-verbal⁷⁶⁰. Lorsque les pouvoirs d'enquête sont mis en oeuvre dans le cadre de la recherche d'une infraction pénale, le procès-verbal est adressé dans les cinq jours qui suivent sa clôture, sous peine de nullité, au procureur de la République⁷⁶¹. Celui-ci est aussi informé, dans le domaine des communications électroniques, des opérations

opérateur de radiocommunications mobiles de deuxième génération, l'accueil, sur le réseau du premier, des clients du second.

⁷⁵⁷ Article 23, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, telle que modifiée par la loi n° 2003-8, du 3 janvier 2003, précitées.

⁷⁵⁸ En France, par exemple, les dispositions relatives aux postes, télécommunications ou à l'énergie confient conjointement aux autorités mandatées par le ministre ou le régulateur, le soin de collecter les informations nécessaires à la surveillance du secteur ou des pouvoirs d'enquête. Les pouvoirs d'investigation et d'enquête en Allemagne sont sensiblement les mêmes qu'en France, ils sont détaillés par exemple dans les paragraphes 68 et 69 de la loi sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, du 7 juillet 2005, («*Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*») (BgbI. I P. 2009).

⁷⁵⁹ Voir en ce sens, les articles 33 et 43 de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, telle que modifiée par la loi n° 2003-8, du 3 janvier 2003, précitées. Dans le secteur postal, article L 5-9 C.P.C.E. Puis dans le domaine des communications électroniques, articles L 32-4, L 36-11 et L 36-13 du C.P.C.E.

⁷⁶⁰ Article 33, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, telle que modifiée par la loi n° 2003-8, du 3 janvier 2003, précitées.

⁷⁶¹ *Ibid.*, article 43.

envisagées en vue de la recherche d'infractions pénales⁷⁶². De plus, l'accès aux locaux n'est autorisé qu'entre huit heures et vingt heures ou pendant les heures d'ouverture au public⁷⁶³. De même, le personnel assermenté ne peut pénétrer dans la partie des locaux servant de domicile aux intéressés que sur autorisation du président du tribunal de grande instance ou d'un magistrat délégué à cet effet. Enfin, l'autorité de régulation veille à ce que ne soient pas divulguées les informations recueillies lorsqu'elles sont protégées par un secret visé à l'article six de la loi de 1978⁷⁶⁴. Parfois, dans le cadre de la recherche d'une infraction pénale, la saisie de matériel peut se faire sur autorisation judiciaire et sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée. Les matériels saisis sont immédiatement inventoriés. Cet inventaire est annexé au procès-verbal dont une copie est remise dans les cinq jours au juge. Le président du tribunal de grande instance, ou le juge délégué par lui, peut d'office à tout moment ou sur la demande de l'intéressé ordonner mainlevée de la saisie⁷⁶⁵.

Dans d'autres Etats membres, ces pouvoirs d'investigation vont un peu moins loin. En effet, s'il est prévue une procédure de collecte d'informations ainsi qu'une procédure d'enquête, cette dernière est moins détaillée⁷⁶⁶. Par conséquent, il faudra recourir au droit commun si jamais la procédure spécifique ne permet pas d'obtenir les informations escomptées. En Espagne, la C.N.E. et la C.M.T. peuvent réaliser des inspections et auront accès à tous les registres nécessaires, mais rien n'est organisé explicitement dans le domaine de la saisie de documents⁷⁶⁷. Il en est de même en Italie. La loi de 1995 prévoit la demande d'informations et de documents, ainsi que la possibilité de mener à bien des inspections, mais ne détaille en rien la procédure à suivre⁷⁶⁸. De plus, en cas de refus de se soumettre à ces procédures, seule la sanction peut être mise en oeuvre par les ARI⁷⁶⁹, le reste relève du droit

⁷⁶² Article L 40 C.P.C.E.

⁷⁶³ Entre 6 heures et 21 heures dans le domaine postal, en ce sens, article L 5-9 C.P.C.E.

⁷⁶⁴ Loi n° 78-753, du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (J.O.R.F., du 18 juillet 1978, p. 2851).

⁷⁶⁵ Au Royaume-Uni, le *Postal Services Act 2000* (2000, c. 26) dispose d'une procédure semblable à celle décrite en France, dans ses paragraphes 47 à 49. Dans le même sens pour OFGEM, paragraphe 28, *Electricity Act 1989* (1989, c. 29), modifié et agrémenté de sanctions par le paragraphe 59 de l'*Utilities Act 2000* (2000, c. 27). Pour OFCom, paragraphes 135 et s., *Communications Act 2003* (2003, c. 21).

⁷⁶⁶ Voir par exemple, pour la *Bundesnetzagentur*, le paragraphe 35 de la loi du 13 juillet 2005 sur l'alimentation en gaz, en électricité, et relative à la garantie d'approvisionnement (« *Gesetz über die Elektrizitäts und Gasversorgung Energiewirtschaftsgesetz* ») (BgbI., I P. en 1970 (3621), qui prévoit les domaines pouvant subir des enquêtes, mais ne détaille pas la procédure.

⁷⁶⁷ Pour la C.M.T., articles 48-3-i et 50, *ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée. Pour la C.N.E., onzième disposition additionnelle, paragraphe 3, alinéa 4, *ley 34/1998 de 7 de octubre*, précitée.

⁷⁶⁸ En ce sens, article 2, alinéas 20 et 12 g), loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée. De même, article 1, alinéas 29 et 30, loi n° 249 du 31 juillet 1997, précitée.

⁷⁶⁹ Voir en ce sens, article 2, alinéa 20, b), loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée, de même que l'article 1, alinéa 30, de la loi n° 249 du 31 juillet 1997, précitée.

commun, ce qui ralentit d'autant la recherche de documents et n'est pas pour favoriser l'indépendance d'action des instances de régulation.

Le pouvoir d'investigation apparaît donc comme le complément indispensable de l'activité des régulateurs pour lutter contre l'asymétrie d'informations. Il s'exerce de manière indépendante, sans intervention du pouvoir exécutif et dans certains cas en collaboration avec le juge. L'investigation est aussi un outil nécessaire non seulement pour sanctionner les infractions aux textes en vigueur, mais encore pour faciliter la mise en oeuvre du pouvoir de conciliation entre les acteurs des marchés de services publics organisés en réseaux.

B La conciliation et le règlement des différends

Selon les termes des directives de libéralisation, les Etats membres avaient toute liberté de choisir l'autorité de règlement des différends⁷⁷⁰. Il pouvait s'agir d'un juge, d'une administration classique ou d'une autorité administrative indépendante, pourvu que la structure soit indépendante des parties. Les Etats membres ont cependant opté pour ce dernier choix, à la vue des nombreux avantages que celui-ci pouvait conférer à une résolution des litiges. En effet, les ARI présentent des garanties de compétences techniques, une vue d'ensemble du secteur, une structure souple et une vision à long terme par leur participation aux instances de régulation européenne des réseaux⁷⁷¹.

La question de la capacité des autorités de régulation françaises à régler des litiges entre opérateurs et utilisateurs n'a pas eu le retentissement constitutionnel qu'a connu le pouvoir de sanctions⁷⁷². En effet, le Conseil Constitutionnel s'est contenté d'estimer que « les décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications, autorité administrative, prises en application des I et II de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications, qui s'imposent aux parties qui ont saisi cette autorité, constituent des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »⁷⁷³. Comme l'explique Laurent Richer,

⁷⁷⁰ Voir par exemple, article 20, alinéa 3 de la directive 96/92/CE du Parlement Européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E. n° L 027 du 30 janvier 1997, p. 20). Les directives postérieures imposent par contre aux Etats membres de confier la fonction de règlement des différends aux autorités de régulation, article 23 alinéa 5, directive 2003/54/CE, précitée.

⁷⁷¹ Sur ce point, voir *infra*, partie III, titre 2.

⁷⁷² Sur ce point, voir *infra* p. 431 et s.

⁷⁷³ Décision n° 96-378, du 23 juillet 1996, précitée, considérant n° 21. En Espagne, la fonction d'arbitrage est assez étendue, le Tribunal constitutionnel reconnaît d'ailleurs la licéité de l'attribution de ces prérogatives à des organes administratifs qui, à première vue peuvent paraître comme des organes juridictionnels en résolvant des conflits en contradiction avec le principe de séparation des pouvoirs, STC du 8 avril 1981 (RJ 1981/191).

la facilité avec laquelle l'ordre juridique français a accepté l'introduction de ces dispositions « quasi-juridictionnelles » s'explique, entre autres, par l'habitude qu'a le système de voir des autorités administratives régler des différends ou des litiges, dans la mesure où les recours administratifs en principe facultatifs, parfois obligatoires, existent en droit français⁷⁷⁴. En ce sens, la compétence de règlement des différends de l' A.R.T. n'a pas été créée *ex nihilo* puisque, avant la loi de 1996, une compétence d'arbitrage était reconnue au ministre chargé des télécommunications en vertu des prescriptions du cahier des charges de France Télécom, sous le contrôle du juge administratif⁷⁷⁵.

Dès lors, depuis 1996 pour l'A.R.T., et conformément aux dispositions actuelles du Code des postes et communications électroniques (C.P.C.E.), l'ARCEP, comme ses homologues européennes, dispose de la capacité de régler les différends entre opérateurs et utilisateurs de réseaux⁷⁷⁶, qui est complété par un pouvoir de conciliation dont le champ d'application diffère. La CRE détient aussi le pouvoir de régler les différends depuis la loi de 2000 dans le secteur électrique et depuis la loi de 2003 dans le secteur gazier⁷⁷⁷.

La différence entre les deux modalités de médiation, que sont la conciliation et le règlement des différends, réside d'abord dans leur champ d'application, ensuite dans la procédure applicable à l'instance et enfin dans les modalités de saisine. En effet, si la procédure de conciliation suppose un accord entre les parties, le règlement des différends s'initie d'office, ou à la demande de l'une ou de l'autre des parties qui choisit cette option plutôt que le recours juridictionnel.

⁷⁷⁴ Richer L. : « Le règlement des différends par la Commission de Régulation de l'Energie », in *Mouvement du droit public*, Mélanges en l'honneur de F. Moderne, Dalloz, 2004, p. 343.

⁷⁷⁵ Article 33 du décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de France Télécom et au Code des postes et télécommunications (J.O.R.F. du 30 décembre 1990, p. 16568).

⁷⁷⁶ Plus précisément, elle est compétente dans le domaine postal sur les différends portant sur la conclusion ou l'exécution des contrats dérogeant aux conditions générales de l'offre du service universel d'envoi de correspondances lorsque ce différend est relatif aux règles posées par l'article L 2 du même code, et sur les différends entre prestataires de service universel et un titulaire d'autorisation, sur la conclusion ou l'exécution des stipulations techniques et tarifaires d'une convention relative à l'accès aux moyens indispensables à l'exercice de l'activité postale visés à l'article L 3-1. Voir articles L 5-4 à L 5-7 du C.P.C.E. Dans le domaine des communications électroniques, elle est compétente en cas de refus d'accès et d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques, de même que sur les matières énumérées à l'article L 36-8 du C.P.C.E.

⁷⁷⁷ La question s'est posée de conférer un pouvoir de conciliation à la CRE, mais l'article 36 bis du projet de loi adopté par le Sénat le 7 octobre 1999 (Texte n° 2, (1999-2000) adopté avec modifications par le Sénat le 7 octobre 1999) a finalement été supprimé.

1 La conciliation

Le champ de la conciliation, réalisée par les régulateurs indépendants, est déterminé, en droit français, par référence à celui du règlement des différends⁷⁷⁸. En effet, dans le domaine des communications électroniques, cette compétence a été attribuée à l'A.R.T. par la loi de 1996⁷⁷⁹. L'article L. 36-9 du C.P.T. disposait que l'autorité de régulation des télécommunications pouvait être saisie d'une demande de conciliation en vue de régler les litiges entre opérateurs ne relevant pas de l'article L. 36-8, qui détermine le champ d'application du règlement des différends, par toute personne morale ou physique concernée, par toute organisation professionnelle ou association d'utilisateurs concernée ou par le ministre chargé des télécommunications. Cependant, la loi du 9 juillet 2004⁷⁸⁰, tout en élargissant ses prérogatives dans le domaine du règlement des différends (elle peut faire appel à des experts ou procéder à des consultations techniques, économiques ou juridiques dans le cadre de l'instruction), a aussi supprimé la procédure de conciliation dans le domaine des communications électroniques. Désormais, comme la CRE, l'ARCEP se concentre, dans ce secteur, sur ses missions de règlement des différends.

En revanche, selon l'article L. 5-8 du C.P.C.E., l'ARCEP peut être saisie dans le domaine postal d'une demande de conciliation par le prestataire de service universel, les expéditeurs d'envois de correspondance en nombre, les intermédiaires groupant les envois de correspondance de plusieurs clients ou les titulaires d'autorisations pour les services postaux non réservés relatifs aux envois de correspondance, y compris transfrontalière. La procédure de conciliation est allégée, par rapport à celle du règlement des différends⁷⁸¹. Le président de l'autorité désigne un conciliateur parmi les membres du collège, qui invite les intéressés à une audition. Le conciliateur a la possibilité d'entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile. A l'issue de cette procédure, un procès verbal de conciliation ou de non-conciliation est signé par la personne désignée et les parties.

⁷⁷⁸ Il faut cependant noter que la CRE n'a pas cette compétence de conciliation.

⁷⁷⁹ Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, (J.O.R.F. n° 174 du 27 juillet 1996, p. 11384).

⁷⁸⁰ Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004, relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (J.O.R.F., n° 159, du 10 juillet 2004, p. 12483).

⁷⁸¹ Décision n° 06-0044 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 10 janvier 2006 portant modification du règlement intérieur.

Dans d'autres Etats membres, cette compétence de conciliation a aussi été conservée. En effet, en Espagne, sous l'appellation d'arbitrage, la C.M.T et la C.N.E. sont compétentes respectivement pour procéder à un arbitrage privé entre les acteurs du secteur des communications électroniques ou du secteur énergétique, ainsi que dans tous les cas déterminés par voie réglementaire⁷⁸². La conciliation est gratuite, la procédure écrite, mais l'audience n'est pas publique. Elle s'exerce sur accord volontaire entre les parties et conformément aux dispositions relatives à cette fonction, la loi du 5 décembre 1988⁷⁸³. Les régulateurs italiens ont aussi reçu, par le biais de la loi du 14 novembre 1995⁷⁸⁴, cette compétence, dans les mêmes termes que la procédure de règlement des différends.

2 Le règlement des différends

A la différence de la procédure de conciliation, le règlement des différends, en tant que compétence « quasi-juridictionnelle », est entouré de garanties procédurales très précises. En effet, pour citer la CRE en exemple, le législateur a réformé son fonctionnement en conférant à un organe spécialisé et intégré dans la Commission, le Comité de règlement des différends et des sanctions, les compétences indiquées par sa dénomination. Sa composition traduit la « juridictionnalisation » de l'organe. Il est composé de deux conseillers d'Etat nommés par le vice-président du Conseil d'Etat, et de deux conseillers à la Cour de Cassation désignés par le premier président de la Cour de Cassation⁷⁸⁵. Au-delà de la composition de l'organe, certains éléments traduisent la conciliation entre l'efficacité de la régulation et la protection des garanties procédurales. En effet, conformément au droit communautaire, la procédure doit être rapide. Le délai est donc fixé à deux mois, avec une prolongation possible de deux autres mois si l'autorité l'estime utile⁷⁸⁶. Le principe du contradictoire est présent tout au long de la

⁷⁸² Pour la C.N.E., onzième disposition additionnelle, paragraphe 3, alinéa 1, point 9, *Ley 34/1998 de 7 de octubre*, précitée ; pour la C.M.T., article 48, alinéa 3, a), *Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée.

⁷⁸³ Ley 36/1988 del 5 de diciembre, *de arbitraje*, (BOE, n° 293 du 7 décembre 1988). Voir aussi : Nebreda Pérez J.-M.: « *Arbitraje y entes reguladores (C.N.E. y C.M.T.)* », *Revista del derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, número 13, 2002, p. 39-68.

⁷⁸⁴ Article 2, alinéas 20 d), 24 a), loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée. Voir, par exemple, la résolution n° 182/02/CONS du 8 juillet 2002 d'A.G.Com adoptant les règles relatives à la procédure de conciliation entre les opérateurs de télécommunications et les utilisateurs (G.U., n° 167 du 18 juillet 2002).

⁷⁸⁵ Article 5 de la loi n° 2006-1537, du 7 décembre 2006, relative au secteur de l'énergie (J.O.R.F., n° 284, du 8 décembre 2006, p. 18531), qui modifie l'article 28 de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, précitée. Sur l'influence de la jurisprudence sur la procédure de règlement des différends et des sanctions, voir *infra* p. 499 et s.

⁷⁸⁶ Les délais sont généralement respectés, la Commission ne relève que certains cas de dépassement au Royaume-Uni, aux Pays-Bas, en Autriche et au Portugal, in Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 3 décembre 2002, huitième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, réglementation et marché des télécommunications en 2002, (COM (2002) 695 final), p. 21.

procédure. Les parties sont à même de présenter leurs observations. Un échange de mémoires est donc organisé par écrit, dans un délai imparti. Le rapporteur désigné instruit l'affaire en toute indépendance et peut procéder aux mesures utiles d'instruction. Lors de l'audience, les parties, qui peuvent se faire assister, répondent aux questions de la Commission et des services, et présentent leurs observations orales. La décision de la Commission peut être assortie d'astreintes et prévoir des éléments spécifiques comme les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend, ou fixer, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités de l'accès aux réseaux, ouvrages et installations ou les conditions de leur utilisation⁷⁸⁷. De plus, le texte précise que la décision doit être motivée, notifiée aux parties et publiée au Journal officiel sous réserve des secrets protégés par la loi.

Enfin, en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant l'accès aux réseaux, ouvrages et installations ou leur utilisation, la commission peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner les mesures conservatoires nécessaires en vue notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux. Ces mesures peuvent comporter la suspension des pratiques portant atteinte aux règles régissant l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations, ou à leur utilisation. La loi précise enfin les délais de recours, la juridiction compétente ainsi que ses pouvoirs conférés à l'autorité chargée de régler les différends.

Les autres autorités de régulation, si elles n'ont pas toutes opté pour la séparation de l'organe décisionnel et de celui chargé du règlement des différends au sein de leur structure, ont en revanche toutes intégré cette modalité de résolution des conflits entre opérateurs⁷⁸⁸. Le droit communautaire, qui prévoit que l'A.R.N. prend une décision contraignante afin de résoudre les litiges entre les entreprises du secteur énergétique, postal et des communications électroniques, dans un délai maximum de quatre mois, a dès lors été appliqué à la lettre⁷⁸⁹. Il en est ainsi pour la *Bundesnetzagentur*⁷⁹⁰ qui peut être saisie par toute personne ou association dont les intérêts sont sérieusement lésés par les agissements d'un gestionnaire de réseau. La B.N.A. doit alors se prononcer dans le délai de deux mois, qui peut être prolongé d'une autre

⁷⁸⁷ Article 38, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée.

⁷⁸⁸ Voir par exemple, pour la C.N.E. en Espagne, onzième disposition additionnelle, alinéa 3, paragraphe 1, numéro 13, *Ley 34/1998 de 7 de octubre*, précitée, pour A.G.Com, en Italie, article 1, alinéa 11, Loi n° 249 du 31 juillet 1997, précitée. Pour OFGEM, paragraphe 23, *Electricity Act 1989* (1989, c. 29).

⁷⁸⁹ Voir par exemple, l'article 23 alinéa 5, directive 2003/54/CE, précitée.

⁷⁹⁰ Paragraphe 31, loi du 13 juillet 2005, précitée.

période équivalente. Elle détient aussi une compétence dans le domaine des différends transfrontaliers conformément au règlement du 26 juin 2003⁷⁹¹.

L'efficacité de cette modalité de règlement des différends se traduit par le nombre constant de décisions, entre dix et quinze par an pour l'ARCEP⁷⁹², de trois à cinq pour la CRE⁷⁹³ (le nombre restreint d'opérateurs explique ce chiffre). Dès lors, si cette compétence apparaît pour certains comme secondaire, elle n'en est pas moins un moyen très efficace pour les autorités de régulation de fixer, par leurs décisions, l'interprétation de certaines zones d'ombre et une ligne de conduite pour les acteurs du marché. En effet, l'ancien directeur général de l'A.R.T., Jean Marimbert, précise que « le règlement d'un différend n'est pas seulement le dénouement d'un litige commercial important et parfois crucial pour la partie qui a saisi le régulateur, mais c'est aussi l'expression d'une ligne de conduite proportionnée et équitable qui a vocation à être ensuite spontanément appliquée par les acteurs du marché placés dans des situations similaires »⁷⁹⁴. Ainsi, le règlement des litiges, pouvoir indépendant conféré aux ARI, a permis de propager la doctrine des autorités de régulation⁷⁹⁵. Il en est de même du pouvoir de sanction qui par un effet dissuasif et éducatif permet au régulateur d'adresser des « signaux »⁷⁹⁶ aux opérateurs du marché.

⁷⁹¹ Règlement n° 1228/2003, du Parlement et du Conseil, du 26 juin 2003, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, (J.O.U.E. n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 1).

⁷⁹² OFCom se situe en 2006 à 8 procédures abouties de règlement des différends, voir : OFCom, Rapport d'activité 2006, p. 71.

⁷⁹³ Un chiffre en diminution constante selon le rapport de la CRE de 2007, in CRE, Rapport public 2007, p. 50, alors que la C.N.E., en Espagne, a mené à bien 13 procédures de règlement des différends pendant l'année 2006, C.N.E., Rapport d'activité 2006, p. 162 et s.

⁷⁹⁴ Marimbert J. : « L'office des autorités de régulation » in Rencontres petites affiches, 6 février 2002, « Droit de la régulation : questions d'actualité » sous la direction scientifique de M.A. Frison-Roche, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n° 110, p. 74.

⁷⁹⁵ L'arrêt du 28 avril 1998 de la Cour d'appel de Paris illustre bien cette approche téléologique de l'interprétation des pouvoirs du régulateur, lorsque la Cour déduit des termes de l'article L 36-8 du C.P.T sur le règlement des différends 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 aux services de télécommunications », CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 28 avril 1998, *France Télécom c/ Compagnie générale de vidéocommunication*, n° 97/17849 ; Costes L., « Confirmation du rôle de l'Autorité de régulation des télécommunications dans l'arbitrage des conflits », *Revue Lamy Droit des affaires*, 1998, n° 6, p. 28 ; Frayssinet J., « La compétence et les pouvoirs de l'Autorité de Régulation des Télécommunications pour la fourniture de la connexion à l'Internet sur les réseaux câblés », *Revue Lamy du droit de l'immatériel (ex Lamy droit de l'informatique)*, 1998, n° 108, p. 9 ; Mongermont T., *Revue du droit de l'informatique et des Télécoms*, 1999, n° 1, p. 56.

⁷⁹⁶ En ce sens, Marimbert J. : « L'office des autorités de régulation », précité, p. 74.

C Le pouvoir de sanction relativement étendu mais encadré

Le pouvoir de sanction dont disposent les autorités de régulation indépendantes est apparu, au sens des institutions nationales et communautaire, comme le complément naturel de la régulation, pour que celle-ci conserve son efficacité. En effet, pour assurer un certain équilibre dans un système par nature instable et faire respecter le plus rapidement possible les mesures édictées, les régulateurs doivent disposer d'une large palette de pouvoirs dans laquelle s'inscrit la répression des comportements contraires aux règles du marché concerné. La sanction présente ainsi des avantages déterminants en termes de simplicité, d'efficacité, de rapidité, d'acceptabilité et de prévention⁷⁹⁷. Elle permet d'éviter la saisine préalable du juge, est entourée d'une procédure relativement simple⁷⁹⁸, est immédiatement exécutoire et est adaptée à la résolution des contentieux de masse. Enfin, argument de poids pour les ARI, « la sanction administrative est réputée infligée par un auteur disposant de la compétence technique et de l'expérience pratique requises pour apprécier les fautes commises et proportionner la sanction à celles-ci »⁷⁹⁹.

Cependant, octroyer un pouvoir de sanction à une autorité de régulation indépendante a suscité certaines controverses en France, notamment eu égard au principe de séparation des pouvoirs. Le Conseil Constitutionnel, par ses décisions, a néanmoins accepté la nécessité de confier une telle prérogative aux autorités administratives indépendantes à la fin des années quatre-vingt, en l'encadrant très fortement. L'étude des pouvoirs de sanction dans l'ensemble des Etats membres témoigne, en outre, de certaines différences qui mettent en lumière une indépendance plus ou moins prononcée dans ce domaine.

⁷⁹⁷ En ce sens, Thierry Tuot estime que l'idée de la juridictionnalisation de la sanction, c'est-à-dire la confier au juge dans le domaine de la régulation, doit être combattue car elle nuirait à l'efficacité de celle-ci : Tuot T. : « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », in « Les sanctions administratives », *A.J.D.A.*, numéro spécial, 2001, p. 137.

⁷⁹⁸ La plupart des critiques relatives à la jurisprudence visant à encadrer la procédure de sanctions dans des règles procédurales visent explicitement les contraintes en termes de souplesse et de rapidité. En ce sens, voir Luben I. : « Le pouvoir de sanction de l'autorité de régulation des télécommunications », in « Les sanctions administratives », *A.J.D.A.*, numéro spécial, 2001, p. 121.

⁷⁹⁹ Sauvé J.-M. : « Les sanctions administratives en droit public français », in « Les sanctions administratives », *A.J.D.A.*, numéro spécial, 2001, p. 13.

1 L'encadrement du pouvoir de sanction

Il est étonnant qu'une même entité puisse cumuler un pouvoir normatif (pouvoir réglementaire et décisionnel) et un pouvoir répressif. En effet, en France, une interprétation stricte du principe de séparation des pouvoirs, tel qu'énoncé à l'article 16 de la Déclaration de 1789⁸⁰⁰, interdirait ce cumul des fonctions dans les mains de la même autorité. Cependant, en pratique, l'octroi de pouvoirs de sanction a toujours été admis, que ce soit entre les mains d'autorités administratives ou d'A.A.I. Le Conseil Constitutionnel a néanmoins oeuvré pour l'encadrer de garanties et le limiter parfois. Le législateur français, à l'heure de doter les instances de régulation d'une telle prérogative, s'est inspiré des décisions du Conseil pour préserver les exigences procédurales que celui-ci avait imposées.

Le Conseil Constitutionnel a tout d'abord coupé court à l'argument de la violation du principe de séparation des pouvoirs en estimant que « la loi peut, (...) sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction »⁸⁰¹. Dès lors, comme le souligne Catherine Teitgen Colly, « le principe de séparation ne détermine donc pas un mode spécifique de répartition des compétences, il n'impose qu'une distribution des compétences et laisse à la Constitution le soin d'en définir le mode »⁸⁰². Au-delà du rejet de l'atteinte à ce principe, le Conseil Constitutionnel ne voit pas non plus d'objection à ce que ce soit une autorité administrative qui l'exerce. Il a donc validé le principe de la répression administrative en son ensemble, en précisant que « le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction (...) »⁸⁰³. Mais avec ce considérant il prend aussi position sur la nature des A.A.I., et partant des ARI : elles ont une nature administrative et non juridictionnelle, même si elles exercent des fonctions « quasi-juridictionnelles ».

Le Conseil Constitutionnel s'est employé à limiter le champ d'application de ces fonctions qualifiées de « quasi-juridictionnelles », mais il a aussi, au fil de sa jurisprudence,

⁸⁰⁰ Article 16 D.D.H.C. : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

⁸⁰¹ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée, considérant numéro 27.

⁸⁰² Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », R.D.P., 1990, p.195.

⁸⁰³ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, précitée, considérant numéro 6.

entouré leur fonctionnement de garanties procédurales semblables à celles mises en oeuvre devant des juridictions.

Dans la décision relative au C.S.A., le Conseil a précisé que les pouvoirs de sanction s'exerçaient « dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission »⁸⁰⁴. La solution est réitérée dans la décision relative à la loi de réglementation des télécommunications, et il vérifie strictement que le pouvoir de l'A.R.T. a bien été circonscrit par le législateur, en ces termes : « les infractions aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à l'activité d'un exploitant de réseau ou d'un fournisseur de services sont celles liées à l'application du Code des postes et télécommunications et des autorisation données aux opérateurs pour leur activité dans les télécommunications ; que la loi n'a pas pour effet de permettre à l'autorité de régulation de sanctionner des infractions à des législations d'une autre nature »⁸⁰⁵. De plus, le Conseil constitutionnel a veillé à entourer le pouvoir de sanction de certaines garanties procédurales⁸⁰⁶. Il vérifie et pose donc comme condition à l'octroi d'un pouvoir de sanction, dans la décision relative à la C.O.B., que l'exercice de ce pouvoir soit « assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »⁸⁰⁷.

Il a aussi implicitement précisé la teneur de ces mesures par leur vérification dans les décisions relatives au C.S.A., à la COB et à l'A.R.T.⁸⁰⁸. Elles doivent permettre à l'intéressé de présenter ses observations et d'accéder à son dossier. La procédure doit être contradictoire et permettre l'existence d'un recours devant une juridiction. Elle doit permettre à celui qui fait l'objet d'une sanction, dans l'hypothèse d'un recours non suspensif, de demander un sursis à exécution. Quant à la sanction en elle-même, le Conseil relève, outre le principe de légalité des délits et des peines, son absence d'automaticité, l'obligation de motivation, le principe de sa proportionnalité et sa prescription triennale. De plus, la sanction doit impérativement être exclusive de toute privation de liberté⁸⁰⁹. Enfin, pour mettre en oeuvre la règle *non bis in idem*, après avoir estimé qu' « une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se

⁸⁰⁴ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée, considérant numéro 27.

⁸⁰⁵ Décision n° 96-378 DC, du 23 juillet 1996, précitée, considérants numéros 15 et 16.

⁸⁰⁶ Ces garanties procédurales ont été notamment consacrées par le législateur *a priori* dans la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (J.O.R.F., du 12 juillet 1979, p. 1711) et *a posteriori* dans la loi n° 2000-321, du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (J.O.R.F., du 13 avril 2000, p. 5646).

⁸⁰⁷ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, précitée, considérant numéro 6.

⁸⁰⁸ Respectivement, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, précitée, et décision n° 96-378 DC, du 23 juillet 1996, précitée.

⁸⁰⁹ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, précitée, considérant numéro 6.

cumuler avec une sanction pénale »⁸¹⁰, il revient à l'affirmation précédemment admise que « le montant global des sanctions prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »⁸¹¹.

Comme pour l'octroi d'un pouvoir de sanction à des autorités administratives en général, celui qui se réfère aux A.A.I., donc aux ARI, n'a pas posé de problème de constitutionnalité dans les autres Etats membres. En témoigne le cas espagnol qui se fonde sur l'article 25 de sa constitution pour octroyer à l'administration un pouvoir de répression. En effet, son alinéa 3 dispose que : « L'administration civile ne pourra pas imposer des sanctions impliquant, de façon directe ou subsidiaire, une privation de liberté ». Interprété *a contrario* il laisse à l'administration civile toute liberté pour imposer des sanctions non privatives de liberté. Or, comme en France, le Tribunal Constitutionnel espagnol reconnaît aux autorités administratives indépendantes leur nature administrative⁸¹², ce qui permet de leur octroyer un pouvoir de sanction. Ainsi, les ARI de tous les Etats membres sont dotées, conformément à la réglementation communautaire, d'un pouvoir de sanction dans l'optique de réprimer les comportements contraires aux législations sectorielles en vigueur.

2 La teneur du pouvoir de sanction révèle des variations entre les Etats membres

Avant d'évoquer la teneur du pouvoir de sanction dans un sens strict, il convient de soulever deux problématiques tenant au paradoxe inhérent au pouvoir de sanction dans le domaine de la régulation. En premier lieu, la sanction témoigne d'une forme de régulation qui se rapproche plus du dirigisme économique que de la modification des comportements des opérateurs par la concertation. En ce sens, Ivan Luben estime que « le prononcé d'une sanction (...) devient l'*ultima ratio* de la régulation et, par là même, plus le témoin d'un certain échec d'une régulation conçue comme un processus progressif et dynamique que le

⁸¹⁰ Décision n° 96-378 DC, du 23 juillet 1996, précitée, considérant numéro 15.

⁸¹¹ La Décision n° 97-395 DC, du 30 décembre 1997, *loi de finances pour 1998* (Mathieu B., Verpeaux M., Aivazzadeh-Barré V. S., *L.P.A.*, 22 juin 1998 (74), p. 20 ; Philip L., « Loi de finances pour 1998 », *R.F.D.C.*, 1998, p. 160 ; Pierre J.-L., « Principe de proportionnalité des peines et cumul des sanctions pour fraude fiscale », *Procédures*, 1998 (4), p. 24 ; Schiele P., « Cumul des sanctions fiscales répressives et des sanctions pénales pour fraude fiscale », *Procédures*, 1998 (8), p. 4 ; Schoettl J.-E., « Loi de finances pour 1998 », *A.J.D.A.*, 1998, p. 118 ; Zarka J.-C., « La décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1997 relative à la loi de finances pour 1998 », *J.C.P.*, 1998, Act., p. 261) considérant numéro 41, reprend donc l'appréciation de la décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, précitée, considérant numéro 22.

⁸¹² Il en est ainsi pour la Banque d'Espagne (S.T.C. 135/1992, du 5 octobre 1992, (BOE n. 260 du 29 octobre 1992), point II, 3, alinéa 3) et pour le Tribunal de défense de la concurrence (S.T.C. 208/1999, du 11 novembre 1999, (BOE, n. 300 du 16 décembre 1999) point II, 2, a) alinéa 2)).

signe de la sauvegarde de la légalité »⁸¹³. En second lieu, comme conséquence du fait que la sanction soit une solution de dernier recours, la procédure de la mise en demeure préalable dans certains Etats membres permet à l'opérateur de se mettre en conformité avec ses obligations avant qu'une procédure formelle de sanction soit engagée⁸¹⁴. Cette procédure s'explique aisément en considérant le caractère contre-productif de la sanction administrative dans le domaine de la régulation. En effet, la sanction financière est directement répercutée sur le consommateur dans la mesure où les opérateurs, proposant un tarif devant recouvrir leurs charges, intègrent *a priori* ou *a posteriori* le montant des sanctions qu'ils sont susceptibles de subir ou qu'ils ont effectivement liquidées⁸¹⁵. Il faudrait dès lors réfléchir à des sanctions ne portant pas un préjudice direct au consommateur⁸¹⁶. Le droit italien propose en ce sens une limite aux sanctions administratives en prévoyant que les autorités de régulation peuvent, en cas de violation répétée par les opérateurs de leurs obligations, ordonner la suspension de leurs activités si cela n'empêche pas les consommateurs de profiter du service rendu⁸¹⁷. Il est cependant possible de se demander comment une suspension d'activité n'entraîne pas, *de facto*, une rupture du service pour le consommateur. En tout état de cause, le pouvoir de sanction trouve sa première faiblesse dans son inefficacité à s'adapter au domaine de la régulation des réseaux.

La grande majorité des ARI étudiées est donc dotée d'un pouvoir de sanction plus ou moins indépendant, dans la limite du champ d'application prévu par le législateur et sous réserve d'un recours de pleine juridiction⁸¹⁸. Fait seulement figure d'exception la C.N.E. qui n'est pas dotée de ce type de pouvoir mais instruit juste les dossiers relatifs à des sanctions

⁸¹³ Luben I. : « Le pouvoir de sanction de l'autorité de régulation des télécommunications », précité, p. 128.

⁸¹⁴ Notamment en France, pour l'ARCEP, articles L 5-3 et L 36-11 C.P.C.E., et pour le CRE, article 40, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143) modifiée. Au Royaume-Uni, la technique de la mise en demeure est matérialisée par les « *provisional orders* » qui sont des injonctions adressées aux opérateurs pour se conformer à leurs obligations. Ces mesures interviennent avant toute sanction financière ou suspension d'autorisation. En ce sens, article 23 *Postal Services Act* 2000 (2000, c. 26).

⁸¹⁵ En ce sens, Tuot T. : « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », précité, p. 136.

⁸¹⁶ Le préjudice retombe sur le consommateur ainsi que sur l'ensemble des contribuables. En effet, les amendes infligées sont considérées, en l'absence de loi contraire, comme des charges déductibles pour le calcul du bénéfice imposable, selon l'avis du Conseil d'Etat (CE, Avis, Sect., 29 décembre 2004, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ S.A. Joseph Perasso et fils*, n° 269992, Rec. Leb. p. 471, concl. Olléon L., *Droit fiscal*, n°47, 24 novembre 2005, p. 1819 ; Berezyiat F. « Déductibilité des sanctions : on peine à comprendre », *Revue de Jurisprudence Fiscale*, n°4, 1^{er} avril 2005, p.211 ; Turot J. « Déductibilité des sanctions non pénales », *Bulletin de Gestion Fiscale des Entreprises*, n°2, 1^{er} avril 2005, p. 14) ; Tuot T. : « Les amendes infligées par les régulateurs sont des charges déductibles (Perasso) », *Concurrences*, n° 2-2005, p. 100.

⁸¹⁷ Article 2, alinéa 20, b) Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée.

⁸¹⁸ Voir par exemple les articles L 5-3 alinéa 2 et L 36-11 alinéa 5 du C.P.C.E. pour les décisions de l'ARCEP dans le domaine des postes et communications électroniques.

qui lui sont transmis par les différentes administrations de l'Etat espagnol⁸¹⁹. D'autres différences peuvent être relevées entre les Etats membres mettant en avant le degré d'indépendance dans le pouvoir de sanction dont elles disposent.

En premier lieu, il est possible de noter des différences sur le champ d'application des sanctions. Si certaines ARI sont les gardiennes du respect du droit applicable au secteur, d'autres ne peuvent sanctionner que les manquements à des obligations limitativement énumérées, et les dernières trouvent leurs pouvoirs cantonnés aux manquements à leurs propres décisions, générales ou relatives à une procédure de règlement des différends, ou à une obligation d'information. En effet, il suffit par exemple de citer le champ d'application des compétences répressives de l'ARCEP qui s'étend, selon l'article L. 36-11, aux manquements des opérateurs relatifs aux « dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en oeuvre »⁸²⁰. Avec un degré un peu moins étendu, le Royaume-Uni ne conçoit le pouvoir de sanction que sur des domaines énumérés de manière limitative⁸²¹. Ces deux derniers cas peuvent enfin être comparés avec celui des ARI italiennes qui ne peuvent que sanctionner la violation des règles qu'elles ont édictées, que ce soit par le biais d'actes généraux, individuels ou résultant d'un règlement des différends⁸²².

En deuxième lieu, les pouvoirs de sanction conférés aux ARI ne sont pas les mêmes entre les Etats membres. Généralement, deux types de sanctions peuvent être adressées aux opérateurs en situation d'infraction. Il s'agit d'une part de sanctions financières et d'autre part de suspensions d'autorisations qui peuvent être temporaires ou définitives. Elles sont adressées dans le respect des principes procéduraux relatifs aux droits de la défense. En effet, les sanctions sont motivées⁸²³ et respectent le principe du contradictoire⁸²⁴. Il y a prescription sur les faits s'ils remontent à plus d'une certaine durée⁸²⁵.

⁸¹⁹ Onzième disposition additionnelle, article 3, paragraphe 3, alinéa 11, de la *ley 34/1998 de 7 de octubre*, précitée.

⁸²⁰ Par contre, les pouvoirs de sanction de la CRE, comme pour les régulateurs au Royaume-Uni, sont énumérés de manière limitative. En ce sens, voir l'article 40, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, préc.

⁸²¹ Les textes relatifs au domaine énergétique, aux communications électroniques et aux postes déterminent strictement les pouvoirs de sanction des régulateurs indépendants par des références textuelles. Voir par exemple, l'article 94 renvoyant à l'article 45 du *Communications Act 2003*, (2003, c. 21).

⁸²² Article 2, alinéa 20, b), loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée.

⁸²³ En France, pour l'ARCEP, articles L 5-3 et L 36-11 C.P.C.E., et pour le CRE, article 40, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée. Au Royaume-Uni, voir par exemple l'article 94 *Communications Act 2003*, (2003, c. 21) et l'article 59 de l'*Utilities Act 2000* (2000, c. 27).

⁸²⁴ En France et au Royaume-Uni, les opérateurs sont à même de présenter leur point de vue sur l'opportunité d'une sanction. En ce sens, dans le domaine postal, les sanctions sont prononcées après que l'intéressé ait pu recevoir notification des griefs, mis à même de consulter le dossier et de présenter ses observations écrites et

Si toutes les ARI peuvent adresser des sanctions financières, dont le montant et le plafond sont explicités dans les textes législatifs (principe de légalité des délits et des peines), ceci dans le respect du principe de proportionnalité, il n'en est pas ainsi des suspensions d'autorisations qui ne font partie du panel de sanctions que de certaines ARI. En effet, à la différence des autres Etats membres⁸²⁶, en Italie, les régulateurs doivent, pour suspendre une autorisation ou une concession, en faire la proposition au ministre responsable. Celui-ci n'est pas lié par la proposition. Il peut la rejeter et demander une nouvelle proposition motivée. Si la deuxième proposition est encore rejetée, elle sera transmise au Premier ministre qui décidera après avoir consulté le Conseil des ministres⁸²⁷.

En troisième lieu, en cas d'urgence, certaines autorités de régulation peuvent ordonner des mesures conservatoires. Il en est ainsi par exemple de l'ARCEP qui, en cas d'atteintes graves à leurs obligations par les opérateurs, peut ordonner, sans mise en demeure préalable, des mesures conservatoires. Ces mesures ont une durée limitée puisqu'elles peuvent être confirmées, donc suspendues, après avoir donné à la personne concernée la possibilité d'exprimer son point de vue et de proposer des solutions⁸²⁸. Les autorités de régulation italiennes disposent du même type de pouvoirs, mais ne peuvent en faire usage que dans le cadre de leurs compétences répressives, c'est-à-dire en cas de manquements répétés aux dispositions qu'elles ont édictées ou à l'obligation d'information. Cependant, comme il a été précisé, ces mesures provisoires ne doivent pas affecter le bon déroulement du service rendu aux usagers, ce qui limite substantiellement cette mesure⁸²⁹.

En dernier lieu, les modalités de saisine sont un élément traduisant la plus ou moins grande indépendance dans le processus de sanction. Si toutes les ARI peuvent se saisir d'office d'un comportement répréhensible, elles ne peuvent pas toutes recevoir de plaintes de la part des parties intéressées. Cet élément est néanmoins un complément très efficace dans la

orales, article L 5-3 C.P.C.E. (il en est de même pour le domaine des communications électroniques et de l'énergie) et article 32 *Postal Services Act* 2000 (2000, c. 26).

⁸²⁵ En général, cette durée est de trois ans comme en France. Cependant en Espagne, le texte relatif aux sanctions dans le domaine des télécommunications prévoit trois types d'infractions : les « très graves », les « graves » et les « légères ». Les premières sont prescrites au bout de trois ans, les secondes au bout de deux ans et les dernières au bout de six mois. En ce sens, article 57, *ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée.

⁸²⁶ Voir par exemple le Royaume-Uni qui utilise la suspension des autorisations comme dernier recours de la régulation *ex post* après avoir proposé toutes les mesures nécessaires au rétablissement de la situation ou des pénalités financières. En ce sens, articles 94 à 103, *Communications Act* 2003, (2003, c. 21).

⁸²⁷ Article 2, alinéas 13 o) et q), et 20 b), loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée.

⁸²⁸ Article L 36-11 alinéa 3, C.P.C.E. Il faut souligner que l'ARCEP ne dispose pas de tels pouvoirs dans le domaine postal, voir article L 5-3 C.P.C.E.

⁸²⁹ Article 2, alinéa 20 b), loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée.

recherche d'infractions. Dès lors, en l'absence d'une saisine élargie, seules les ARI qui auront des moyens humains et des capacités d'investigations suffisants pour se rendre compte de la commission d'infractions seront efficaces dans leurs recherches. En cas contraire, et il a été observé un manque de moyens humains assez important⁸³⁰, les ARI ne pourront pas surveiller le secteur comme il se doit. Leur efficacité fonctionnelle en sera entachée et par conséquent leur légitimité. Seuls les régulateurs français peuvent, selon les textes institutifs, être saisis d'un manquement, de la part des opérateurs, par des personnes intéressées. Par exemple, l'ARCEP peut être saisie par le ministre responsable, une organisation professionnelle, une association agréée d'utilisateurs ou une personne physique ou morale concernée⁸³¹. Dès lors, l'ouverture de la saisine, si elle ne conditionne pas l'opportunité des poursuites, facilite le travail de l'autorité indépendante dans la mesure où elle pourra être amenée à connaître de comportements qu'elle n'aurait pu déceler par le biais de ses propres services.

Ainsi, la limitation du champ d'application des pouvoirs de sanction, la pauvreté des outils pouvant servir de menace contre les comportements répréhensibles, ainsi que l'étroitesse de la saisine des autorités de régulation démontrent que les ARI ne peuvent toutes se prétendre les gardiennes de la régulation du système. Dès lors, elles sont certes indépendantes dans leur champ de compétences mais non dans le domaine de la régulation des marchés.

⁸³⁰ Sur ce point, voir *supra*, p. 342 et s.

⁸³¹ Articles L 5-3 et L 36-11 du C.P.C.E. Même si la formulation est différente, la CRE peut être saisie dans les mêmes termes, article 40, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée.

Conclusion du chapitre

Par conséquent, il résulte de l'étude de l'indépendance d'action des ARI que celle-ci est limitée par l'encadrement fonctionnel du pouvoir réglementaire. Cet encadrement trouve sa cause dans la confusion engendrée par les directives de libéralisation qui ont laissé le champ libre aux Etats membres pour désigner, comme Autorité de régulation nationale, à la fois le ministre compétent, qui n'est pas indépendant du secteur régulé, et les ARI. La dilution de la fonction de régulation entre ces deux entités a provoqué un enchevêtrement des compétences qui, *de facto*, implique des liens entre les régulateurs indépendants et le pouvoir exécutif. Ces liens sont amplifiés par le fait que les textes instituant les ARI n'ont pas tous affirmé explicitement leur indépendance fonctionnelle. La conséquence directe de ces éléments s'observe à travers certains cas de subordination hiérarchique de l'ARI par rapport au ministre ou au gouvernement. Ainsi, il est impossible de dire que les régulateurs disposent d'une réelle indépendance fonctionnelle. En effet, d'une part certaines ARI n'ont pas de personnalité juridique, l'Etat répond par conséquent de leurs actes, ce qui laisse planer une présomption de subordination de l'entité dite indépendante. D'autre part, certaines ARI sont tenues de prendre des décisions de concert avec l'autorité gouvernementale responsable, d'autres peuvent recevoir des instructions émanant du gouvernement, ou voir leurs actes homologués ou même réformés par le ministre compétent. Dès lors, la prescription communautaire selon laquelle « les Etats membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales »⁸³², n'est pas vérifiée, en l'état actuel de la législation des Etats membres étudiés.

Cependant, s'il est possible de critiquer la relativité de l'indépendance fonctionnelle des régulateurs, il faut aussi observer les inconvénients que l'existence, même si elle est perfectible, de l'indépendance organique peut avoir sur l'octroi de pouvoirs aux ARI. En effet, les législateurs nationaux se basant parfois sur les règles constitutionnelles nationales, qui imposent un encadrement des pouvoirs des ARI, ont limité ceux-ci pour éviter une dépossession des autorités gouvernementales compétentes. Par conséquent, les ARI sont

⁸³² Article 3, directive 2002/21/CE, précitée ; selon cet article, « les Etats membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient (...) fonctionnellement indépendantes », cependant, il apparaît que l'expression « fonctionnellement » traduit plus l'indépendance de fonctionnement que l'indépendance fonctionnelle, telles que définies précédemment (voir *supra* p. 362 et s.). Pour le secteur de l'énergie les ARN doivent être « totalement indépendantes du secteur de l'électricité », article 23, directive 2003/54/CE, précitée, ou « totalement indépendantes du secteur du gaz », article 25 directive 2003/55/CE, précitée.

victimes à la fois d'une indépendance fonctionnelle très relative, mais aussi d'une « indépendance affichée »⁸³³ qui les empêche de disposer de pouvoirs suffisants pour réguler l'ensemble du secteur dont ils devraient avoir la charge.

En effet, il résulte de l'étude des pouvoirs administratifs classiques puis des pouvoirs « quasi-juridictionnels » des ARI, que les premiers sont limités, dans la mesure où les législateurs nationaux ont préféré faire prévaloir la régulation par la consultation sur la régulation par la contrainte normative émanant des ARI. Au contraire, les pouvoirs « quasi-juridictionnels », qu'il s'agisse des pouvoirs d'investigation, d'arbitrage ou de sanction, sont un peu plus étendus. La raison de ce déséquilibre entre les outils de la régulation *ex ante* et ceux de la régulation *ex post* s'explique aisément. Seuls les pouvoirs de réglementation et de décisions individuelles posent problème eu égard à l'indépendance organique des ARI. Les pouvoirs « quasi-juridictionnels » sont, en revanche, d'autant plus acceptables qu'ils émanent d'un organe qualifié d'indépendant, à l'image d'une juridiction. Mais, puisque l'objectif communautaire est bien une concurrence optimale des services en réseaux, la régulation *ex ante* devrait tendre à s'amoinrir, alors que la régulation *ex post* devrait pérenniser. La situation actuelle est donc adaptée à l'évolution prévue du marché⁸³⁴, mais elle ne l'est pas pour favoriser cette évolution. En témoigne l'utilisation croissante du pouvoir informel des recommandations pour pallier les déficiences normatives.

Deux solutions prospectives s'offrent alors au regard de ces constatations. Si les Etats membres se désengagent de leurs opérateurs, ce qui arrivera peut-être dans les années à venir, alors, ils pourront confier des pouvoirs conséquents à leurs autorités de régulation en supprimant le principe d'indépendance, qui ne sera plus nécessaire au regard de la situation de conflit d'intérêt. Dès lors, les autorités indépendantes de régulation ne seront plus que de simples agences de régulation sous le contrôle, ce qui sera légitime, du gouvernement. Elles seront dotées de compétences exécutives conséquentes et pourront mener à bien la fonction de régulation sans les inconvénients d'une administration, c'est-à-dire de manière efficace et rapide. L'augmentation des pouvoirs des autorités de régulation favorisera alors l'apparition

⁸³³ L'« indépendance affichée », ainsi que l'« indépendance théorique », sont des termes délibérément choisis pour décrire l'indépendance organique qui a pour objectif de se prémunir contre toute intervention du gouvernement dans le domaine du régulateur. Cependant, en pratique, il n'y a que l'indépendance fonctionnelle qui, si elle était absolue, aurait comme résultat l'absence d'intervention du gouvernement.

⁸³⁴ L'évolution prévue du marché concerne le deuxième stade de la régulation qui est économique. La régulation a comme objectif de garantir l'égalité des chances entre un opérateur historique jouissant toujours d'une forte position dominante et de nouveaux entrants. Il implique le recours majoritaire à l'arbitrage, au règlement des différends et aux sanctions pour régler les conflits qui peuvent naître. En ce sens, Lasserre B. : « L'autorité de régulation des télécommunications, ART », *A.J.D.A.*, 1997, numéro spécial « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation », p. 225.

et le maintien d'un marché concurrentiel. Si, en revanche, les Etats membres conservent leur investissement dans les opérateurs de réseaux, alors la régulation tendra à se concentrer sur ses missions « quasi-juridictionnelles » puisque les missions administratives classiques sont très difficilement conciliables avec l'indépendance organique du régulateur¹. Dans ce cas, la seule solution serait de conforter l'indépendance fonctionnelle du régulateur en évitant que les gouvernements aient la possibilité d'intervenir de manière directive, ou corrective, dans l'activité de celui-ci. Ceci ne va pas sans une contrepartie incontournable qui est l'organisation d'un réel encadrement des entités indépendantes par les chambres et le juge.

¹ Cette évolution suit ce que Bruno Lasserre avait déjà expliqué en 1997 en développant les différents stades de la régulation. En effet, le premier stade de la régulation est essentiellement juridique et technique, il vise à définir les conditions d'entrée sur le marché, donc implique le recours à des outils administratifs classiques comme le pouvoir réglementaire ou de décisions individuelles. Le deuxième stade de la régulation est économique, dans le but de garantir l'égalité des chances entre un opérateur historique jouissant toujours d'une forte position dominante et de nouveaux entrants. Il implique le recours majoritaire à l'arbitrage, au règlement des différends et aux sanctions pour régler les conflits qui peuvent naître. Le dernier stade est comportemental, il voit les parts de marché se rééquilibrer et l'objectif est avant tout de prévenir les risques de pratiques anticoncurrentielles, in Lasserre B. : « L'autorité de régulation des télécommunications, ART », précité, p. 225.

Chapitre II : Les contreponds nécessaires de l'indépendance

Comme il a pu être observé, l'indépendance d'action des ARI est très relative dans la mesure où le gouvernement peut parfois exercer un encadrement fonctionnel sur leur activité. Cette situation n'est pas conforme au principe de l'indépendance requis implicitement par le droit communautaire. Dès lors, il faudrait supprimer toute possibilité, pour le pouvoir exécutif interventionniste d'influencer l'activité des régulateurs. Cependant, indépendance ne veut en aucun cas signifier absence d'*accountability*. Ce terme anglophone n'a pas de correspondance exacte dans le vocabulaire juridique français⁸³⁵. Il se traduit par la « responsabilité » mais ne doit pas être entendu comme la responsabilité politique du gouvernement ou la responsabilité civile. L'*accountability* suppose un ensemble de mécanismes de « reddition de comptes »⁸³⁶ face aux citoyens comme aux pouvoirs publics. Le contrôle juridictionnel, en tant que contreponds de l'indépendance visant à garantir le respect de la légalité par le contrôle des actes émis, participe de cette recherche d'*accountability*⁸³⁷. Pour ne pas alourdir le propos, l'*accountability*, la reddition de comptes et la responsabilité seront employés indifféremment en faisant toujours référence au sens du premier des trois termes.

Les ARI, sous peine de porter atteinte à l'équilibre institutionnel, ne peuvent pas être totalement indépendantes des trois pouvoirs de l'Etat. L'idée est donc de réorganiser l'encadrement fonctionnel pour qu'il n'implique pas l'intervention gouvernementale mais permette un nécessaire contreponds à l'indépendance des ARI. Il doit donc être mis en place exclusivement devant le Parlement, pour son aspect politique et technique, et devant le juge pour son aspect contentieux⁸³⁸. Ainsi organisé, l'encadrement donnerait une réelle légitimité à

⁸³⁵ Sur ce point Lombard M. : « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 2005, p. 537.

⁸³⁶ La reddition de comptes ne doit pas être entendue au sens juridiquement consacré du terme (opération consistant, de la part d'un mandataire, d'un administrateur du patrimoine d'autrui, d'un comptable, à présenter à l'amiable ou en justice son compte de gestion, Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 8^{ème} éd. 2007) mais comme la justification de l'activité de l'autorité de régulation indépendante.

⁸³⁷ Comme le souligne Martine Lombard « Face aux pouvoirs de décision conférés à une autorité administrative, le contre-pouvoir est pourtant d'abord celui du juge, à supposer qu'il puisse intervenir », Lombard M. : « Introduction générale », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 6.

⁸³⁸ Il ne faut cependant pas occulter la légitimité dont bénéficient les ARI par l'efficacité de leur travail vis-à-vis du secteur régulé. En effet, à la question de la légitimité démocratique des ARI, « la réponse usuelle des régulateurs eux-mêmes est de souligner qu'ils sont responsables de leurs actes sur le marché et qu'ils perdraient toute autorité s'ils n'avaient plus la confiance des acteurs du marché » (Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, précité, p. 223). Cependant, au-delà du risque de capture qu'engendre cette logique, la situation ne doit pas être considérée comme suffisante et il serait opportun que la légitimité émane aussi, et principalement, d'un contrôle parlementaire et juridictionnel.

l'action des ARI et garantirait d'autant plus leur indépendance fonctionnelle par rapport aux influences gouvernementales.

Par conséquent, en premier lieu, il serait intéressant d'envisager une *accountability* des régulateurs indépendants devant les Parlements nationaux. Ceux-ci, au regard des traditions constitutionnelles communes sont les plus légitimes pour exercer un contrôle sur l'activité des ARI en tant qu'entité administrative indépendante des gouvernements⁸³⁹. La proposition aurait le double avantage de ne pas être en contradiction avec le droit communautaire et d'être en conformité avec l'esprit d'un contrôle démocratique. Certes, les ARI sont déjà tenues d'informer régulièrement les chambres et parfois de se présenter devant elles pour des auditions. Cependant, la pratique de cette reddition de comptes révèle des imperfections qu'il serait opportun de corriger. En ce sens, la présente étude propose des éléments pour assurer un encadrement parlementaire effectif de l'activité des ARI. Il s'agit de reconcevoir le rapport annuel, c'est-à-dire le document d'information qui sert, entre autres, de base de travail entre le régulateur et les chambres, pour que celui-ci devienne un instrument d'évaluation répondant aux attentes des parlementaires. De plus, il faudrait envisager des outils efficaces pour que la reddition de comptes soit suivie d'effets. Les mesures contraignantes n'apparaissent pas conformes à l'idée d'indépendance de la régulation. Dès lors, l'usage de « recommandations » ou de « propositions » pourrait être une solution médiane pour que les ARI se sentent liées, sans être formellement subordonnées, par l'avis des parlementaires. Enfin, l'idée de la création d'une commission parlementaire spécialisée dans les secteurs régulés doit être approfondie pour que le contrôle démocratique soit réellement efficace.

En second lieu, l'encadrement fonctionnel passe aussi par le contrôle juridictionnel des actes édictés par les ARI. Le principe de l'Etat de droit, ainsi que les règles communautaires, conventionnelles et constitutionnelles, sont unanimement interprétés dans le sens d'un droit au recours juridictionnel effectif. Cela s'est déjà traduit par la soumission des actes des ARI au contrôle du juge dans l'ensemble des Etats évoqués. En France, les règles de distribution des compétences impliquent une dispersion du contentieux entre deux juridictions n'appartenant pas au même ordre juridictionnel. Le manque de simplicité et de lisibilité engendré par cette situation amène à s'interroger sur le rapport entre compétence juridictionnelle et efficacité du contrôle. Dans cette optique, une attention particulière est faite

⁸³⁹ Sur ce point, Gérard Marcou précise que « l'intervention directe ou indirecte du parlement, dans certains pays, dans le contrôle ou l'encadrement des autorités spécifiques de régulation, témoigne aussi de la volonté de conférer à ces institutions une légitimité conforme aux principes constitutionnels démocratiques », Marcou G. : « Régulation et service public, les enseignements du droit comparé », in Marcou G., Moderne F., (dir.) : *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, tome I, L'Harmattan, 2005, p. 49.

à l'initiative britannique de créer une juridiction spécialisée dans une partie du contentieux relatif aux actes des ARI. Néanmoins, l'étude n'ira pas jusqu'à proposer la généralisation d'une telle juridiction spécialisée. En effet, l'observation de la portée du contrôle juridictionnel, par l'exemple français, démontre que le juge exerce son office de manière très satisfaisante aussi bien sur la légalité externe que la légalité interne des actes des ARI. La crainte de voir le juge s'arrêter à la technicité de la matière pour exercer son contrôle n'est donc pas vérifiée. Il exerce un contrôle entier aussi loin que les textes le lui permettent. Ainsi, l'étude du contrôle juridictionnel révèle un fonctionnement satisfaisant et conduit à estimer que l'un des deux piliers de l'encadrement fonctionnel proposé, sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la rapidité d'adaptation des juges, est déjà bien ancré.

Par conséquent, l'encadrement fonctionnel de l'activité des ARI, contrepoids nécessaire de leur indépendance, passe en premier lieu par une *accountability* effective de l'institution devant le Parlement (Section I), puis en second lieu par la continuité du contrôle exercé par le juge national (Section II).

Section I : L'*accountability* du régulateur devant le Parlement

Si la Commission estime qu'il faut garantir l'indépendance des ARI par rapport au secteur régulé et au pouvoir politique, il faut l'entendre comme le pouvoir politique de l'organe exécutif, et non comme une indépendance vis-à-vis des chambres. Selon l'article 3 de la directive cadre, « les Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part »⁸⁴¹. Or, si le Parlement, en tant qu'institution de l'Etat, est partie prenante, mais non active, dans la propriété et la direction des opérateurs historiques, il n'est pas titulaire de la fonction de réglementation, si celle-ci est considérée au sens le plus strict du terme. En adoptant cette interprétation de l'article 3 de la directive cadre et de la fonction de réglementation, rien n'empêcherait que les ARI soient responsables devant le Parlement, au sens du droit communautaire.

Par contre, en ayant une vision très poussée du principe de la régulation indépendante, il est vrai que le Parlement en tant qu'institution politique de l'Etat est, tout comme le Gouvernement, dans une position de juge et partie si les ARI lui sont soumises. Il n'y a pas de solution à cette problématique, mais il existe une issue qui se trouve, selon certains auteurs français, notamment le Conseiller d'Etat Thierry Tuot⁸⁴², dans l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁸⁴³. Cet article pourrait être interprété comme la soumission des agents de l'administration, dans leur exercice, à un contrôle démocratique. Son application pratique se traduirait par la possibilité dont dispose l'Assemblée nationale de

⁸⁴¹ 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

⁸⁴² Pour la même logique développée en droit allemand sur le fondement de l'article 20 alinéa 2 de la Loi Fondamentale qui stipule que : « Tout pouvoir d'Etat émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire », voir Rainer A. : « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, précité, p. 85. De même, en Espagne, avec les articles 98 et 108 de la Constitution, dans Cuchillo M. : « Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, précité, p. 108. Au Royaume-Uni, Woodhouse D. : « Ministerial Responsibility », in Bogdanor Vernon : « The British Constitution in the 20th century », Oxford University Press, 2003, p. 284.

⁸⁴³ L'article 15 dispose que « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Voir l'interprétation de l'article 15 de la D.D.H.C., qui ne suppose pas de lien direct entre

mettre en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure⁸⁴⁴. Le Gouvernement disposant de l'administration⁸⁴⁵, cette dernière serait donc bien soumise à un contrôle démocratique.

Cependant, partant du principe que le droit communautaire interdit la soumission des ARI au pouvoir exécutif interventionniste, et que le législateur national a traduit cette exigence en garantissant l'indépendance de celles-ci, alors, deux hypothèses se présentent⁸⁴⁶.

En premier lieu, pour satisfaire la logique constitutionnelle précitée, il faudrait que les ARI soient soumises au Gouvernement. Leur indépendance ne serait donc plus une réalité et il y aurait une violation flagrante du droit communautaire, notamment un abus de position dominante au sens du droit de la concurrence⁸⁴⁷.

En second lieu, sans partager cette vision de l'article 15 de la D.D.H.C., dont l'interprétation ne semble pas aller jusqu'à la responsabilité politique du gouvernement⁸⁴⁸, il est quand même possible de résoudre l'antagonisme entre contrôles et indépendance. Le droit communautaire interdit en substance la soumission des ARI au pouvoir exécutif interventionniste. Il faudrait organiser, non pas la soumission mais l'*accountability* des ARI devant un autre pouvoir. Or, il n'est pas dans les fonctions de l'autorité judiciaire d'organiser le contrôle politique d'une institution indépendante, et celle-ci se charge déjà du contrôle de légalité de ses actes⁸⁴⁹. Dès lors, le pouvoir législatif, outre sa légitimité à exercer cette fonction, serait en théorie le plus à même de la mener à bien. En France, les dernières propositions visant à renforcer l'efficacité du contrôle parlementaire incitent une recherche allant dans cette direction⁸⁵⁰.

⁸⁴⁴ Article 49 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁸⁴⁵ Article 20 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁸⁴⁶ En ce sens, Marie-Anne Frison-Roche parle de « légitimité par la régression puisqu'il s'agit de remonter la chaîne des délégations », in Frison-Roche M.-A. : « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *Revue d'économie financière*, n°60, p. 88. Cette chaîne est donc brisée par l'indépendance des ARI.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 88.

⁸⁴⁸ Selon Laurent Richer, l'article 15 est insusceptible de s'appliquer sans complément constitutionnel et législatif et ne porte que sur la souveraineté nationale et la responsabilité personnelle des agents publics ; Conac G., Debene M., Teboul G. (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, 1993, p. 317.

⁸⁴⁹ Sur ce point, voir *infra* p. 466 et s.

⁸⁵⁰ Balladur E. : « Une V^{ème} République plus démocratique », Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, La Documentation française, Fayard, 2007, p. 51 ; Exposé des motifs du Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^{ème} République, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 avril 2008, n° 820.

Ainsi, les ARI ne seraient pas soumises à l'entité intervenant sur le marché, mais directement responsables devant le Parlement. Par conséquent, ces organes administratifs seraient soumis, dans leur exercice, à un contrôle démocratique. Les exigences communautaires, par le biais de l'organisation de la responsabilité des ARI devant les chambres, seraient donc respectées si l'ensemble des liens hiérarchiques entre les ARI et le pouvoir exécutif disparaissaient au profit d'un réel encadrement effectué par le Parlement.

Mais si l'organisation de la responsabilité devant le Parlement implique la disparition de tous les liens hiérarchiques unissant le gouvernement et l'ARI, elle n'empêche pas, cependant, que les vues du pouvoir exécutif soient appréciées par le régulateur indépendant. En ce sens, la présence d'un Commissaire du gouvernement au cours des réunions de travail de l'ARI n'est pas illégitime dans la mesure où, en tant que partie prenante, le gouvernement doit pouvoir faire entendre sa voix⁸⁵¹. Si jamais l'ARI ne tient pas compte des orientations gouvernementales, rien n'empêche un projet de loi procédant à sa dissolution⁸⁵². Cette menace apparaît suffisante (voire peut-être démesurée) pour que l'ARI se conforme aux objectifs d'intérêt général fixés par le pouvoir exécutif⁸⁵³. Cette méthode est d'autant plus logique qu'elle fait intervenir en dernier lieu le Parlement comme organe d'arbitrage dans le sens de l'intérêt général, par le vote ou le rejet du projet de loi. Ainsi, comme le soulignait le Conseil d'Etat français en 2001, « indépendance ne saurait signifier irresponsabilité »⁸⁵⁴. Il faut par conséquent organiser une réelle responsabilité des ARI devant les chambres.

Dans les Etats membres évoqués, le législateur national s'est employé à mettre en oeuvre un système de reddition de comptes des régulateurs indépendants devant le Parlement (§1), cependant le résultat est souvent assez mitigé et des améliorations peuvent certainement être envisagées (§2).

⁸⁵¹ Sur ce point, voir *supra* p. 348 et s.

⁸⁵² La dissolution de l'entité ne s'entend pas comme sa disparition, mais comme un remplacement par une nouvelle ARI dont la composition serait renouvelée, dans la mesure où la situation actuelle des Etats membres (interventionnistes) au regard du droit communautaire empêche la disparition de l'ARI.

⁸⁵³ Comme le souligne Gérard Larcher, « en matière de régulation, seul le politique conserve la "compétence de sa compétence" et qu'il ne saurait être question de voir les autorités de régulation sortir du régime auquel le législateur les a soumises. Il revient à la régulation de procéder à des choix techniques, conformément aux principes définis par le législateur, et s'il advenait que le régulateur suive une autre voie, nous serions là, j'en suis certain, pour lui rappeler le droit chemin », in débats relatifs au projet de loi n° 246 relatif aux marchés énergétiques, séance du 15 octobre 2002 au Sénat.

⁸⁵⁴ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », E.D.C.E., n° 52, La Documentation française, p. 369.

§1 L'encadrement parlementaire actuel de l'activité des ARI

L'ensemble de la doctrine, en accord avec les textes communautaires, s'entend pour considérer que « la distance est moins cruciale entre l'Autorité et le Parlement qu'elle ne l'est entre l'Autorité et le Gouvernement »⁸⁵⁵. Dès lors, les Etats membres ont organisé un système de contrôle politique des ARI devant les chambres nationales. Celles-ci sont légitimes pour demander des comptes sur l'activité du régulateur indépendant. En effet, « le pouvoir législatif a le pouvoir et le devoir d'assurer l'unité de l'action générale de l'Etat et de l'action d'intérêt général (...). C'est une raison de plus pour que le Parlement accorde une attention particulière, renforcée et constante, sur l'action des autorités administratives indépendantes. C'est également la raison pour laquelle les autorités elles-mêmes reconnaissent sans difficulté cette supériorité »⁸⁵⁶.

L'organisation de la reddition de comptes des ARI devant les chambres s'organise principalement sous deux formes : la publication d'un rapport annuel qui est présenté, entre autres, devant le Parlement (A) et la possibilité pour celui-ci, souvent par l'intermédiaire de commissions spécialisées, de demander des entrevues explicatives portant sur l'activité de l'ARI (B).

A L'examen du rapport annuel par le Parlement

En premier lieu, les textes constitutifs ont tous prévu la diffusion d'un rapport annuel auprès des chambres⁸⁵⁷. Il en est ainsi, par exemple en France, pour le régulateur indépendant

⁸⁵⁵ Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome II, chapitre VII, section 15.

⁸⁵⁶ Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », chapitre VII, section 15.

⁸⁵⁷ Dans les autres Etats membres étudiés : pour la C.M.T., article 48 alinéa 11, *ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003). Pour la C.N.E., onzième disposition additionnelle, section 3, alinéa 17, *ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998). Pour la *Bundesnetzagentur*, paragraphe 63, loi du 13 juillet 2005 sur l'alimentation en gaz, en électricité, et relative à la garantie d'approvisionnement (« *Gesetz über die Elektrizitäts und Gasversorgung Energiewirtschaftsgesetz* ») (Bgb1., I P. en 1970 (3621)). Pour l'A.E.E.G., article 2, alinéa 12, i), loi n° 481 du 14 novembre 1995, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* (G.U., n° 270, supplément ordinaire du 18 novembre 1995). Pour A.G.Com, article 1, alinéa 5, c), 12, loi n° 249 du 31 juillet 1997, *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*, (G.U., n° 177, supplément ordinaire n° 154/L, du 31 juillet 1997). Pour Postcom, article 45 *Postal Services Act 2000* (2000 c., 26). Pour

des communications électroniques et des postes, conformément à l'article L. 135 du C.P.C.E. qui dispose que l'ARCEP établit, chaque année, un rapport public qui rend compte de son activité et de l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives aux communications électroniques et aux activités postales. Elle est tenue d'y dresser une analyse des principales décisions prises par les ARI des Etats membres pour permettre l'établissement d'une comparaison des différents types de contrôles exercés et de leurs effets sur les marchés. Ce rapport est adressé, entre autres, au Gouvernement et au Parlement. L'ARCEP peut y suggérer toute modification législative ou réglementaire qui lui paraît nécessaire. Il en est de même pour la CRE⁸⁵⁸, mais celle-ci n'est pas tenue de réaliser l'analyse comparée des décisions des ARI des Etats membres. En effet, la lecture des rapports annuels de l'ARCEP et de la CRE enseigne que la première consacre un chapitre entier aux principales décisions prises par les autorités de régulation nationales de l'UE, alors que le rapport de la CRE ne s'y intéresse pas⁸⁵⁹. Il est possible de regretter l'économie préjudiciable d'un outil nécessaire à la coordination de ces régulateurs⁸⁶⁰.

Les rapports de l'ARCEP et de la CRE contiennent une analyse très sérieuse de l'évolution des marchés ainsi que de l'influence économique et juridique de leur activité, ce qui est un élément d'évaluation important pour les parlementaires. Par conséquent, le rapport public est un moyen de communication et de transparence⁸⁶¹ dont la fonction est de faire connaître aux parlementaires l'activité du régulateur indépendant, de suggérer certaines évolutions ou réformes, mais aussi de justifier cette activité au regard des résultats économiques, dans le but de la légitimer. En effet, il faut rappeler que les ARI trouvent, en partie, leur légitimité politique dans leur efficacité technique⁸⁶². Cependant, la publication d'un rapport public annuel, si elle est un procédé nécessaire pour l'information du Parlement, n'est pas suffisante⁸⁶³ dans la mesure où il apparaît clairement que les rédacteurs ne vont pas insister sur les dysfonctionnements résultant de leur propre activité. Sans aller jusqu'à affirmer que cet exercice relève de l'autolégitimation, une vision plus objective et extérieure de leur activité serait un point positif pour l'amélioration potentielle du système de régulation.

OFCOM, Schedule 1, alinéa 12, *Office of Communications Act 2002* (2002, c., 11). Pour GEMA, Partie I, Section 5, *Utilities Act 2000* (2000, c. 27).

⁸⁵⁸ Article 32, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143) modifiée.

⁸⁵⁹ En témoigne la longueur des rapports qui vont du simple (CRE : entre 150 et 200 pages) au double (ARCEP : entre 350 et 400 pages).

⁸⁶⁰ Sur la coordination, voir *infra* p. 551 et s. et p. 629 et s.

⁸⁶¹ Sur ce point, voir *supra* p. 352 et s.

⁸⁶² En ce sens, notamment, En ce sens, Frison-Roche M.-A. : « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *Revue d'économie financière*, n°60, p. 85 et s.

⁸⁶³ Dans ce sens, Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, précité, p. 226.

En effet, la publication d'un rapport officiel ne peut être assimilée à une forme de responsabilité politique indirecte. En ce sens, Marie-Anne Frison-Roche évoque la reconstitution de la responsabilité politique « dans un « comme si » en prévoyant l'établissement de rapports annuels par lesquels les autorités rendent compte de leur activité »⁸⁶⁴.

B L'audition du régulateur indépendant devant le Parlement

En second lieu, les ARI sont parfois soumises à des auditions qui relèvent dans une plus grande mesure de la reddition de comptes, par conséquent de la responsabilité politique devant les chambres. Deux types d'audition peuvent être menées. Elles relèvent en premier lieu de la reddition de comptes spécifiques devant les commissions parlementaires sectorielles et en second lieu de la reddition de comptes devant les commissions financières à compétence transversale.

1 La reddition de comptes devant les commissions parlementaires sectorielles

En France, les régulateurs indépendants peuvent être consultés et doivent rendre compte de leur activité devant les commissions permanentes du Parlement compétentes⁸⁶⁵. Le 11 juillet 2007, le président de la Commission de régulation de l'énergie a été auditionné par la Commission des affaires économiques du Sénat ainsi que, le même jour, par la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire de l'Assemblée Nationale. Il a présenté à cette occasion le rapport annuel de l'institution en évoquant les problématiques principales, notamment l'ouverture totale du marché au 1^{er} juillet 2007. De plus le président de la CRE a dû répondre aux nombreuses questions des parlementaires. Il résulte cependant

⁸⁶⁴ Frison-Roche M.-A. : « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », précité, p. 89.

⁸⁶⁵ Pour l'ARCEP, article L 135 C.P.C.E. : « L'Autorité rend compte de ses activités, et notamment des progrès réalisés eu égard aux objectifs mentionnés à l'Article L 32-1, devant les commissions permanentes du Parlement compétentes, à leur demande. Ces dernières peuvent consulter l'Autorité sur toute question relevant de sa compétence ». Pour la CRE : « Les commissions du Parlement compétentes en matière d'énergie, le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz, l'Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz (rattaché au CES) et le Conseil économique et social peuvent entendre les membres de la Commission de régulation de l'énergie et consulter celle-ci sur toute question entrant dans le champ de ses compétences. Le président de la Commission de régulation de l'énergie rend compte des activités de la commission devant les commissions permanentes du Parlement compétentes en matière d'énergie, à leur demande », article 32, Loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée.

de la lecture du compte rendu de la séance que les parlementaires posent d'innombrables questions qui ne relèvent pas de la compétence de la CRE et sur lesquelles son président ne peut s'exprimer. Une raison à cela : la méconnaissance, de la part des parlementaires des pouvoirs et compétences de cette institution. En effet, l'audition du 11 juillet 2007, comme le souligne le président de la CRE était « une première » dans le domaine de la présentation du rapport de celle-ci devant les commissions compétentes du Parlement⁸⁶⁶. A ce titre, le président de la commission parlementaire souhaite que les deux institutions « aient des relations plus suivies et plus fréquentes »⁸⁶⁷ et propose que le groupe de travail « industrie, énergie, recherche » ait des contacts réguliers avec la CRE.

Au Royaume-Uni, l'audition des membres des ARI est plus fréquente qu'en France. Elle peut se faire par le biais d'une convocation d'un responsable de l'ARI devant les chambres, devant des commissions parlementaires d'une chambre ou des commissions conjointes des deux chambres⁸⁶⁸. Le rapport d'OFCOM pour la période 2006-2007⁸⁶⁹ relate, en effet, que l'institution a été entendue lors d'une session conjointe des *Select Committees* du Commerce et de l'industrie ainsi que de la culture, des médias et du sport, de la Chambre des Communes en mai 2006. En novembre 2006, OFCOM a procédé à la présentation de son rapport annuel devant les chambres. En janvier 2007, l'institution a été entendue deux fois par le *Select Committee on Regulators* de la Chambre des Lords. D'autres entrevues informelles ont été organisées devant des parlementaires. Cette pratique dénommée « *accountability* » au Royaume-Uni, organise la responsabilité des instances de régulation devant les différents comités parlementaires⁸⁷⁰. Elle se décompose en trois éléments : le devoir d'expliquer les décisions, la possibilité de subir une enquête (par une commission parlementaire) ou d'être évalué par un organisme indépendant. Il s'agit donc d'un « mécanisme de contrôle qui favorise et avalise une régulation performante, et identifie la régulation défailante ou inefficace pour y remédier et l'améliorer »⁸⁷¹. En ce sens, l'ancien président d'OFGEM confie qu'il a été interrogé en moyenne trois fois par an par le Parlement et que le régulateur

⁸⁶⁶ Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, le mercredi 11 juillet 2007, compte rendu n° 3. Thierry Tuot, ancien Directeur général de la CRE évoque en ce sens, « les sympathiques réceptions annuelles auxquelles donne lieu actuellement la publication de ces rapports », Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, précité, p. 226.

⁸⁶⁷ Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, le mercredi 11 juillet 2007, compte rendu n° 3.

⁸⁶⁸ En ce sens, *House of Lords, Select Committee on the Constitution* : « *The regulatory State : ensuring its accountability* », Volume I, 6 mars 2004, HL paper 68-1, p. 30.

⁸⁶⁹ Rapport public, OFCOM, 2006-2007, p. 86.

⁸⁷⁰ Par exemple, le règlement intérieur d'OFCOM précise dans son article 12 que le régulateur indépendant est tenu de transmettre toute information requise au Parlement ainsi qu'aux commissions parlementaires et peut être auditionné par les *Select Committees of Parliament* et le *Parliamentary Audit Committee*.

⁸⁷¹ *House of Lords, Select Committee on the Constitution* : « *The regulatory State : ensuring its accountability* », précité, p. 21.

indépendant, sans voir dans cette reddition de comptes une intrusion parlementaire dans le principe de la régulation indépendante, cherche à justifier ses actes de manière moins formelle plus fréquemment⁸⁷². Le *Select Committee on the Constitution* va dans le même sens lorsqu'il énonce, dans son rapport intitulé « *The regulatory State : ensuring its accountability* », que « les comités parlementaires n'ont pas su montrer une constance, une continuité et une expertise suffisantes pour donner plein effet à leur rôle dans le procédé de reddition de comptes »⁸⁷³. Par conséquent, alors que le Royaume-Uni dispose du processus de contrôle parlementaire le plus important parmi les Etats membres évoqués, certaines critiques émergent quant à sa fréquence et son intensité, ce qui peut appuyer l'idée d'une amélioration de la responsabilité des ARI devant les chambres. Cependant, il faut retenir un élément, en faveur de l'efficacité de la reddition de comptes outre-manche, il s'agit de la création d'un comité parlementaire spécialisé dans le domaine de la régulation économique : le *Select Committee on Regulators*. Cette commission *ad hoc* a été créée sur les recommandations du *Select Committee on the Constitution* en 2004⁸⁷⁴. Elle était chargée d'évaluer les méthodes de travail ainsi que l'efficacité de dix régulateurs économiques dont OFCom, OFGEM et Postcom. Son rapport a été remis le 13 novembre 2007⁸⁷⁵.

Dans les autres Etats membres, ni les textes constitutifs ni les règlements intérieurs des ARI ne prévoient formellement ce type d'auditions devant les chambres. Cependant, en pratique, les représentants de certaines ARI sont quand même conviés à présenter leurs observations sur certains thèmes. Il s'agit, dès lors, plus d'une consultation que d'une véritable reddition de comptes. Il en est ainsi en Italie⁸⁷⁶. En Espagne, par contre, il n'apparaît pas que les représentants de la C.M.T. ou de la C.N.E. soient invités à se présenter devant les chambres pour des auditions. Une partie de la doctrine n'y voit pas de réel inconvénient dans la mesure où ces ARI sont tenues de publier un rapport annuel qui est transmis au Parlement et que celles-ci subissent un contrôle financier *ex ante* lors de la proposition budgétaire⁸⁷⁷. Alors, comment expliquer le souci du législateur de prévoir pour certaines autorités

⁸⁷² Mac Carthy C. : « *Why independent regulators ?* », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Droit et économie de la régulation, Volume 1, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 63.

⁸⁷³ *House of Lords, Select Committee on the Constitution* : « *The regulatory State : ensuring its accountability* », Volume I, 6 mars 2004, HL paper 68-1, p. 30.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁸⁷⁵ *House of Lords, Select Committee on Regulators*, « *UK Economic Regulators* », Vol. I, HL Paper 189-I, 13 novembre 2007, disponible sur : http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/lordsregulators.cfm.

⁸⁷⁶ Ces interventions sont faites devant la Chambre des Députés ou devant le Sénat à raison de deux à trois auditions par an sur l'état du secteur régulé ou les propositions d'A.G.Com sur des thèmes déterminés. Voir par exemple l'audition du représentant d'A.G.Com devant les commissions VII et IX du Parlement le 7 février 2007, in A.G.Com, Rapport 2007, p. 11.

⁸⁷⁷ En ce sens, López de Lerma i López J.: « *Agencias independientes. Origen, naturaleza jurídico-constitucional y control parlamentario* », *Revista de las Cortes Generales*, n° 56, 2002, p. 36.

administratives indépendantes (*Comisión nacional del mercado de valores* et Banque d'Espagne) leur audition régulière dans l'optique de présenter le rapport annuel ou de justifier leur activité sur certains thèmes ? Si ces auditions sont possibles pour certaines A.A.I., elles devraient l'être pour l'ensemble de la catégorie juridique sans enfreindre la notion d'indépendance. Cet élément est conforté par l'exemple de l'entité publique *Radio Televisión Española* (R.T.V.E.), autorité indépendante, pour laquelle une commission parlementaire « *ad hoc* » a été créée dans l'optique d'évaluer et d'émettre des observations sur sa gestion. Il faudra dès lors retenir cette procédure à l'heure d'émettre certaines propositions pour un encadrement effectif de l'activité du régulateur.

Un dernier type de reddition de comptes peut être relevé en Allemagne. Il s'agit d'une responsabilité intégrée à l'organe régulateur. En effet, le Conseil consultatif de l'agence de réseau fédérale, organe intégré au régulateur indépendant, composé de seize membres du *Bundestag* et de seize membres du *Bundesrat*⁸⁷⁸, exerce un contrôle partiel sur l'activité de la *Bundesnetzagentur*. Ce contrôle porte sur une partie des décisions substantielles à prendre⁸⁷⁹. De plus, outre son pouvoir consultatif, le Conseil dispose d'un droit de renseignement ainsi que d'un droit de solliciter des prises de position relatives aux questions découlant des finalités de la régulation. Ce type de contrôle intégré compense peut-être le fait que la *Bundesnetzagentur* ne rend qu'un rapport tous les deux ans, ce qui ne permet pas une reddition de comptes aussi régulière que pour les autres ARI étudiées. Cependant, la question de l'intégration d'un conseil composé de parlementaires dans le corps même de l'institution indépendante suscite quelques interrogations sur la limite entre reddition de comptes et tutelle de la régulation par le pouvoir législatif.

La reddition de comptes sur l'activité des ARI est, lorsqu'elle existe, complétée par un contrôle plus spécifique devant les commissions parlementaires financières des chambres.

⁸⁷⁸ Loi sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, du 7 juillet 2005, (« *Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen* ») (BgbI. I P. 2009), paragraphe 5.

⁸⁷⁹ Il s'agit de la détermination géographique du marché pour lequel les fréquences sont attribuées, de la participation à la procédure consistant à obliger les entreprises de télécommunications à offrir le service universel. Le Conseil est, dans le domaine des télécommunications, le gardien de l'accomplissement des tâches de la *Bundesnetzagentur*, il peut notamment demander des mesures pour la réalisation des finalités de la régulation, en ce sens, Rainer A. : « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », préc., p. 92.

2 La reddition de comptes devant les commissions parlementaires financières

Il faut relever, non comme un contrôle général de l'activité des régulateurs indépendants, mais plutôt comme un contrôle de la gestion financière de ces entités, le rôle des commissions des finances des chambres. En France, comme dans les autres Etats membres évoqués⁸⁸⁰, à l'occasion du projet de loi de finances, les commissions des finances de l'Assemblée nationale comme du Sénat peuvent exercer une influence sur l'allocation budgétaire qui sera consacrée aux régulateurs. Ce type de contrôle n'est cependant pas assez efficace pour permettre une réelle responsabilité du régulateur indépendant devant le Parlement. En effet, il s'agit plus d'un mécanisme de sanction financière *a posteriori* que d'une reddition de comptes ciblée sur tel ou tel dysfonctionnement économique.

En revanche, des travaux de contrôle de rapporteurs spéciaux⁸⁸¹ peuvent être menés par la Commission sénatoriale des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation, dans le but de s'assurer de la bonne exécution des lois de finances et d'évaluer toute question relative aux finances publiques. Ces contrôles sont plus rigoureux et débouchent sur une réelle évaluation financière, mais la Commission ne s'est pour l'instant pas intéressée aux régulateurs oeuvrant dans le domaine des postes, des communications électroniques ou de l'énergie⁸⁸². Il en est de même de la Mission d'évaluation et de contrôle, placée auprès de la Commission des finances de l'Assemblée nationale. Cette Mission, directement inspirée du *National Audit Office* placé auprès de la Chambre des Communes britannique⁸⁸³, est chargée de contrôler l'utilisation des deniers publics en auditionnant les responsables politiques et administratifs sur la gestion de leurs crédits, ou en menant des investigations approfondies sur des politiques publiques sectorielles. Elle pourrait donc faire

⁸⁸⁰ Les budgets des ARI évoquées étant votés par les Parlements nationaux, les commissions parlementaires dont le champ de compétences porte sur les finances publiques sont, plus ou moins directement à même d'apprécier la nécessité de l'allocation budgétaire. Voir par exemple : López de Lerma i López J.: « *Agencias independientes. Origen, naturaleza jurídico-constitucional y control parlamentario* », précité, p. 36.

⁸⁸¹ Rapport d'information n° 371 (2003-2004) de M. François Marc, fait au nom de la Commission des finances, 23 juin 2004.

⁸⁸² Un rapport a, par contre, évalué l'action du C.S.A. : Rapport d'information n° 371 (2003-2004), précité.

⁸⁸³ Sur le *National Audit Office*, voir *infra*, p. 462 et s.

office de contrôleur de l'activité financière des ARI françaises⁸⁸⁴, mais elle n'a, pour l'instant, pas eu l'occasion de porter son attention sur ce domaine.

Il faut, par conséquent, se tourner vers le Royaume-Uni pour observer un système plus efficace de contrôle financier des ARI. En effet, outre-manche, le *Select Committee on Public Accounts* de la Chambre des Communes a oeuvré dans le sens d'une évaluation régulière des régulateurs indépendants. Il s'agit en premier lieu d'appréciations transversales, comme le rapport sur l'appréhension des problèmes relatifs aux services publics par les régulateurs indépendants⁸⁸⁵, mais aussi de rapports ciblés sur les ARI. Ainsi, en 2005, le comité a publié un rapport sur l'efficacité énergétique et le rôle d'OFGEM sur ce point⁸⁸⁶. En 2007 il s'est centré sur le travail de l'ARI dans le domaine de la distribution de gaz⁸⁸⁷. En 2002 et 2006, les contrôles se sont portés sur Postcom⁸⁸⁸. Le *Select Committee on Public Accounts* procède aussi à des auditions de responsables du régulateur indépendant⁸⁸⁹, dans le but de parfaire ses rapports ou de demander des éclaircissements sur certains points.

Pour exercer ces contrôles, la commission parlementaire s'appuie sur le travail d'évaluation financière réalisé par le *National Audit Office* (N.A.O.). Cet organisme exerce un contrôle des dépenses publiques au nom du Parlement britannique et en totale indépendance par rapport au gouvernement. Dirigé par le *Comptroller and auditor general*, le N.A.O. conduit des études régulières dénommées « *value for money reports* », dans le domaine de la régulation indépendante et plus spécialement sur l'activité des trois ARI : OFCom, OFGEM et Postcom⁸⁹⁰. D'autres investigations purement financières, sont aussi menées sur

⁸⁸⁴ En ce sens, Schmid L. : « Les outils techniques disponibles, les choix et les combinaisons », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Droit et économie de la régulation, Volume 1, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 104.

⁸⁸⁵ *House of Commons Committee of Public Accounts* : « *How the utility regulators are addressing the year 2000 problem in the utilities* », *Thirtieth report of the session 1998-1999*, 7 juillet 1999, HC 449.

⁸⁸⁶ *House of Commons Committee of Public Accounts* : « *Ofgem : the social action plan and the energy efficiency commitment* », *Thirteenth report of the session 2004-2005*, 9 mars 2005, HC 442. Voir aussi le rapport de 2002 : *House of Commons Committee of Public Accounts* : « *Ofgem : giving domestic customers a choice of electricity supplier* », *Eleventh report of the session 2001-2002*, 17 janvier 2002, HC 446.

⁸⁸⁷ *House of Commons Committee of Public Accounts* : « *Gas distribution networks : Ofgem's role in their sale, restructuring and future regulation* », *Fourth report of the session 2006-2007*, 27 novembre 2006, HC 110.

⁸⁸⁸ *House of Commons Committee of Public Accounts* : « *Postcomm : opening the post* », *Thirty-first report of the session 2001-2002*, 1^{er} mai 2002, HC 632. *House of Commons Committee of Public Accounts* : « *Postcomm and the quality of mail services* », *Fifth report of the session 2006-2007*, 27 octobre 2006, HC 111.

⁸⁸⁹ Voir par exemple l'intervention de responsables exécutifs de GEMA, le 25 juin 2003, 13 septembre 2004 et 26 mai 2006 devant le *Select Committee on Public Accounts*. A propos des auditions, voir Mac Carthy C. : « *Why independent regulators ?* », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, précité, p. 63.

⁸⁹⁰ *National Audit Office* : « *The creation of OFCom : wider lessons for public sector mergers of regulatory agencies* », 5 juillet 2006, HC 1175. *National Audit Office* : « *Re-opening the post : Postcomm and the quality of mail services* », 22 mars 2006, HC 944. *National Audit Office* : « *The Office of gas and electricity markets : sale of gas networks by national grid* », 10 février 2006, HC 804.

l'utilisation et la gestion des fonds alloués aux régulateurs indépendants⁸⁹¹. Entre 1996 et 2003, dix-neuf rapports ont été publiés par le N.A.O. à propos de la régulation indépendante des *Public Utilities*⁸⁹². Dès lors, le travail du *Select Committee on Public Accounts* soutenu par les rapports financiers du *National Audit Office* est une formule intéressante qu'il est possible de retenir à l'heure d'évoquer certaines propositions pour un encadrement parlementaire efficace de l'activité des ARI.

§2 Propositions pour un encadrement parlementaire effectif de l'activité des ARI

Le Conseil d'Etat soulignait, dès 2001, que l'une des priorités devait être de « renforcer les mécanismes par lesquels les A.A.I. rendent compte de leur action et sont contrôlées notamment par le Parlement »⁸⁹³. L'ensemble de la doctrine s'accorde aussi sur ce point⁸⁹⁴.

Cependant, il faut prendre en considération le paradoxe inhérent au renforcement de la responsabilité des ARI devant le Parlement. Les Etats évoqués connaissent un régime parlementaire ou un régime mixte, qui emprunte à la fois au régime parlementaire et présidentiel. Ils peuvent être définis tous deux comme des régimes dans lesquels le gouvernement doit disposer à tout moment de la confiance de l'assemblée élue au suffrage universel direct⁸⁹⁵. Dès lors, le gouvernement bénéficie d'une majorité relative ou absolue à la chambre des députés. En cas de majorité absolue, il y a une coordination souvent parfaite de vues entre le gouvernement et cette assemblée. Ainsi, proposer une responsabilité accrue des ARI devant le Parlement peut impliquer la reconstruction d'un lien de dépendance entre les ARI et le pouvoir exécutif. Par conséquent, sans remettre en cause la légitimité parlementaire pour contrôler l'activité des régulateurs, une attention toute particulière doit être portée sur le rôle des commissions parlementaires, dans la mesure où leur structure restreinte autorise un

⁸⁹¹ Voir par exemple, *National Audit Office* : « *Office of Communications licence fees and penalties accounts 2005-2006* », 1^{er} septembre 2006, HC 1430 et 30 septembre 2005, HC 387. *National Audit Office* : « *Office of Communications 2002-2003* », 30 janvier 2004, HC 36.

⁸⁹² *House of Lords, Select Committee on the Constitution* : « *The regulatory State : ensuring its accountability* », Volume I, 6 mars 2004, HL paper 68-1, annexe A.

⁸⁹³ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », E.D.C.E., n° 52, La Documentation française, p. 364.

⁸⁹⁴ En ce sens, Lombard M. : « Institutions de régulation économique et démocratie politique », précité, p. 535. Duprat J.-P. : « La soumission des régulateurs à régulation », *A.J.D.A.*, 2006, p. 1203. Pochard M. : « Autorités administratives indépendantes et contrôle démocratique », *Cahiers de la fonction publique*, novembre 2001, p. 4, pour le Royaume-Uni, Marcou G. : « Régulation et service public, les enseignements du droit comparé », précité, p. 50.

⁸⁹⁵ En ce sens, Pactet P., Melin-Soucramanien F., *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, Armand Collin, 26^{ème} éd., 2007, p. 144.

travail plus serein et distancié de considérations politiques à court terme. Dans le même sens, les instances bicamérales apparaissent plus adaptées que les commissions représentant une seule assemblée.

Le motif du souhait allant dans le sens d'un encadrement parlementaire effectif de l'activité des ARI réside dans l'inefficacité du processus actuel, ce qui amène à proposer des solutions conciliant l'indépendance fonctionnelle du régulateur et un accroissement des mécanismes d'*accountability*, en s'inspirant, par exemple, du modèle nord-américain⁸⁹⁶. Ainsi, pour élaborer certaines propositions allant dans le sens d'un encadrement parlementaire effectif de l'activité des ARI, il est nécessaire de dégager quels sont les inconvénients du système actuel de reddition de comptes. Trois éléments principaux peuvent être analysés comme étant les causes de l'inefficacité du système actuel : la libre disposition du contenu du rapport annuel émis par les ARI, l'absence de moyen d'action parlementaire adapté en cas de différend et enfin l'inefficacité des contrôles exercés par les commissions parlementaires.

Par conséquent, il faudrait, en premier lieu, réfléchir à une reddition de comptes se basant sur un rapport qui soit un outil d'évaluation et non d'information (A). En second lieu, les parlementaires devraient disposer de moyens matériels pour que l'évaluation soit suivie d'effets (B). Enfin, il apparaît nécessaire de repenser les contrôles exercés par les commissions parlementaires, en termes de fréquence et d'efficacité (C).

A Le rapport annuel devrait être un outil d'évaluation et non d'information

En premier lieu, les rapports annuels édictés par les ARI ne sont pas réellement considérés par ceux-ci comme un outil de reddition de comptes mais plutôt comme un outil d'information. En effet, la diversité des destinataires de ces rapports implique une rédaction généraliste et peu approfondie. Il est normal qu'un rapport dont les destinataires sont autant les autorités politiques que le secteur régulé ou le simple particulier ne s'appesantisse pas sur la gestion financière interne de l'ARI ou l'impact chiffré des réglementations édictées ou mises en oeuvre. Comme le souligne Lucile Schmid, « aujourd'hui les processus d'évaluation ne sont pas adaptés (...). Pourquoi ? Parce que ces instances font des rapports trop longs et qui

⁸⁹⁶ Voir *supra* p. 80 et s. De même, Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », in Lombard Martine (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 167 et s., spécialement les contrôles du Congrès, p. 189.

ne sont pas suivis d'effets. Il resterait à inventer une forme d'évaluation qui soit en continu, en interaction, qui puisse permettre une espèce de modification des pratiques voire des textes au fur et à mesure d'un constat »⁸⁹⁷.

Dans ce sens, il faudrait peut-être envisager l'hypothèse d'une dissociation des rapports. Un premier rapport serait destiné au public ainsi qu'au secteur régulé. Un second rapport, plus ciblé, serait envoyé au Gouvernement et surtout au Parlement. Ce dernier rapport aurait la particularité d'être évolutif. En effet, au regard des doutes et des questions lors de la présentation annuelle devant les chambres, les parlementaires devraient pouvoir exiger des ARI la présence ou l'explication plus détaillée de tel ou tel point nécessitant une information approfondie. Ils devraient pouvoir demander, par exemple, que des justifications budgétaires ou des compléments d'informations figurent dans le document de la période suivante. Dès lors, d'une année sur l'autre, le rapport destiné aux autorités politiques changerait d'orientation pour satisfaire une transparence accrue requise par les parlementaires. Les questions posées lors des débats devant la commission parlementaire compétente devraient être résolues et intégrées au rapport public de l'année suivante. De même, le rapport annuel présenté aux parlementaires devrait être une base de réflexion conjointe sur l'efficacité de la régulation et son avenir. Cet élément pourrait, par exemple, s'inspirer de la teneur des rapports publiés au Royaume-Uni.

Les régulateurs indépendants outre-manche élaborent un document de planification stratégique et un document de travail sur l'année à venir. Cette visibilité implique un contrôle parlementaire *a priori* sur l'activité future du régulateur et permet de parfaire le contrôle *a posteriori* par une évaluation de la correspondance entre les objectifs poursuivis et les buts atteints. Les ARI des autres Etats membres n'ont pas encore opté pour cette dissociation entre la justification du travail réalisé et du travail à accomplir. Elles évoquent à peine les orientations pour l'année à venir dans le corps même du rapport annuel qui est majoritairement centré sur l'explication du travail accompli⁸⁹⁸.

De même, au Royaume-Uni, les régulateurs indépendants sont tenus de mettre en oeuvre et de publier, avant toute intervention régulatrice sur un domaine important, une étude d'impact appelée « *Regulatory Impact Assesment* ». Méthode d'évaluation *ex ante* de l'action du régulateur, cette formule va plus loin que l'exposition des motifs d'une décision. En effet,

⁸⁹⁷ Schmid L. : « Les outils techniques, disponibles, les choix et les combinaisons », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, précité, p. 104.

⁸⁹⁸ Voir par exemple le rapport annuel 2006 de l'ARCEP.

il s'agit « d'avoir une approche structurée de la politique de développement du secteur ainsi que du processus décisionnel correspondant »⁸⁹⁹. Les domaines soumis à cette étude d'impact sont définis par rapport à leur importance et les critères d'évaluation sont fixés dans un document public⁹⁰⁰. Les ARI sont tenues de publier les *Regulatory Impact Assesments* dans leur rapport annuel. Cet instrument devient donc un outil important pour l'évaluation de l'activité du régulateur indépendant par les parlementaires, dans la mesure où il permet de comparer les prévisions de l'ARI avec le résultat de son activité, dans l'optique d'en déduire l'efficacité. Certes, l'élaboration de ces études d'impact est longue, mais ce que le régulateur perd en efficacité, il le retrouve en termes de légitimité vis-à-vis tant de la représentation démocratique que du secteur régulé. La question qui se pose, dès lors, est celle de savoir quelles peuvent être les suites d'une divergence de vues entre le régulateur indépendant et la représentation nationale.

B La recherche d'outils efficaces pour que la reddition de comptes soit suivie d'effets

Quels peuvent être les moyens d'action des parlementaires pour contraindre le régulateur indépendant en cas de différend ? Comme le souligne Marie-Anne Frison-Roche, « les parlementaires ne pourraient tirer aucune conséquence de sanction de leur éventuelle désapprobation. Ils ne le pourraient qu'ultimement, en votant une loi nouvelle »⁹⁰¹. En d'autres termes, tout règlement d'un différend ne trouve sa solution, actuellement, que dans le vote d'une loi imposant certaines obligations au régulateur indépendant ou, recours ultime, en supprimant l'entité. Il s'agit bien d'une forme de responsabilité politique *a posteriori*. En effet, la responsabilité politique signifie que la personne en cause peut être destituée par le Parlement⁹⁰². Cependant, eu égard à la situation interventionniste des Etats membres, le droit communautaire empêche la suppression pure et simple du régulateur indépendant⁹⁰³. Dès lors, le législateur ne pourrait que modifier ses statuts et sa composition en renouvelant les mandats qui seraient occupés par des personnalités différentes. A long terme, cette option n'est pas

⁸⁹⁹ OFGEM : « *Guidance on impact assesment* », juin 2005, p. 2. Disponible sur : <http://ofgem.gov.uk>.

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ Frison-Roche M.-A. : « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », précité, p. 90.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 89.

⁹⁰³ « L'arme de dernier recours consistant à faire disparaître telle autorité indépendante de régulation dans sa composition initiale, mais encore n'est-ce pas toujours juridiquement possible d'autant que l'origine communautaire de plus en plus fréquente des instances de régulation ne permet de toute façon pas d'en supprimer l'existence », Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 226.

envisageable dans la mesure où elle fait peser sur le législateur une présomption de capture ou de tutelle de l'ARI. De plus, « exercer un droit de vie ou de mort ne relève pas, en tout état de cause, d'un contrôle démocratique réaliste, adapté et facilement maniable »⁹⁰⁴.

La question suivante est posée par Thierry Tuot : « Faudrait-il (...) aller jusqu'à instituer une responsabilité politique personnelle des présidents des autorités de régulation devant le Parlement pour mieux asseoir leur légitimité démocratique ? »⁹⁰⁵. L'idée est probablement de pallier le fait que l'indépendance des ARI rompt théoriquement le lien entre ces organes administratifs et le chef du gouvernement. Par conséquent, il n'est plus possible de faire jouer la censure parlementaire pour sanctionner l'activité des ARI⁹⁰⁶. Dès lors, pourquoi ne pas reconstituer cette responsabilité politique directement entre le Parlement et les ARI ? Une réponse est apportée par l'auteur lui-même : « il semble que ce pourrait devenir là l'instrument d'une docilité espérée des autorités de régulation dont les tentations sont déjà suffisamment fortes en France pour qu'il n'y soit pas ajouté »⁹⁰⁷. Il est possible d'ajouter à cet élément qu'une vision stricte de l'indépendance fonctionnelle⁹⁰⁸, requise par le principe de l'interdiction d'être « juge et partie » en droit communautaire, empêche la tutelle du régulateur par l'organe législatif. Une appréhension plus souple, qui pourrait être celle de la Commission européenne, voyant dans l'indépendance fonctionnelle des ARI un facteur favorisant l'investissement économique dans les réseaux de services publics, irait aussi à l'encontre de l'idée d'une responsabilité politique personnelle des organes directeurs de l'ARI. En effet, cela nuirait à l'apparence de l'indépendance et mettrait sérieusement en doute l'absence de capture du régulateur par les pouvoirs publics.

Les parlementaires n'ont donc aucune solution pour régler un conflit portant sur la politique menée par le régulateur indépendant, si ce n'est leur capacité de conviction. Il faut, en effet, exclure les idées de sanction de l'ARI par la responsabilité personnelle de ses membres directeurs ou par la disparition pure et simple de celle-ci. La contrainte, telle qu'exercée aux Etats-Unis par le biais du veto législatif, n'est peut-être pas non plus la meilleure solution puisqu'elle préconise la méthode conflictuelle plus que consensuelle⁹⁰⁹. Il

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 226.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 230.

⁹⁰⁶ Même si elle est possible, cette option apparaît relativement improbable.

⁹⁰⁷ Tuot T. : « Perspectives d'évolution », précité, p. 230.

⁹⁰⁸ La vision stricte de l'indépendance fonctionnelle implique que l'ARI doit être indépendante du pouvoir exécutif mais aussi du pouvoir législatif, dans la mesure où ce dernier régit, au sens élargi du terme, les marchés et est intéressé dans l'opérateur historique. Sur ce point, voir *supra* p. 443 et s.

⁹⁰⁹ Le contrôle *a posteriori* exercé aux Etats-Unis réside dans le pouvoir que s'est reconnu le Congrès d'exercer un veto législatif sur certains actes des agences. En ce sens, Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », précité, p. 189. Voir aussi *supra* p. 85 et s.

est intéressant, par conséquent, de réfléchir à des outils permettant, sans passer par la tutelle effective du régulateur indépendant, aux parlementaires d'orienter l'activité régulatrice dans un domaine considéré tout en conciliant indépendance fonctionnelle et reddition de comptes. En effet, « l'évaluation aura d'autant plus de répercussions que l'autorité de régulation a le pouvoir d'en tirer les conclusions, d'instaurer un processus de modification des textes qui correspond à ce que dit l'évaluation »⁹¹⁰. Il faudrait peut-être se pencher vers les outils juridiques que la doctrine qualifie de « droit mou », ou de « droit flou », mais dont elle reconnaît, dans le même temps, leur formidable efficacité⁹¹¹.

En ce sens, l'organe en charge de l'évaluation de l'activité de l'ARI, au sens général du terme ou spécifiquement financier, devrait pouvoir adresser des « recommandations » ou des « propositions » à l'entité régulatrice sur la base des auditions réalisées⁹¹². Ces « propositions », auraient le mérite de faire produire des effets à la reddition de comptes. Cependant, les « propositions » ne doivent pas être l'instrument de la tutelle du régulateur indépendant, « il ne s'agit évidemment pas, allant à un autre extrême, de subordonner les régulateurs à un président de commission parlementaire ou à un groupe de députés et de sénateurs qui se substitueraient au ministre pour donner au jour le jour des instructions aux institutions de régulation »⁹¹³. Elles doivent par conséquent se cantonner au domaine politique de la régulation. Thierry Tuot explique l'impact politique de l'activité de la régulation⁹¹⁴ et précise l'objectif de la reddition de comptes : « loin d'une immixtion dans la vie quotidienne du régulateur, il s'agirait périodiquement de faire le point des enjeux, en réalité hautement politiques, sous-jacents à certains choix des instances de régulation »⁹¹⁵. Dès lors, la reddition de comptes s'organiserait à travers une information claire des parlementaires, pour que ceux-ci aient l'occasion de débattre ou de trancher les points d'importance politique, une fois que le régulateur aura fait son travail de discussion publique, d'éclairage technique et d'expérimentation⁹¹⁶.

En France, l'instrument des « propositions » émanant d'un organe parlementaire est connu dans le cadre de la Mission d'évaluation et de contrôle. Cet organe de la Commission

⁹¹⁰ Schmid L. : « Les outils techniques, disponibles, les choix et les combinaisons », précité, p. 104.

⁹¹¹ Lombard M. : « Introduction », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, précité, p. 11.

⁹¹² Pour autoriser le Parlement à adopter des « résolutions », voir l'article 12 du Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 avril 2008, n° 820.

⁹¹³ Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 226.

⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 226.

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 226.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 226.

des finances, spécialisé dans l'évaluation de l'efficacité des politiques publiques⁹¹⁷, lui soumet ses conclusions et ses propositions pour qu'elle se prononce sur leur publication. Cette simple publication aurait le mérite de confronter au grand jour l'optique du régulateur indépendant et celle du Parlement. De plus, aux termes de l'article 60 de la loi organique relative aux lois de finances⁹¹⁸, le gouvernement est tenu de répondre par écrit à la Mission d'évaluation et de contrôle lorsque celle-ci lui notifie ses observations. Une extension de cette disposition aux ARI pourrait impliquer un début de dialogue et, par conséquent, de responsabilité suivie d'effets, entre le régulateur indépendant et la représentation nationale.

Les « propositions », d'ores et déjà utilisées, ou les « recommandations » apparaissent comme l'instrument adapté pour une reddition de comptes n'allant pas jusqu'à une soumission formelle du régulateur indépendant aux pouvoirs publics. Cependant, en cas de non respect, par le régulateur, des orientations parlementaires, il reste la solution ultime de l'arbitrage parlementaire par le vote d'une loi réorganisant les pouvoirs et mandats du régulateur indépendant. Il s'agit par conséquent d'une reddition de comptes à deux vitesses. La première s'organise autour du dialogue entre l'ARI et le pouvoir législatif, la deuxième prend la forme d'une sanction absolue, mais légitime.

Le dialogue ainsi organisé ne peut cependant pas s'établir en l'état de l'organisation parlementaire actuelle. Selon le Conseiller d'Etat Thierry Tuot, « la légitimité démocratique des autorités indépendantes de régulation ne peut s'affirmer que pour autant que le législateur, avec constance, détermine leur rôle, énonce les objectifs poursuivis et les valeurs guidant leur action, puis s'assure de leur respect et en tire les conséquences »⁹¹⁹. Pour ce faire, il est nécessaire de repenser la reddition de comptes devant les commissions parlementaires.

C La nécessité de repenser la reddition de comptes devant les instances parlementaires

L'ensemble de la doctrine, tout comme les acteurs institutionnels, estime, à juste titre, que la reddition de compte devant les commissions parlementaires n'est pas organisée de manière efficace. Gérard Larcher l'exprime en ces termes : « Nous avons tenu à ce que les

⁹¹⁷ Articles 57 et suivants de la loi organique, n° 2001-692, du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances, (J.O.R.F., du 2 août 2001, p. 12480).

⁹¹⁸ *Ibid.*,

⁹¹⁹ Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 223.

commissions permanentes compétentes des assemblées parlementaires puissent les entendre régulièrement. Cela est-il suffisant ? Je vous avoue que je m'interroge sur ce point qui constitue peut-être, l'une des limites de notre système. Ne conviendrait-il pas que les régulateurs soient davantage comptables des décisions qu'ils prennent ? »⁹²⁰. En effet, en France, comme il a été précisé, seule la remise du rapport annuel implique un débat plus ou moins approfondi devant une commission de chaque assemblée. Mis à part au Royaume-Uni, les Etats membres évoqués sont aussi dans une situation où la faiblesse de la reddition de comptes implique un soupçon d'absence de contrôle démocratique de l'activité des ARI. Dès lors, se pose la question des moyens à mettre en oeuvre pour afficher une réelle *accountability* du régulateur indépendant. Des hypothèses de droit comparé, comme le contrôle démocratique intégré dans l'ARI, peuvent être évoquées, mais elles semblent porter atteinte au principe de l'indépendance fonctionnelle. La solution, réside par conséquent dans la création d'une commission parlementaire *ad hoc* qui évaluerait régulièrement l'activité des ARI. Cela permettrait de replacer les ARI dans un processus de contrôle démocratique et efficace qui aurait l'avantage de leur donner une certaine légitimité et par conséquent des pouvoirs accrus.

1 L'exclusion d'un contrôle démocratique intégré dans l'ARI

L'exemple de la régulation indépendante telle que conçue en Allemagne peut être évoqué au titre du contrôle parlementaire intégré au sein de l'ARI. En effet, le Conseil consultatif de l'agence de réseau fédérale, intégré au régulateur indépendant et composé de seize membres du *Bundestag* et de seize membres du *Bundesrat*⁹²¹, exerce un contrôle partiel sur l'activité de la *Bundesnetzagentur*. Cependant, cette formule dénature quelque peu la conception de l'autorité comme une entité d'experts et met en doute l'indépendance fonctionnelle du régulateur. En effet, il ne faut pas que la tutelle du pouvoir exécutif soit remplacée par une tutelle du pouvoir législatif. Un encadrement journalier de l'activité du régulateur aurait par conséquent cet effet néfaste de placer *de facto* l'ARI dans une situation de subordination fonctionnelle. Un encadrement plus diffus, tel que celui conçu en Allemagne, n'aurait par contre pas la légitimité de celui qui s'exerce devant une commission

⁹²⁰ Larcher G. : « Quelles relations entre pouvoirs publics et régulateurs », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, précité, p. 20 ; dans le même sens pour le Royaume-Uni, voir Marcou G. : « Régulation et service public, les enseignements du droit comparé », précité, p. 49.

⁹²¹ Loi sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, du 7 juillet 2005, précitée, paragraphe 5. Sur le Conseil consultatif, voir : Rainer A. : « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, précité, p. 91 et s.

parlementaire. En effet, les membres du Conseil consultatif de l'agence, en occupant un poste intégré au régulateur, perdent le bénéfice du contrôle externe, par conséquent impartial. Dès lors, cette solution n'apparaît pas réellement efficace.

Il en est de même de l'hypothèse de la participation de parlementaires au sein de l'organe décisionnel de l'ARI. Cette solution comporte en elle-même plusieurs inconvénients : le premier peut être de porter une atteinte à l'indépendance organique du régulateur en le plaçant dans une situation présumée de subordination hiérarchique et le second serait d'empêcher toute activité politique aux parlementaires nommés à ce poste, sauf à considérer que les incompatibilités sont inutiles⁹²².

Par conséquent, ces solutions doivent être rejetées dans la mesure où elles traduisent un contrôle direct de l'activité des régulateurs, alors que ce qui est recherché relève de la surveillance. Cette dernière « n'entrave en rien l'indépendance fonctionnelle reconnue aux ARI (...). Elle est au contraire la condition de leur développement et la meilleure garantie de leur bon fonctionnement »⁹²³. Il convient de se tourner vers la solution du contrôle externalisé, mis en oeuvre par les commissions parlementaires compétentes, pour rechercher une proposition de formule efficace.

2 La reddition de comptes devant une commission parlementaire spécialisée

La reddition de comptes ne peut pas, pour des raisons pratiques, être organisée devant la session plénière des chambres. Il incombe, par conséquent, de confier cette responsabilité aux commissions parlementaires. Cependant, actuellement, l'organisation des commissions parlementaires des Etats membres n'a pas tenu compte du nombre croissant des régulateurs indépendants et de leur importance dans l'activité de mise en oeuvre des lois. Ainsi, il n'existe pas de commission parlementaire spécialisée dans le contrôle des régulateurs de réseaux, ou plus largement des régulateurs économiques. L'idée a été évoquée au Royaume-Uni, mais elle n'a pas connu de suites⁹²⁴. Il faut cependant relever que, selon les conclusions

⁹²² Sur les incompatibilités, voir *supra* p. 300 et s.

⁹²³ Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 116.

⁹²⁴ En ce sens, Duprat J.-P. : « La soumission des régulateurs à régulation », *A.J.D.A.*, 2006, p. 1205.

du sixième rapport du *Select Committee on the Constitution*⁹²⁵, le *Select Committee on regulators* a été créé. Cette commission parlementaire *ad hoc* a eu pour mission d'enquêter sur les méthodes et l'efficacité des régulateurs indépendants. Cependant, elle n'est que temporaire et a disparu à la remise de son rapport⁹²⁶. En France, l'Office parlementaire d'évaluation de la législation a eu le même type d'initiative. En effet, elle a publié le rapport d'un de ses membres, Patrice Gélard, qui dresse une étude générale et formule des propositions sur les autorités administratives indépendantes, en s'appuyant sur les exemples étrangers⁹²⁷. En Espagne, une commission parlementaire « *ad hoc* » a été créée dans l'optique d'évaluer et d'émettre des observations sur la gestion de l'entité publique *Radio Televisión Española* (R.T.V.E.). Cependant, ces trois initiatives, si elles relèvent de l'évaluation, restent ponctuelles et ne peuvent pas mettre en oeuvre l'objectif recherché d'une reddition de comptes fréquente et efficace. Par conséquent, la transposition permanente de cette formule dans le domaine de la régulation économique apparaît envisageable.

Dès lors, il faut plaider pour la généralisation, dans les Etats membres, de commissions parlementaires spécialisées dans le domaine de la régulation des services publics organisés en réseaux. En France, le récent projet de loi constitutionnelle pourrait offrir une opportunité dans la mesure où il prévoit l'augmentation du nombre de commissions permanentes⁹²⁸. Elles seraient composées de parlementaires qualifiés dans ces domaines hautement techniques. Ces commissions auraient la possibilité d'auditionner fréquemment les responsables des ARI, de mener des enquêtes, de solliciter des informations et d'élaborer des « recommandations » adressées aux régulateurs indépendants, sous réserve de leur validation par les chambres. La spécialisation de ces commissions aurait pour avantage de garantir un suivi dans l'évaluation du régulateur et un dialogue régulier⁹²⁹ à interlocuteur unique. De plus, au-delà d'une simple évaluation, cette solution autoriserait l'organisation et le suivi d'une reddition de comptes financière. En ce sens, il faudrait, en s'inspirant du modèle nord-américain⁹³⁰, « permettre au régulateur de défendre devant la commission compétente du Parlement ses demandes budgétaires sous forme d'enveloppe pluriannuelle, et à cette

⁹²⁵ *House of Lords, Select Committee on the Constitution* : « *The regulatory State : ensuring its accountability* », Volume I, 6 mars 2004, HL paper 68-1, annexe A.

⁹²⁶ *House of Lords, Select Committee on Regulators*, « *UK Economic Regulators* », Vol. I, HL Paper 189-I, 13 novembre 2007.

⁹²⁷ Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006.

⁹²⁸ Article 17 du Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 avril 2008, n° 820.

⁹²⁹ Cet élément est précisé par le rapport Gélard, précité, tome I, p. 116.

⁹³⁰ Les agences doivent présenter leurs demandes de crédits au Congrès qui exerce un contrôle financier d'une redoutable efficacité, en ce sens, Zoller E. : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, précité, p. 189.

commission d'apprécier au cours de la période la conformité de la dépense aux objectifs généraux fixés par le législateur »⁹³¹.

En France, cette solution a été proposée par une partie de la doctrine. Selon le Professeur Jean-Pierre Duprat, « bien que politiquement la proposition apparaîtra peu réaliste aux praticiens, il nous semble qu'une véritable évaluation présuppose la mise en place d'une instance bicamérale dotée de moyens suffisants pour appréhender à la fois la dimension financière et l'aspect juridique au travers de l'approche en terme de légistique »⁹³². Elle paraît réalisable, peut être pas sous la forme d'une commission parlementaire⁹³³, mais au moins par le biais d'une Mission d'évaluation et de contrôle. Cette Mission serait rattachée à une commission parlementaire, aurait les mêmes pouvoirs que la Mission d'évaluation et de contrôle existante, mais avec une compétence élargie dans le domaine de la régulation des services publics de réseaux. Elle aurait l'avantage d'inclure les régulateurs indépendants dans un processus de contrôle démocratique, ce qui n'est pas le cas en l'état actuel des législations des Etats membres.

3 Les avantages d'un contrôle démocratique effectif

Les avantages d'un contrôle démocratique effectif de l'activité des régulateurs sont multiples. Le premier et le plus évident s'exprime en ces termes : il aurait « pour effet de renvoyer régulièrement le régulateur devant son créateur, de responsabiliser l'un autant que l'autre, le régulateur, pour lui ôter l'idée qu'il ne s'autorise que de lui-même et ne connaît que le marché, le Parlement pour lui rappeler qu'après le vote de la loi, il y a la vie qui en découle, et qu'il lui appartient de vérifier, surveiller, corriger, améliorer l'action du régulateur »⁹³⁴.

⁹³¹ Tuot T. : « Perspectives d'évolution », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, précité, p. 229. L'auteur précise cependant qu'« il va de soi que le régulateur ne peut prétendre à un rapport direct avec le Parlement dans le domaine budgétaire, qui n'est permis qu'au gouvernement ».

⁹³² Duprat J.-P. : « La soumission des régulateurs à régulation », précité, p. 1206. Voir aussi les propos de J. Arthuis, président de la commission des finances du Sénat, à la séance du 20 décembre 2004, pour créer une mission parlementaire de contrôle dont le champ devrait porter sur l'ensemble des autorités de régulation, in Lombard M. : « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 2005, p. 539.

⁹³³ Cette solution, comme le souligne Jean-Pierre Duprat, apparaît peu réaliste aux praticiens. En effet, en l'état actuel de l'organisation parlementaire française, il faudrait créer une nouvelle commission permanente de la régulation des services publics. La structure et l'objet des commissions spéciales, des commissions d'enquête et des missions d'information ne sont pas adaptés aux finalités recherchées. Voir : Avril P., Gicquel J. : *Droit parlementaire*, Coll. Domat, Droit public, Ed. Montchrestien, 3^{ème} éd., 2004, 432 pp.

⁹³⁴ Tuot T. : « Perspectives d'évolution », précité, p. 228.

De plus, ce contrôle effectif serait d'autant plus justifié pour les ARI qui ont de réels pouvoirs, notamment de réglementation et de sanction. Il permettrait, par une responsabilité accrue de vider de leur substance toutes les critiques portant sur l'octroi de pouvoirs trop importants aux ARI. Au-delà même de cette idée, l'organisation d'une réelle reddition de comptes pourrait pousser le législateur à confier plus de pouvoirs, notamment réglementaires, aux ARI. Dans le même sens, si les « recommandations » édictées par les ARI pouvaient être débattues par une commission parlementaire, leur validation *a posteriori*, comme leur modification ou leur suppression, les laverait de tout soupçon d'abus de pouvoir⁹³⁵. Dès lors, les régulateurs ne seraient plus, comme il a été précisé, victimes de l'indépendance qui les empêche d'obtenir des pouvoirs conséquents⁹³⁶, mais indépendants sous la surveillance parlementaire.

Enfin, l'organisation de la responsabilité du régulateur indépendant devant le Parlement aurait le mérite d'équilibrer les pouvoirs entre celui-ci et le gouvernement. En effet, la responsabilité devant les commissions parlementaires n'aurait-elle pas comme conséquence de supprimer, le cas échéant, les liens existants entre le gouvernement et les ARI? A ce titre, un exemple est révélateur: Postcom doit prendre en compte les « *guidances* » du *Secretary of State* dans ses prises de positions, notamment en relation avec la politique sociale et environnementale. Cependant, ces « *guidances* » adressées par le *Secretary of State* doivent aussi être déposées devant les chambres ce qui permet à celles-ci de contrôler la position gouvernementale sur le sujet⁹³⁷. Dès lors, par l'intermédiaire de l'information du Parlement et de son droit de veto, ces instructions perdent la valeur de tutelle gouvernementale pour prendre la forme d'orientations de politique générale. Ce type d'orientations peuvent faire partie du contrôle démocratique acceptable et ne sont par conséquent pas en opposition avec l'indépendance fonctionnelle du régulateur. L'insertion du Parlement dans le processus général de la régulation diminue d'autant les liens entre le Gouvernement et les ARI et par conséquent les risques de tutelle du régulateur indépendant.

⁹³⁵ Thierry Tuot explique en ce sens que l'on « pourrait concevoir non pas d'interdire ce type d'initiatives [les recommandations], mais au contraire de les favoriser, mais sous le contrôle et avec la coopération du Parlement. D'une part, la production normative du régulateur devrait pouvoir être passée à intervalles réguliers en revue par le Parlement, mais pas trop rapprochés pour éviter la tentation d'une tutelle ou d'une substitution, afin de donner lieu soit à des consécutions législatives améliorant leur ancrage légal, soit à des modifications, ou même à des remises en cause plus radicales de la charte fondamentale du régulateur pour compléter, confirmer ou interdire ce type d'expérimentation normative, actuellement quasiment menée par les régulateurs sous le manteau », Tuot T. : « Perspectives d'évolution », précité, p. 228.

⁹³⁶ Sur ce point, voir *supra* p. 391 et s.

⁹³⁷ Article 43, *Postal Services Act 2000*, (2000 c. 26).

Pour conclure, l'organisation d'une responsabilité effective des régulateurs indépendants a l'avantage de participer à l'organisation d'un équilibre interpolable⁹³⁸ car elle est complétée par des règles procédurales strictes sous le contrôle du juge, garantissant par conséquent la surveillance de l'activité des ARI par un ensemble de procédés bénéficiant d'une légitimité naturelle au regard de leur indépendance. Ainsi, comme le souligne Jean Marimbert, le régulateur « est responsable vis-à-vis du Parlement, auprès duquel il doit rendre des comptes (...) mais le régulateur est aussi responsable devant le juge, car aucune de ses décisions ne peut se targuer d'impunité »⁹³⁹.

Section II : Le contrôle du régulateur par le Juge

L'indépendance des ARI implique un contrôle juridictionnel sur leurs actes⁹⁴⁰. Ce contrôle devrait être la contrepartie de l'absence de toute subordination, de toute possibilité donnée au gouvernement d'adresser des instructions au régulateur⁹⁴¹. Il s'inscrit, comme la responsabilité devant des instances parlementaires, dans l'idée d'un contrepoids à l'indépendance de l'activité des régulateurs.

Certains ont pu affirmer que le contrôle juridictionnel sur les actes des autorités indépendantes n'était pas pertinent⁹⁴². Cette idée est appuyée par le fait que tout recours retarde l'action de régulation qui, par nature, doit être rapide pour s'adapter à l'évolution du marché⁹⁴³. De plus, l'encadrement procédural croissant du régulateur implique des lourdeurs

⁹³⁸ Sur ce point, voir *supra* p. 80 et s. et *infra* p. 810 et s.

⁹³⁹ Marimbert J. : « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », Forum de la régulation du 15 octobre 2001, *L.P.A.*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 41.

⁹⁴⁰ Les rapports entre le juge et le régulateur qui ne rentrent pas dans une relation de contrôle sont exclus de ce propos. Il en est ainsi, par exemple, de la saisine du juge par l'ARI, de la coopération entre le juge et le régulateur ou de l'expertise du régulateur auprès du juge. Sur ces points, voir : Godet R. : « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », *R.F.D.A.*, 2002, p. 957 ; Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : *Régulateurs et juges*, précité, p. 17, 24 ; Rapport sur les Autorités Administratives Indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, p. 9, 87 et s. ; Quadra-Saludo T., del Castillo F. (dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, Cuadernos de derecho judicial, 2003, p. 50.

⁹⁴¹ Dans le même sens à propos du médiateur : Costa J.-P. : « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », *A.J.D.A.*, 1987, p. 342.

⁹⁴² Autin J.-L. : « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ? », *R.D.P.*, 1991, p. 1566.

⁹⁴³ En ce sens, la Commission européenne estime que « la durée des procédures de recours est un problème dans plusieurs Etats membres, notamment l'Italie et le Portugal, où les procédures peuvent durer de quatre à six ans, et la Grèce, où la plus haute juridiction administrative n'a pas encore rendu d'arrêt, alors que certaines affaires sont en suspens depuis 2001. Dans certains pays (Belgique, Chypre, Estonie, Hongrie, Pays-Bas, Slovaquie, Suède), les décisions prises à la suite d'une analyse de marché font systématiquement l'objet d'un recours, et il

administratives qui sont contraires à l'idée même de la décentralisation fonctionnelle de pouvoirs, telle que conçue par le droit anglo-saxon. Enfin, le recours juridictionnel est utilisé par les opérateurs à des fins dilatoires⁹⁴⁴, ce qui paralyse parfois la bonne marche de l'ouverture des marchés.

Si l'efficacité du recours juridictionnel peut être mise en doute, et probablement améliorée, néanmoins, l'intérêt de son existence n'est pas contestable. En effet, le recours juridictionnel contre les actes des ARI évite de créer une immunité juridictionnelle, dans un domaine dont la finalité essentielle est bien la protection des règles de concurrence au bénéfice du consommateur. De plus, il permet de créer un contre-pouvoir face aux prérogatives décisionnelles et « quasi-juridictionnelles » confiées à une entité supposée indépendante du pouvoir exécutif⁹⁴⁵. Ensuite, le contrôle du juge donne une certaine légitimité aux décisions des régulateurs indépendants et les lave de tout soupçon d'arbitraire. Enfin, eu égard au principe de l'Etat de droit, l'absence de recours juridictionnel contre les actes des ARI apparaît inconcevable⁹⁴⁶.

Par conséquent, l'ensemble des textes, qu'ils soient européens, communautaires ou nationaux, impose l'existence d'un recours juridictionnel contre les actes des ARI (§1). Ce recours est généralement unifié devant la juridiction administrative de l'Etat concerné. Cependant, en France, la dualité juridictionnelle ainsi que l'oeuvre du législateur, qui a distribué le contrôle des actes des régulateurs entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative, n'est pas pour faciliter la simplicité, la lisibilité et la sécurité juridique

peut s'avérer nécessaire de prendre des mesures pour inciter les acteurs du marché à adopter une attitude plus raisonnable », in Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 20 février 2006, réglementation et marchés des communications électroniques en Europe, (COM (2006) 68 final).

⁹⁴⁴ Selon la Commission, « il semble que les opérateurs historiques aient continué, par pure stratégie, à faire systématiquement appel des décisions de l'A.R.N. (Allemagne, Grèce, Espagne, Italie, Irlande, Autriche, Finlande, Suède en particulier) bien qu'ils soient le plus souvent déboutés », d'un autre côté, « les opérateurs déplorent la longueur des procédures de recours en Belgique, en Allemagne, aux Pays-Bas, en Autriche et en Finlande », in Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 26 novembre 2001, septième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, (COM (2001) 706 final). La Commission demande donc aux Etats membres de mettre en place des mesures pour éviter les demandes abusives et estime que la suspension automatique des décisions des A.R.N. aggrave parfois la longueur des procédures, in Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 2 décembre 2004, réglementation et marchés des communications électroniques en Europe, (COM (2004) 759 final).

⁹⁴⁵ En ce sens, Martine Lombard estime que « face aux pouvoirs de décision conférés à une autorité administrative, le contre-pouvoir est (...) d'abord celui du juge », Lombard M. : « Introduction générale », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 6.

⁹⁴⁶ Sur le droit au recours juridictionnel, voir : Vandermeeren R. : « Permanence et actualité du droit au juge », *A.J.D.A.*, 2005, p. 1102 ; Garrido L., *Le droit d'accès au juge administratif*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Bordeaux, 2005, 515 pp.

qu'attendent les opérateurs. Dès lors, à titre de comparaison, il convient de se tourner vers le Royaume-Uni qui, par souci d'efficacité, a confié une partie du contentieux des actes des ARI à une juridiction spécialisée.

Néanmoins, l'étude de la portée du contrôle juridictionnel (§2), en prenant comme exemple le cas français, démontre qu'il n'est pas encore nécessaire de réfléchir à une spécialisation juridictionnelle. En effet, d'une part, le juge, par l'appréciation de la légalité externe des actes, réussit à préciser et à encadrer la procédure, les pouvoirs et les compétences des ARI. D'autre part, grâce à l'intensité de son contrôle sur les motifs de fait ayant présidé à la décision de l'ARI, le juge français ne s'est pas laissé dépasser par la technicité du domaine de la régulation des réseaux⁹⁴⁷. Dès lors, il donne un exemple très satisfaisant de contrôle juridictionnel poussé, ce qui va dans le sens souhaité de ne laisser subsister, pour assurer l'indépendance des ARI, qu'un système d'encadrement légitimant leur action.

§1 L'existence d'un contrôle juridictionnel

L'existence du contrôle juridictionnel des actes des ARI trouve son fondement dans l'ensemble des textes supra-nationaux ou nationaux applicables à leur activité (A). Cependant, il résulte de l'étude des diverses juridictions compétentes pour exercer ce contrôle que les solutions des Etats membres ne sont pas toutes exemptes de difficultés. En effet, en France, la juridiction judiciaire et la juridiction administrative sont toutes deux amenées à connaître de ce contentieux. Dès lors, il convient d'évaluer les effets de la compétence juridictionnelle sur l'efficacité du contrôle (B). A ce titre, une attention particulière est portée sur le cas du Royaume-Uni qui a confié une partie du contentieux des actes de ses régulateurs à une juridiction spécialisée.

A Les fondements du contrôle

La recherche d'un fondement textuel au contrôle juridictionnel des actes des ARI révèle une certaine convergence des règles, qu'elles soient d'origines communautaires, conventionnelles, constitutionnelles et *a fortiori* législatives. En effet, les sources externes,

⁹⁴⁷ En ce sens, voir l'intervention de Jean-Marc Sauvé (texte écrit en collaboration avec Thomas Andrieu), au colloque « Matinales experts », du 9 avril 2008, « Justice administrative et autorités de régulation », organisé par l'Ecole de formation des barreaux et les éditions Dalloz, non encore publié.

comme le droit communautaire et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, impliquent l'existence d'un recours juridictionnel contre les actes des ARI. De même, les dispositions constitutionnelles nationales, par la traduction du principe de l'Etat de droit, imposent cette garantie. Elle se traduit par son organisation dans tous les textes législatifs instituant les régulateurs dans le domaine des services publics organisés en réseaux.

1 Les sources externes du contrôle des ARI

En premier lieu, le principe général du droit communautaire, dégagé dans la jurisprudence Johnston⁹⁴⁸, impose un recours juridictionnel effectif devant les juridictions nationales en leur qualité de juge communautaire de droit commun. Pour satisfaire cet élément constitutif d'une communauté de droit⁹⁴⁹, les textes communautaires relatifs à la libéralisation des services publics en réseaux organisent ce recours en deux temps. Sans porter atteinte à la répartition des compétences au sein des systèmes juridictionnels nationaux⁹⁵⁰, l'article 4 de la directive 2002/21 prévoit, en effet, que « les Etats membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté(e) par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées. Cet organisme, qui peut être un tribunal, dispose des compétences appropriées pour être à même d'exercer ses fonctions. (...) Lorsque l'organisme de recours visé au paragraphe 1 n'est pas de nature juridictionnelle, (...) sa décision peut être réexaminée par une juridiction au sens de l'article 234 du Traité »⁹⁵¹. Dès lors, en laissant aux Etats membres l'opportunité de choisir

⁹⁴⁸ C.J.C.E., 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief constable of the Royal Ulster constabulary*, aff. 222/84, Rec., p. 1651 ; Arnall A., « *The Beat Goes On* », *E.L.R.*, 1987 p. 56 ; Dubouis L. « A propos de deux principes généraux du droit communautaire (droit au contrôle juridictionnel effectif et motivation des décisions des autorités nationales qui portent atteinte à un droit conféré par la règle communautaire) », *R.F.D.A.*, 1988 p.691 ; Ellis E., « *Can Public Safety Provide an Excuse for Sex Discrimination?* », *The Law Quarterly Review*, 1986 p. 496 ; Mauro J. « A propos des arrêts de la Cour, le droit communautaire et les femmes », *Gaz.Pal.*, 1986, III Doct., p. 568, ; Dubos O. : « Introduction sur les principes généraux du droit et les droits fondamentaux », *Lamy procédures communautaires*, fasc. 155, n° 120. Voir sa consécration dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000 (J.O.C.E., n° C 364, du 18 décembre 2000, p. 1), article 47.

⁹⁴⁹ En ce sens, Molinier J. (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, PUF, 2005, p. 212.

⁹⁵⁰ « Ces possibilités de recours ne portent pas atteinte (...) à la répartition des compétences au sein des systèmes juridictionnels nationaux », considérant 12, directive 2002/21/CE précitée. Sur ce point, voir *infra*, p. 479 et s.

⁹⁵¹ Article 4, directive 2002/21/CE précitée. A noter que la notion d'« affectation par une décision prise par une A.R.N. » a été éclaircie. Dans l'affaire C-426/05, la question préjudicielle visait à savoir si l'affectation concernait seulement l'entreprise destinataire de la décision ou plus largement l'entreprise et ses concurrents. Les conclusions de l'Avocat général penchaient vers la deuxième solution ; la Cour estime que : « la notion d'utilisateur ou d'entreprise "affecté(e)" au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2002/21/CE (...), ainsi que celle de partie "concernée" au sens de l'article 16, paragraphe 3, de cette directive doivent être interprétées comme pouvant viser non seulement une entreprise (précédemment) puissante sur le marché

l'organisme devant lequel les décisions des ARI peuvent être contestées, par exemple l'autorité de concurrence ou des autorités indépendantes comme les *Tribunals*⁹⁵² au Royaume-Uni, la directive assure quand même un contrôle exercé par une juridiction, au sens de l'article 234 du Traité⁹⁵³. Dans le secteur énergétique, la formule précitée n'est pas employée, mais les directives prévoient implicitement que les Etats membres organisent le contrôle des décisions, notamment de règlement de différends, en précisant que « cette décision [de règlement de différends] est contraignante pour autant qu'elle n'est pas annulée à la suite d'un recours »⁹⁵⁴. Par conséquent, le droit communautaire, en application de l'obligation de coopération loyale de l'article 10 du traité, impose dans certains cas et suggère dans d'autres l'existence, en droit national, d'un mécanisme assurant aux justiciables un recours contre les décisions de l'A.R.N.⁹⁵⁵. L'imprécision des textes relatifs au secteur énergétique ne saurait cependant créer un espace libre de contrôles eu égard aux règles européennes établissant le droit au recours juridictionnel effectif.

pertinent qui fait l'objet d'une décision d'une autorité réglementaire nationale prise dans le cadre d'une procédure d'analyse de marché visée à l'article 16 de la même directive et qui en est destinataire, mais également les utilisateurs et les entreprises concurrents d'une telle entreprise qui ne sont pas eux-mêmes destinataires de cette décision, mais qui sont défavorablement affectés dans leurs droits par celle-ci ». Par conséquent, « une disposition de droit national qui, dans le cadre d'une procédure non contentieuse d'analyse de marché, ne reconnaît la qualité de partie qu'aux entreprises (précédemment) puissantes sur le marché pertinent à l'égard desquelles des obligations réglementaires spécifiques sont imposées, modifiées ou supprimées n'est pas, en principe, contraire à l'article 4 de la directive 2002/21 ». Elle ajoute : « toutefois, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier que le droit procédural interne assure la sauvegarde des droits que tirent de l'ordre juridique communautaire les utilisateurs et les entreprises concurrents d'une entreprise (précédemment) puissante sur le marché pertinent d'une manière qui ne soit pas moins favorable qu'en ce qui concerne la sauvegarde des droits comparables de nature interne et qui ne nuise pas à l'efficacité de la protection juridique desdits utilisateurs et desdites entreprises garantie à l'article 4 de la directive 2002/21 » ; C.J.C.E., 21 février 2008, *Tele2 UTA Telecommunication GmbH c/ Telekom-Control-Kommission*, aff. C-426/05, Concl. M. Poiares Maduro, 15 février 2007, à paraître au recueil.

⁹⁵² Sur ce point, voir *infra* p. 487 et s.

⁹⁵³ Sur ce point, voir : C.J.C.E., 22 mai 2003, *Connect Austria*, aff. C-462/99, concl. Geelhoed L.A., 13 décembre 2001, Rec., p. I-5197 ; *Idot L., Europe*, juillet 2003, p. 20 ; Simon D., *Europe*, juillet 2003, p. 8 : « les exigences d'une interprétation du droit national conforme à la directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, telle que modifiée par la directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, et d'une protection effective des droits des justiciables imposent aux juridictions nationales de vérifier si les dispositions pertinentes de leur droit national permettent de reconnaître aux justiciables un droit de recours contre les décisions de l'autorité réglementaire nationale qui réponde aux critères de l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 (...) [équivalent, dans l'ancien cadre réglementaire de l'actuel article 4 de la directive 2002/21]. Si une application du droit national conforme aux exigences de l'article 5 bis, paragraphe 3, de ladite directive n'est pas possible, une juridiction nationale répondant auxdites exigences qui serait compétente pour connaître des recours contre les décisions de l'autorité réglementaire nationale si elle ne se heurtait pas à une disposition du droit national excluant explicitement sa compétence, telle que celle en cause au principal, a l'obligation de laisser celle-ci inappliquée ».

⁹⁵⁴ Article 25, alinéa 5, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 57). Article 23, alinéa 5, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 37).

⁹⁵⁵ La Commission estime par contre que « Le droit de recours contre les décisions de l'A.R.N. est un principe fondamental du cadre réglementaire », in Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 20 février 2006, réglementation et marchés des communications électroniques en Europe, (COM (2006) 68 final).

En effet, en second lieu, l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) ». Au regard des sanctions que peuvent adresser les ARI, qui rentrent dans le champ d'application de cet article⁹⁵⁶, il convient dès lors d'organiser un recours juridictionnel. La question qui se pose cependant est de savoir ce que la Cour européenne entend par recours devant un tribunal. Selon la jurisprudence *Belilos*, le juge doit avoir notamment le pouvoir de réexaminer les questions de fait et celles de droit⁹⁵⁷. Elle estime donc que le juge doit exercer un contrôle qu'elle qualifie de « pleine juridiction ». Or, en France, la notion de « recours de pleine juridiction » a des implications, notamment le pouvoir de réformation, qui ne se limitent pas au contrôle des questions de fait et de droit. Dès lors, cette incertitude sémantique relative aux conséquences attachées à la notion de « pleine juridiction » par les juges français et européens suscite une insécurité juridique. Une partie de la doctrine estime que le recours en annulation français, au cours duquel le juge peut exercer un contrôle entier sur les questions de fait et de droit, pourrait répondre à la définition européenne de « pleine juridiction »⁹⁵⁸. Il semble d'ailleurs qu'au Royaume-Uni, cette voie soit privilégiée puisque la *House of Lords* considère que la simple possibilité d'avoir accès au *judicial review* est satisfaisante au regard de l'article 6§1 C.E.D.H.⁹⁵⁹. L'autre branche de la doctrine s'appuie sur la jurisprudence postérieure de la Cour, l'arrêt *Gradinger*⁹⁶⁰, qui « paraît exiger que les sanctions administratives relevant de la matière pénale puissent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction comportant, pour le juge, le pouvoir de les réformer »⁹⁶¹. Selon Laure Milano, « quelle que soit la nature du contentieux, la Cour ne semble pas considérer que l'exigence de pleine juridiction, en matière "civile", implique un pouvoir de réformation »⁹⁶², par contre, en « matière pénale », le pouvoir de réformation du juge est un élément constitutif de la notion pleine juridiction sauf

⁹⁵⁶ Sur ce point, voir *infra* p. 507 et s.

⁹⁵⁷ C.E.D.H., 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, précité, § 71.

⁹⁵⁸ En ce sens, Delvolvé P. : « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », in « La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché », colloque de l'association Droit et Démocratie, Palais du Luxembourg, 22 janvier 2001, *L.P.A.*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 23.

⁹⁵⁹ House of Lords, 27 novembre 2003, *Energy Bill, explanatory notes*, Session 2003-2004, §16 (HL Bill 2).

⁹⁶⁰ C.E.D.H., 23 octobre 1995, *Gradinger c/ Autriche*, série A, n° 328, § 44 : d'après cet arrêt, parmi les caractéristiques constitutives d'un organe judiciaire de pleine juridiction « figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur », c'est-à-dire l'autorité administrative.

⁹⁶¹ Delvolvé P. : « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », précité, p. 24. Sur la question de l'interprétation de la jurisprudence de la Cour, voir : Mamontoff C. : « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives », *R.F.D.A.*, 1999, p. 1004.

⁹⁶² Milano L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2006, p. 377.

dans le cas où le législateur fixe lui-même le barème des sanctions en fonction de la gravité des faits⁹⁶³. En tout état de cause, la Cour exige l'existence d'un recours juridictionnel qu'il relève de l'annulation ou de la pleine juridiction. En France, le problème ne se pose plus, dans la mesure où les sources internes impliquent un recours de plein contentieux sur les sanctions administratives édictées par les ARI⁹⁶⁴.

2 Les sources internes du contrôle des ARI

En dernier lieu, si certains prônaient l'immunité juridictionnelle des autorités indépendantes⁹⁶⁵, l'interprétation des règles constitutionnelles internes implique clairement la soumission des ARI, en tant qu'autorités administratives, au contrôle de légalité.

En France, le souci de garantir le respect de l'Etat de droit, principe doctrinal hérité du droit allemand⁹⁶⁶, se traduit par la prééminence du droit fondée sur l'article 16 de la D.D.H.C.⁹⁶⁷. Le respect de l'Etat de droit « postule d'abord la soumission de l'administration au droit (...) et cette soumission doit être garantie par l'existence d'un contrôle

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 377 et s.

⁹⁶⁴ Sur les suites de l'incertitude sémantique relative à la notion de « pleine juridiction » en matière fiscale, voir : CE, avis, 8 juillet 1998, *Fattell*, n° 195664, non publié au recueil, (J.O.R.F., n° 239, du 15 octobre 1998, p. 15619) Arrighi de Casanova J., « Le Conseil d'Etat se rallie-t-il à la jurisprudence judiciaire reconnaissant au juge fiscal un pouvoir de modération des pénalités ? », *Bulletin des conclusions fiscales*, 1998, n° 4, p. 71 ; Pierre J.-L., « Modulation par le juge du taux de la pénalité infligée au contribuable », *Procédures*, 1999, N° 1, p. 21.

⁹⁶⁵ Voir Delcros X. : « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, nouvelle institution constitutionnelle », *A.J.D.A.*, 1988, p. 468 ; Gaudemet Y. : « Le médiateur est-il une autorité administrative ? A propos des rapports du Médiateur et du juge administratif », in *Service public et libertés*, Mélanges Robert-Edouard Charlier, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 122. En sens contraire, Decoopman N. : « Le contrôle juridictionnel des A.A.I. », in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP, PUF, 1993, p. 211 ; Costa J.-P. : « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », *A.J.D.A.*, 1987, p. 342. Truchet D., préface de Collet M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, thèse, bibliothèque de droit public, tome 233, L.G.D.J., 2003, p.VII.

⁹⁶⁶ Notion allemande de *Rechtsstaat*, en ce sens, Fromont M. : *Droit administratif des Etats européens*, Thémis, PUF, éd. 2006, p. 248 ; sur l'Etat de droit, voir Chevallier J. : *L'Etat de droit*, Montchrestien, Coll. Clefs, 4^{ème} éd., 2003, 160 pp.

⁹⁶⁷ Article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, « Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». L'article 16 n'implique pas explicitement le droit au recours juridictionnel effectif. René Chapus a néanmoins montré qu'il était justifié de fonder ce que le Conseil constitutionnel appelle « le libre exercice du droit d'agir en justice » (Considérant 6 de la Décision n° 80-119 L, du 2 décembre 1980, *nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale* ; Carcassonne G., *A.J.D.A.*, 1980, p. 602 ; De Villiers M., *R.A.*, 1981, p. 33 ; Favoreu L., *R.D.P.*, 1980, p. 1658 ; Hamon L., *D.*, 1981, IR, p. 356 ; Perier-Daville D., *Gaz.Pal.*, 8-10 et 11-12 février 1981 ; Quoc Dinh N., *J.C.P.*, 1981, II, 19603 ; Stirn B., « Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel », *Justices - Revue générale de droit processuel*, 1996 (3), p. 41) sur la disposition générale de l'article 16 de la D.D.H.C. exigeant que soit assurée la « garantie des droits ». En ce sens, Favoreu L. (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, n° 369.

juridictionnel »⁹⁶⁸. Ce principe enserme donc l'indépendance des A.A.I. dans le cadre strict du contrôle juridictionnel. Le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 18 septembre 1986⁹⁶⁹ remarque, en effet, que « dans l'exercice de ses compétences, la C.N.C.L. sera, à l'instar de toute autorité administrative, soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en oeuvre tant par le Gouvernement, qui est responsable devant le Parlement des activités des administrations de l'Etat, que par toute personne qui y aurait intérêt »⁹⁷⁰. Cette solution a été étendue à l'ensemble des A.A.I.⁹⁷¹ et pas conséquent aux ARI. Dès lors, pour les autorités indépendantes, « la volonté d'éliminer l'arbitraire de l'Etat qui a conduit à l'extension du contrôle juridictionnel doit rester présente lorsque le pouvoir se déplace et s'exprime par de nouveaux canaux. Les transformations de l'Etat qui révèle la naissance d'instances nouvelles de régulation ne saurait signifier en effet régression de l'Etat de droit »⁹⁷².

Dans d'autres Etats membres, le principe de l'Etat de droit, reconnu dans la Constitution, implique aussi, du fait de la nature administrative des ARI, l'encadrement juridictionnel de leurs actes. En Allemagne, le « *Rechtsstaat* », Etat de droit, est formellement proclamé dans l'article 20 alinéa 3 de la Constitution, qui en donne une définition : « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit »⁹⁷³. La Constitution espagnole fait de même dans son article 103 alinéa 1 : « L'administration publique sert avec objectivité les intérêts généraux (...) et se soumet pleinement à la loi et au droit »⁹⁷⁴. Cette affirmation est complétée par l'article 106 alinéa 1 qui dispose que « les tribunaux contrôlent le pouvoir réglementaire et la légalité de l'action administrative, ainsi que la soumission de celle-ci aux fins qui la justifient »⁹⁷⁵. Ceci se traduit par l'adoption de textes législatifs qui affirment « la soumission complète des administrations

⁹⁶⁸ Chevallier J. : *L'Etat de droit*, Montchrestien, Coll. Clefs, 4^{ème} éd., 2003, p. 13.

⁹⁶⁹ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, précitée.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, cons. n° 23.

⁹⁷¹ Voir par exemple pour le C.S.A., Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée, considérant n° 31.

⁹⁷² Teitgen-Colly C. : « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 230.

⁹⁷³ Article 20, alinéa 3, Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne (« *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (G.G.) ») du 23 mai 1949 (B.G.B.I., III, 100-1) : « *Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden* ». L'article 19 alinéa 4 garantit le droit d'agir en justice et l'article 101 alinéa 2 le droit au juge compétent « déterminé d'avance » et non établi « *ad hoc* et *ad personam* », en ce sens, Favoreu L. (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, n° 365.

⁹⁷⁴ Article 103 alinéa 1 : « *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho* ». Voir Chillón Medina J.-M. Escobar Roca G., *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2001, p. 54; López de Lerma i López J. : « *Agencias independientes. Origen, naturaleza jurídico-constitucional y control parlamentario* », *Revista de las Cortes Generales*, n° 56, 2002, p. 34.

⁹⁷⁵ Article 106 alinéa 1 : « *Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican* ».

publiques à la Constitution, à la loi et au droit »⁹⁷⁶. En Italie, le principe du droit à la protection juridictionnelle des individus contre l'administration est posé par les articles 24 et 113 de la Constitution. Le premier garantit « le droit d'ester en justice pour la protection de ses droits et intérêts légitimes »⁹⁷⁷. Il doit être interprété à la lumière de l'article 113 qui précise que « la protection juridictionnelle des droits et intérêts légitimes est toujours ouverte contre l'administration publique devant les organes de la justice ordinaire ou administrative »⁹⁷⁸.

Au Royaume-Uni, enfin, la notion d'Etat de droit n'a jamais été « adoptée », mais la doctrine, sous l'influence des écrits de Dicey⁹⁷⁹ a développé le principe du « règne du droit » (*rule of law*). Conçu en premier lieu comme la souveraineté du Parlement, et donc de la loi, il s'est étendu, notamment sous l'influence du droit continental, au contrôle juridictionnel de l'administration⁹⁸⁰. En effet, le principe du *rule of law* implique que les décisions administratives soient susceptibles d'être soumises au *judicial review*⁹⁸¹. Le *judicial review* est, comme le recours pour excès de pouvoir en France, un mécanisme de contrôle de la légalité des décisions administratives⁹⁸². La demande de *judicial review* est définie par l'article 54-1 des règles de procédure civiles des Cours supérieures comme « une demande qui tend à contrôler la conformité au droit d'une règle ou d'une décision, d'une action ou d'une carence en rapport avec l'exercice de fonctions publiques »⁹⁸³.

Ces éléments de nature communautaire, conventionnelle ou constitutionnelle se sont traduits dans les textes institutifs des ARI. Ainsi, l'ensemble des Etats membres étudiés a prévu l'encadrement juridictionnel de l'activité des ARI. En France, le Code des postes et

⁹⁷⁶ Article 3, *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. (BOE, n° 285, du 26 novembre 1992). Sur le principe de légalité, voir : García de Enterría E., Fernández Tomás R., *Curso de derecho administrativo I*, Undécima edición, Civitas ediciones, 2002, p. 433.

⁹⁷⁷ Article 24 : « *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (...)* ». En Italie, le recours contre les actes de l'administration est un recours subjectif.

⁹⁷⁸ Article 113 : « *Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. (...)* ». Voir Luciani M. : « La constitutionnalisation du droit au juge en Italie », in Rideau J., (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 1998, p. 119.

⁹⁷⁹ Albert Ven Dicey a tiré ce principe des écrits de William Hearn (1826-1888) (Hearn W. : « *The government of England, its structure and development* » Longmans Green & Co., Londres, 1867) et l'a explicité dans « *Introduction to the study of the Law of the Constitution* », Macmillan and Co, Londres, 1885.

⁹⁸⁰ En ce sens, Fromont M., *Droit administratif des Etats européens*, Thémis, PUF, éd. 2006, p. 248.

⁹⁸¹ « Le *judicial review* est l'exercice du pouvoir appartenant aux tribunaux, selon la *common law*, de déterminer si une action est légale ou non, en un mot, de faire respecter la *rule of law* », Mr Justice Simon Brown, *R. v/ HM the Queen in Council, ex parte Vijayatunga*, ([1988] QB 322).

⁹⁸² Sur ce point, voir Fromont M., *Droit administratif des Etats européens*, précité, p. 205 et 207.

⁹⁸³ Section 54.1, *Civil Procedure Rules 1998* (S.I. 1998/3132): « *a claim for judicial review means a claim to review the lawfulness of an enactment or a decision, action or failure to act in relation to the exercise of a public function* ».

communications électroniques précise que les décisions de l'ARCEP prises dans le cadre de ses compétences de règlement des différends sont soumises à la cour d'appel de Paris⁹⁸⁴. Les décisions relatives à des sanctions peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat⁹⁸⁵. Les mêmes recours et la même répartition des compétences sont prévus par la loi de 2000 pour la Commission de régulation de l'énergie⁹⁸⁶. En Italie, la loi du 14 novembre 1995, qui fixe les règles générales de fonctionnement des autorités de régulation des services d'utilité publique, prévoit que les actes des ARI peuvent faire l'objet d'un recours devant la juridiction administrative⁹⁸⁷. Les requêtes sont traitées par le *Tribunale amministrativo regionale* de la région dans laquelle l'ARI a son siège⁹⁸⁸. En Allemagne, les décisions de la *Bundesnetzagentur* sont susceptibles de recours, comme en Italie, devant le tribunal régional supérieur du siège de l'autorité⁹⁸⁹.

En Espagne, le texte institutif de la C.M.T. établit que « les dispositions et résolutions que la Commission dicte dans le cadre de ses fonctions publiques mettront fin à la voie administrative et pourront faire l'objet d'un recours devant la juridiction contentieuse-administrative (...) »⁹⁹⁰, alors que pour la C.N.E., les textes renvoient au régime général des décisions administratives. Celui-ci prévoit que le recours contentieux ne sera recevable pour les dispositions et les actes de l'administration, qu'une fois la voie administrative épuisée au regard de la loi⁹⁹¹. Dès lors, ce renvoi est conforme à l'idée de la subordination de la C.N.E. au gouvernement, dans la mesure où tout recours contentieux doit être précédé par un recours

⁹⁸⁴ Domaine postal, article L 5-6 C.P.C.E. ; communications électroniques, article L 36-8 C.P.C.E.

⁹⁸⁵ Domaine postal, article L 5-3 C.P.C.E. ; communications électroniques, article L 36-11 C.P.C.E.

⁹⁸⁶ Les décisions prises dans le cadre de la compétence de règlement de différends sont susceptibles de recours devant la cour d'appel de Paris, et les décisions de sanctions devant le Conseil d'Etat, respectivement, articles 38 et 40, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée.

⁹⁸⁷ Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée, article 2, alinéa 25. Le juge administratif italien dispose d'un bloc de compétence dans le domaine du contentieux relatif aux services publics : en ce sens, Pontier J.-M. : « Etude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, Tome III, p. 230, 231.

⁹⁸⁸ Loi n° 481 du 14 novembre 1995, précitée, article 2, alinéa 25 ; il s'agit du tribunal administratif régional de Lombardie pour l'A.E.E.G. et de Campanie pour A.G.Com.

⁹⁸⁹ Paragraphe 75, loi du 13 juillet 2005 précitée ; article 137, loi du 22 juin 2004 sur les télécommunications (« *Telekommunikationsgesetz* » (TGK)) (BgbI. I P. 1190)).

⁹⁹⁰ Article 48 alinéa 17, *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003). L'ensemble de la jurisprudence relative aux recours contre les actes de la C.M.T. est disponible dans la partie législation et jurisprudence des rapports annuels de celle-ci.

⁹⁹¹ L'alinéa 1 de la onzième disposition additionnelle de la loi 34/1998 du 7 octobre 1998, *del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998), renvoie à la loi du 26 novembre 1992 sur le régime juridique des administrations publiques et de la procédure administrative (*Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. (BOE, n° 285, du 26 novembre 1992)) qui dispse dans sa dixième disposition additionnelle que : « le recours contentieux-administratif n'est admissible, en relation avec les dispositions et les actes de l'administration qui ont mis fin à la voie administrative, conformément à ce qui est prévu dans la loi relative au régime juridique des administrations publiques et à la procédure administrative commune ».

administratif, en l'occurrence devant le ministre compétent⁹⁹². A la question de savoir qui contrôle la légalité des actes des ARI en Espagne, la réponse est : le juge administratif pour la C.M.T., le ministre puis le juge pour la C.N.E. Cet élément ne va pas dans le sens de l'indépendance fonctionnelle du régulateur ni dans celui de la rapidité du processus de régulation, dans la mesure où un échelon de plus est ajouté dans le contrôle de l'activité de la C.N.E. Un échelon de plus est aussi rajouté au Royaume-Uni, dans certains cas précisés par les textes relatifs au domaine énergétique⁹⁹³. Cependant, il ne s'agit pas d'un recours administratif devant une autorité supérieure, mais devant la *Competition Commission*⁹⁹⁴. Dès lors, le principe du *judicial review*, qui s'applique par principe aux actes des autres ARI⁹⁹⁵, ne peut être mis en oeuvre qu'après la procédure d'appel devant la *Competition Commission* et sur la décision conforme de cette dernière. Cet élément amène la question de l'efficacité du recours juridictionnel lorsque celui-ci est dispersé entre plusieurs organismes ou juridictions.

B Compétence juridictionnelle et efficacité du contrôle

La question de la juridiction compétente pour exercer le contrôle des actes des ARI implique une première réflexion sur la structure juridictionnelle des Etats membres évoqués. La problématique qui doit être soulevée à cet égard est celle de savoir quels sont les Etats membres dont le contrôle juridictionnel sur les actes des ARI peut être uniformisé par la soumission des juridictions à une même cour suprême. La réponse peut être recherchée en décrivant brièvement la structure juridictionnelle des Etats évoqués. Celle-ci oppose deux modèles.

En premier lieu, les Etats ne connaissant qu'un ordre juridictionnel. L'ensemble des juridictions fait partie de l'ordre judiciaire unique, comme au Royaume-Uni, en Espagne, en Allemagne et en Italie. Cependant, parmi ces Etats, il existe certaines disparités qui vont d'une indivisibilité des contentieux à la dualité des cours suprêmes.

⁹⁹² Sur ce point, voir *supra* p. 385 et s.

⁹⁹³ Voir les paragraphes 173 et suivants, *Energy Act 2004* (2004, c.20), qui imposent par exemple l'appel devant la *Competition Commission* pour les décisions précisant les conditions des licences de gaz ou d'électricité.

⁹⁹⁴ La *Competition Commission* est une autorité indépendante qui a remplacé l'ancienne *Monopolies and Mergers Commission* en 1999 (*Competition Act 1998* (1998, c. 41)). Sa mission est d'assurer la sauvegarde d'une concurrence loyale au Royaume-Uni, notamment sur les marchés, les marchés régulés et lors des fusions d'entreprises.

⁹⁹⁵ Peu de textes explicitent ce point, comme en Allemagne ou en Italie, mais il est possible d'en retrouver une affirmation dans le Code de conduite de Postcom : Postal Services Commission, *Constitution and Procedures*, 2 mai 2003, ou le paragraphe 192 du *Communications Act 2003* (2003, c. 21).

Au Royaume-Uni, les juridictions civiles sont compétentes pour connaître de toutes les affaires mettant en cause la régularité de l'action d'une autorité publique. Il n'existe donc pas d'ordre juridictionnel administratif, mais un seul et même ordre judiciaire. Le juge de droit commun est la *High Court*. Cependant, au sein de cette juridiction, il y a une liste de juges spécialisés dans le contentieux administratif qui se réunissent sous l'appellation d'*Administrative Court*. Cette cour n'est cependant pas une véritable juridiction administrative, dans la mesure où ses membres ne font pas l'objet d'un recrutement spécifique et que les règles de procédure ne sont pas entièrement distinctes de la procédure civile⁹⁹⁶. Dans certains contentieux spécialisés, le justiciable peut se diriger vers un *Tribunal*, comme le *Competition Appeal Tribunal*⁹⁹⁷. Les recours contre ses décisions sont exercés, en fonction des textes, soit devant la *High Court*, ou directement devant la *Court of Appeal*. Les appels contre les décisions de la *High Court* sont déposés devant la *Court of Appeal*, celle-ci ne faisant l'objet d'aucune spécialisation particulière dans le domaine du contentieux administratif. La Cour suprême, (*Supreme Court*) récemment créée, assurera l'unité du système dès qu'elle entrera en fonctions, en octobre 2009⁹⁹⁸.

En Espagne, il n'y a aussi qu'une juridiction suprême, le *Tribunal Supremo*, sommet d'un ordre juridictionnel homogène. Cependant, cette cour est composée d'une Chambre du contentieux administratif (*Sala de lo Contencioso-administrativo*) qui reçoit les pourvois en cassation dirigés contre les jugements en appel de la Chambre du contentieux administratif de la Cour nationale (*Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional*). Dès lors, sans réelle dualité juridictionnelle, la structure juridictionnelle espagnole fait une place non négligeable aux recours contre les actes administratifs.

⁹⁹⁶ En ce sens, Fromont M., *Droit administratif des Etats européens*, Thémis, PUF, éd. 2006, p. 136.

⁹⁹⁷ Les *Tribunals* au Royaume-Uni, qualifiés aussi d'*Administrative Tribunals*, sont des institutions apparues au début du XX^e siècle pour répondre à la nécessité de permettre à des plaideurs peu fortunés de saisir de leur problème une autorité impartiale facilement accessible et statuant selon une procédure simple. Leur indépendance n'est toutefois pas une indépendance aussi forte que celle des juridictions proprement dites appelées *Courts*, notamment du fait de la nomination des membres. Cependant, ils disposent d'une réelle indépendance fonctionnelle et édictent des décisions qui sont de simples actes administratifs, même si les juristes anglais les qualifient de décisions portant sur un litige (*Adjudication*). Elles sont susceptibles de faire l'objet d'un *judicial review* devant la *High Court* ou la *Court of Appeal*. En ce sens, Fromont M., *Droit administratif des Etats européens*, précité, p. 117.

⁹⁹⁸ La *Supreme Court* a remplacé la Chambre des Lords dans cette fonction depuis la réforme constitutionnelle de 2005, Partie 3, sections 23 et s., *Constitutional Reform Act 2005* (2005, c. 4). Elle entrera en fonctions en octobre 2009, selon les propos du *Lord Chancellor and Secretary of State for Justice*, Lord Falconer of Thoroton, Rapport officiel du Parlement, *House of Lords*, 14 juin 2007, Vol. n° 692, Part. n° 102, Col. 1771, « *Supreme Court* ».

L'Allemagne et l'Italie disposent, en revanche, de juridictions suprêmes spécialisées dans le contentieux administratif⁹⁹⁹, respectivement, la Cour administrative fédérale de Leipzig (*Bundesverwaltungsgericht* (BverwG)) et le Conseil d'Etat italien (*Consiglio di Stato*). En Allemagne, la Cour administrative fédérale connaît des recours en cassation exercés contre les décisions des tribunaux administratifs supérieurs des Länder, instances d'appel des tribunaux administratifs. En Italie, le Conseil d'Etat, outre son pouvoir consultatif, est l'instance d'appel des décisions des tribunaux administratifs régionaux (*Tribunale amministrativo regionale*).

En second lieu, la France se distingue par une dualité juridictionnelle qui tient à l'existence d'un ordre administratif autonome par rapport à l'ordre judiciaire. Les deux ordres forment deux ensembles distincts et hiérarchisés de juridictions sous le contrôle respectif du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation.

Par conséquent, à la lumière de cette organisation juridictionnelle, et au regard des juridictions désignées comme assurant le contrôle des actes des ARI, il est possible de dire qu'un seul pays, parmi ceux envisagés, pose un problème sur l'efficacité du contrôle : la France. En effet, en Espagne, les actes des ARI, sont exclusivement soumis au contrôle de la juridiction administrative, il en est de même en Italie et en Allemagne. Tous les contrôles sont bien exercés par la même juridiction et sous la surveillance de la même cour suprême, qu'elle soit spécialisée dans le contentieux administratif (Allemagne et Italie) ou qu'elle ne soit qu'une chambre spécifique de la juridiction suprême (Espagne). Au Royaume-Uni, même si les juridictions de première instance sont diverses, toutes sont soumises à la *Court of Appeal* puis à la *Supreme Court*. Dès lors, dans ces Etats, la structure juridictionnelle n'a pas d'influence réelle sur le contrôle des actes des ARI, puisque leur contentieux est unifié par une seule et même instance. Par contre, en France, la diversité des juridictions appelées à connaître des recours formés contre ces actes, cumulée à la dualité des ordres de juridictions, peut faire craindre une absence d'uniformisation des solutions applicables et, par conséquent, une instabilité du système de régulation. En ce sens, il serait intéressant d'observer les problèmes que pose le système français, puis de le comparer au modèle britannique qui met sur le banc d'essai une juridiction spécialisée dans les recours contre certains actes émis par les régulateurs indépendants de la concurrence et des services publics organisés en réseaux.

⁹⁹⁹ L'Allemagne dispose de cinq cours suprêmes spécialisées dans les matières civiles et pénales, en droit du travail, droit social, droit administratif et droit fiscal. Les parties qui invoquent une lésion de leurs droits fondamentaux garantis par la Constitution peuvent se pourvoir devant la Cour constitutionnelle fédérale, à Karlsruhe, qui peut casser toute décision des cours fédérales. En Italie, deux juridictions suprêmes, le *Consiglio di Stato* (Conseil d'Etat) et la *Corte suprema di cassazione* (Cour suprême de cassation).

1 La diversité des juridictions compétentes en France

En France, les recours exercés contre les actes des ARI ne se font pas tous devant le même ordre juridictionnel. En effet, au titre de deux dérogations légales, les recours contre les décisions de règlement de différends s'exercent devant la cour d'appel de Paris¹⁰⁰⁰. Les autres actes invocables relèvent de la compétence du juge administratif¹⁰⁰¹.

En principe, « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation et la réformation des décisions prises par les autorités publiques dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »¹⁰⁰². Ce principe fondamental reconnu par les lois de la République impliquerait, par conséquent, la soumission des actes des ARI à la compétence de la juridiction administrative. En effet, il résulte, entre autres, de la jurisprudence *Retail* que les A.A.I. sont des autorités administratives¹⁰⁰³. Par conséquent, les recours en annulation dirigés contre les décisions des ARI relèveraient, s'agissant d'organismes collégiaux à compétence nationale, en premier et dernier ressort de la compétence du Conseil d'Etat¹⁰⁰⁴.

Cependant, la décision du Conseil Constitutionnel du 23 janvier 1987 admet aussi la constitutionnalité du transfert du contentieux de certaines autorités administratives, en

¹⁰⁰⁰ Dans le domaine postal, article L 5-6 C.P.C.E. ; dans le domaines des communications électroniques, article L 36-8 C.P.C.E. ; dans le domaine énergétique, article 38 loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée.

¹⁰⁰¹ Dans le domaine postal, article L 5-3 C.P.C.E. ; dans le domaines des communications électroniques, article L 36-11 C.P.C.E. ; dans le domaine énergétique, article 40, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, préc.

¹⁰⁰² Considérant n° 15 de la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, Avril P. et Gicquel J., *Pouvoirs*, 1987 n° 42, p. 170 ; Chevallier J., *A.J.D.A.*, 1987, p. 345 ; Favoreu L., « Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle », *R. F. D. A.*, 1987, p. 301, *R.D.P.*, 1989, p. 482 ; Gaudemet Y., *R.D.P.*, 1987, p. 1341 ; Genevois B., « Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », *R.F.D.A.*, 1987, p. 287, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, p. 600 ; Luchaire F., *D.*, 1988, p. 117 ; Rousseau D., *J.C.P. E.*, 1988, n°26, p. 30 ; Truchet D., « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel, *Justices* », *Revue générale de droit processuel*, 1996, n°3, p. 53.

¹⁰⁰³ C.E., Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, précité. Les conclusions Franc sur l'arrêt arrivent à la démonstration de l'administrativité de l'A.A.I. par défaut d'autre solution plus satisfaisante. Voir aussi : Gaudemet Y. : « Le médiateur est-il une autorité administrative ? », in *Service public et libertés*, Mélanges offerts au Professeur Charlier, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 117 ; G. Braibant : « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés*, Mélanges offerts au Professeur Charlier, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 703. Sur ce point, voir *supra* p. 186 et s.

¹⁰⁰⁴ Article R 311-1 C.J.A. : « Le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort : (...) 4° Des recours dirigés contre les décisions administratives des organismes collégiaux à compétence nationale ».

l'espèce le Conseil de la concurrence, à l'autorité judiciaire. En effet, il précise que « lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »¹⁰⁰⁵.

La possibilité d'un « aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle »¹⁰⁰⁶ a permis, dans les mêmes termes, de déclarer conforme à la Constitution la compétence attribuée à la cour d'appel de Paris pour connaître des recours en annulation et en réformation dirigés contre les décisions de règlement des différends et les mesures conservatoires prises par l'A.R.T.¹⁰⁰⁷. Les auteurs de la saisine soulevaient pourtant le fait que la dérogation aux règles habituelles de compétence ne saurait trouver de justification dans le souci d'une bonne administration de la justice, dès lors que le contentieux des autres décisions de l'autorité relève de la juridiction administrative. Le Conseil Constitutionnel y répond en estimant que les décisions de l'A.R.T., alors qu'elles sont des « décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »¹⁰⁰⁸, pourront trancher des litiges relevant du droit de la concurrence ou des différends de nature commerciale ou technique, lesquels relèvent du droit privé. De plus, sachant que la saisine de l'autorité est facultative, si les opérateurs ne choisissent pas cette option, les litiges seront portés soit devant le Conseil de la concurrence, et en cas de contestation devant la cour d'appel de Paris, soit devant le juge du contrat. Par conséquent, l'aménagement des compétences ainsi réalisé tend à unifier l'ensemble du contentieux sous le contrôle de la Cour de cassation. Il est dès lors « justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice »¹⁰⁰⁹.

Cependant, la justification tirée d'une bonne administration de la justice n'aurait pu constituer un argument de poids si le Conseil n'avait pas précisé sa nature. En effet, au terme de la décision du 23 janvier 1987, la bonne administration de la justice impliquait l'unification des règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre principalement intéressé. Or, pour l'A.R.T., il aurait dû s'agir du Conseil d'Etat, compétent pour tous les actes invocables édictés par l'autorité, en tant que décisions exécutoires prises dans l'exercice

¹⁰⁰⁵ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, précitée, considérant n° 16.

¹⁰⁰⁶ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, précitée, considérant n° 18.

¹⁰⁰⁷ Décision n° 96-378 du 23 juillet 1996, précitée.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, considérant n° 21.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, considérant n° 24. Sur la notion de « bonne administration de la justice », voir Collet M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, précité, p. 240 et s. ; Robert J. : « La bonne administration de la justice », *A.J.D.A.*, 1995, numéro spécial, p. 118.

de prérogatives de puissance publique. Cependant, dans la décision de 1996, le Conseil Constitutionnel fait une nouvelle distinction, entre la dérogation tirée de motifs concernant l'organe et la dérogation tirée de motifs concernant la matière. Selon lui, « une telle unification peut être opérée tant en fonction de l'autorité dont les décisions sont contestées, qu'au regard de la matière concernée »¹⁰¹⁰. Par conséquent, si le Conseil avait opté pour le critère organique, l'unification se serait faite au profit de la juridiction administrative. Au contraire, validant les motifs tirés de la considération de la particularité de la matière, le bloc de compétences est attribué à la cour d'appel de Paris. En effet, l'objectif est d'unifier l'ensemble de ce contentieux spécifique sous l'autorité de la Cour de cassation et donc d'éviter ou de supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence¹⁰¹¹.

La décision validant la compétence de la cour d'appel de Paris n'est pas condamnable¹⁰¹². Il existe en effet une compétence naturelle du juge judiciaire pour connaître d'affaires d'ordre privé¹⁰¹³ et le juge administratif a souvent été critiqué sur sa capacité à faire face à la technicité des litiges qui font l'objet, en l'espèce, de transferts de compétence juridictionnelle¹⁰¹⁴. Ces raisons ont probablement poussé le législateur à réduire le champ d'intervention du juge administratif au profit du juge de droit commun de la concurrence. De plus, la cour d'appel de Paris, par expérience, sait se comporter et statuer comme un véritable juge administratif de l'annulation¹⁰¹⁵. Ainsi, la dualité des ordres de juridiction n'empêche pas nécessairement l'unité substantielle du droit¹⁰¹⁶. Cependant, elle ne résulte plus

¹⁰¹⁰ Décision n° 96-378 du 23 juillet 1996, précitée, considérant n° 22.

¹⁰¹¹ En ce sens, décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, précitée, considérant n° 17.

¹⁰¹² En ce sens, Autin J.-L., *Jurisclasseur administratif*, Fasc. 75, *Autorités administratives indépendantes*, pt. 42.

¹⁰¹³ En effet, l'ARCEP peut imposer les modalités de l'accès ou de l'interconnexion qui font l'objet, entre les parties concernées, d'une convention de droit privé, tout comme les accords d'itinérance locale. Les litiges sur ces éléments peuvent être portés devant l'ARCEP en tant qu'autorité de règlement des différends ; voir, articles L 34-8, L 34-8-1 et L 36-8 du C.P.C.E. Nicolas Charbit estime que l'approche du législateur peut s'expliquer « la proximité dont bénéficient la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation avec le Conseil de la concurrence (...). Ces juges disposent en effet d'une expérience de plus de quinze années de ce qu'exige la mise en oeuvre du pouvoir de régulation de l'autorité de concurrence, et sont ainsi mieux à même d'apprécier les spécificités de la régulation », Charbit N. : « Les objectifs du régulateur », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 64.

¹⁰¹⁴ Selon Martin Collet, « bien qu'animée par une certaine tendance à l'approximation et à la caricature, la critique du procès administratif garde peut-être pour elle une part de vérité. Mais elle n'explique en rien pourquoi ses prétendus effets pratiques (les transferts de compétence au juge judiciaire) ne concernent que certains des litiges auparavant dévolus au juge administratif », in Collet M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, précité, p. 272.

¹⁰¹⁵ En ce sens, Delvolvé P. : « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz 1992, p. 47 ; Drago R. : « Le juge judiciaire, juge administratif », *R.F.D.A.*, 1990, p. 757. Voir aussi, Ribs J., Schwartz R. : « L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes », *Gaz. Pal.*, 29 juillet 2000, n° 211, p. 3.

¹⁰¹⁶ En ce sens, René Chapus ne croit pas que le dualisme juridique soit menacé mais met l'accent sur « les facteurs d'unité » et estime qu'il s'agit d'un « dualisme juridique tempéré (...) tel (...) qu'il apparaît comme une

mécaniquement de l'unicité institutionnelle mais d'une convergence d'appréciations entre les deux ordres¹⁰¹⁷.

Néanmoins, comme l'avançaient les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel sur la loi de réglementation des télécommunications de 1996, il est nécessaire pour le justiciable d'identifier aisément son juge¹⁰¹⁸. Or, que ce soit pour l'ARCEP ou pour la CRE, en fonction du type de décision adoptée, le recours doit être porté soit devant la juridiction judiciaire, soit devant la juridiction administrative. De plus, au sein de cette dernière, certains actes sont portés devant le Conseil d'Etat, et d'autres devant le tribunal administratif. Il en est ainsi, par exemple, des décisions du président de l'autorité, prises en vertu de ses pouvoirs propres, telles que celles qu'il prend en sa qualité d'ordonnateur des dépenses et des recettes de l'ARCEP. Enfin, la cour d'appel de Paris et le Conseil d'Etat statuent en premier ressort. Par conséquent, la cour, ce qui peut apparaître trompeur, n'exerce pas dans ce type de contentieux une compétence d'appel. De plus, le Conseil d'Etat étant, à la différence de la cour d'appel de Paris, la juridiction administrative suprême, ses décisions ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation. La lisibilité n'est donc pas évidente pour le justiciable.

Par conséquent, une partie de la doctrine critique la complexité résultant des règles de répartition de compétences « dans le dédale desquelles le justiciable risque de s'égarer »¹⁰¹⁹. En effet, « le bon fonctionnement de la justice (...) c'est d'abord la satisfaction du justiciable et le premier droit du justiciable, c'est de connaître les principes qui déterminent quel juge est compétent pour trancher son litige. Simplicité et stabilité sont donc les qualités nécessaires des règles de compétence »¹⁰²⁰.

La simplicité n'est donc pas de mise eu égard, en premier lieu, à la détermination de la juridiction compétente qui n'est pas toujours chose facile pour le juge ainsi que pour le

façon d'être de l'unité de l'ordre juridique français », Chapus R. : « Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique », *R.F.D.A.*, 1990, p. 739.

¹⁰¹⁷ En ce sens, Frison-Roche M.-A. : « La dualité de juridictions appliquée à la régulation », *R.L.C.*, nov./déc. 2005, n° 5, p. 91.

¹⁰¹⁸ Décision n° 96-378 du 23 juillet 1996, précitée, considérant n° 20.

¹⁰¹⁹ En ce sens, Autin J.-L., Jurisclasseur administratif, Fasc. 75, Autorités administratives indépendantes, pt. 42. La complexité de la répartition des compétences est dénoncée, par exemple, dans : Delvolvé P. : « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », in « La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché », colloque de l'association Droit et Démocratie, Palais du Luxembourg, 22 janvier 2001, *L.P.A.*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 23 ; Lombard M. : « La régulation dans un Etat de droit », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, précité, p. 32. Pour relativiser le propos, Denoix de Saint-Marc R. : « régulateurs et juges, introduction générale », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : *Régulateurs et juges*, Forum de la régulation du 15 octobre 2001, *L.P.A.*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 8.

¹⁰²⁰ Lafferrière F.-J. : « La dualité de juridictions, un principe fonctionnel ? », in *L'unité du droit*, Mélanges Roland Drago, Economica, 1996, p. 425.

justiciable. En effet, imaginant que l'ARCEP émette une décision de règlement de différends sur un refus d'accès ou d'interconnexion au sens de l'article L 36-8 du C.P.C.E., cette décision peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris. Si la suspension n'a pas été demandée et obtenue, l'ARCEP peut prononcer à l'encontre de l'opérateur une sanction pour inexécution de la décision au titre de l'article L 36-11 du C.P.C.E. Cette sanction est alors susceptible de faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. La juridiction judiciaire et son homologue administratif sont donc saisis simultanément d'un litige qui, sans trouver son origine dans les mêmes faits, ne peut se résoudre qu'en appréciant le bien fondé de la décision de règlement du différend. Il y a dans le cas d'un comportement pouvant aboutir à la fois à une décision de règlement de différends et à une décision de sanction, un risque de compétences concurrentes entre les deux juridictions saisies. Ce type de litige implique, par conséquent, que le Conseil d'Etat surseoit à statuer jusqu'à ce que la cour d'appel se prononce sur le règlement du différend. Il pourra ensuite exercer un contrôle de pleine juridiction sur la sanction¹⁰²¹.

Dans le même type de contentieux, si jamais la cour d'appel de Paris annule la décision de règlement du différend et qu'une action en responsabilité de la puissance publique est engagée, quelle pourrait être la juridiction compétente ? Le transfert au juge judiciaire des recours contre ces décisions entraîne-t-il également le transfert à ce même juge des actions en responsabilité fondées sur leur illégalité ? Par principe, dans le silence de la loi, le Conseil d'Etat est compétent pour « l'annulation et la réformation des décisions prises par les autorités publiques dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »¹⁰²². Cependant, l'étude de la jurisprudence relative à la responsabilité de l'Etat du fait des dommages causés par les actes des A.A.I. ne va pas dans le même sens. En effet, le contentieux de l'annulation des actes de la COB était attribué, lorsque cette entité existait encore, aux juridictions judiciaires. Un recours en responsabilité a néanmoins été intenté devant le Conseil d'Etat au regard du principe fondamental reconnu par les lois de la République précité. La juridiction administrative s'est déclarée incompétente pour connaître ce contentieux dans une décision du 6 juillet 1990 en estimant que « le législateur a entendu donner compétence aux juridictions de l'ordre judiciaire pour connaître de toute contestation relative aux décisions de la Commission des opérations de bourse visées à l'article 12 de l'ordonnance du 28 septembre 1967, y compris les demandes d'indemnités fondées sur l'illégalité dont seraient entachées

¹⁰²¹ Sur une autre hypothèse de conflit, voir : Tuot T. : « A partir d'une ordonnance de référés : libre propos sur l'accès aux réseaux d'électricité », *C.J.E.G.*, n° 607, mars 2004, p. 116 ; Beauvillard S., Bouquet G. : « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1911.

¹⁰²² Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, précitée, considérant n° 15.

ces décisions »¹⁰²³. Le Conseil interprète donc largement l'article 12 de la loi alors que cette disposition est une dérogation légale. La cour d'appel de Paris préfère, comme il est d'usage, une interprétation stricte de la dérogation. En effet, elle se déclare incompétente pour statuer sur ce recours en indemnisation en jugeant que « l'aménagement précis et limité des règles de compétence n'a pas pour effet de transférer aux juridictions judiciaires le contentieux indemnitaire de la COB »¹⁰²⁴.

Dès lors, le Tribunal des conflits, dans une décision du 22 juin 1992¹⁰²⁵, tranche dans le sens de la compétence de la juridiction judiciaire. Il considère que « le législateur a ainsi entendu donner compétence aux juridictions de l'ordre judiciaire pour connaître de toute contestation relative aux décisions de la Commission des opérations de bourse visées à l'article 12 précité de la l'ordonnance du 28 septembre 1967, y compris les demandes d'indemnités fondées sur l'illégalité dont seraient entachées ces décisions »¹⁰²⁶. Par conséquent, une interprétation *a simili* de cette jurisprudence impliquerait, dans le cas d'un règlement de différend annulé par la cour d'appel de Paris, que celle-ci évalue aussi l'indemnisation de la victime. Le contentieux de la responsabilité relative aux décisions de règlement des différends des ARI serait donc, comme leurs actes, éclaté entre la cour d'appel de Paris et le Conseil d'Etat.

En second lieu, la distribution des compétences ne témoigne pas d'une homogénéité au sein de la catégorie juridique des A.A.I. En effet, il faut relever que le contentieux des sanctions édictées par l'actuelle Autorité des marchés financiers et le Conseil de la concurrence relèvent de la compétence de la cour d'appel de Paris¹⁰²⁷, alors que celui de l'ARCEP et de la CRE relève du Conseil d'Etat. De même, les décisions de règlement de différends entre éditeurs, distributeurs et prestataires de services de radio et de télévision édictées par le C.S.A. font l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil

¹⁰²³ CE, Sect., 6 juillet 1990, *Compagnie diamantaire d'Anvers et M. Delcourt*, n° 62716, Rec. p.206, concl. de La Verpillière, *C.J.E.G.*, novembre 1990, p.80 ; Llorens F., *R.F.D.A.*, 1991, p. 293 ; Richer L., *A.J.D.A.*, 1990, p. 907.

¹⁰²⁴ CA Paris, 1ère ch., C.O.B., 29 mai 1991, *Maitre Patrick Mizon c/ Agent judiciaire du Trésor public*, n° 90-015332 ; Frison-Roche M.-A., *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1992, p. 75.

¹⁰²⁵ TC, 22 juin 1992, *Mizon et autres*, n° 02671, Rec. p. 486, concl. Flipo, *J.C.P. G.*, 28 avril 1993, p. 2 ; B.V., *Le Quotidien juridique*, n° 78, 1992, p. 6 ; Chauvaux D., *A.J.D.A.*, 2000, p. 394 ; Decoopman N., « Le contrôle juridictionnel de l'action de la Commission des Opérations de Bourse (COB) », *R.F.D.A.*, 1994, p. 1139 ; Rouault M.-C., *J.C.P. G.*, 1992 IV 2346.

¹⁰²⁶ TC, 22 juin 1992, *Mizon et autres*, précité, considérant n° 1.

¹⁰²⁷ Article L 621-30 du Code monétaire et financier pour l'AMF et article L 464-7 du Code de commerce pour le Conseil de la concurrence.

d'Etat¹⁰²⁸, alors que celles qui sont édictées par les régulateurs indépendants de services publics organisés en réseaux sont susceptibles d'être déférées devant le juge judiciaire. Par conséquent, il n'y a pas d'unité contentieuse en matière de contrôle juridictionnel des A.A.I. ce qui rajoute des difficultés dans l'appréhension du régime juridique de ces entités.

Si les difficultés liées à la dualité des juridictions compétentes et à la situation de chaque juridiction compétente dans son propre ordre (cour d'appel et juridiction administrative suprême pour le Conseil d'Etat) pour connaître des actes des régulateurs indépendants peuvent être minimisées, eu égard à la connaissance des rouages par les représentants des parties intentant un recours, un point essentiel reste quand même l'influence de cet éclatement sur les droits des requérants. Cette question a été étudiée par Pierre Delvolvé qui conclut, au terme d'une étude très approfondie, que les intéressés, « d'un juge à l'autre, d'une procédure à l'autre (...) n'ont pas les mêmes garanties »¹⁰²⁹. Les éléments relevés ne peuvent cependant pas être transposés au domaine de la régulation des services publics organisés en réseaux¹⁰³⁰.

Enfin, l'argument développé par certains de l'inefficacité du juge administratif, dans des domaines touchant à l'économie comme le droit de la concurrence, pour réduire son champ d'intervention, ne paraît pas être justifié de nos jours¹⁰³¹. En effet, le Conseil d'Etat reste compétent pour les actes invocables qui ne relèvent pas du règlement des différends. Or, ceux-ci touchent inévitablement le domaine économique de la régulation des réseaux. Comme le précise Marie-Anne Frison-Roche, pourquoi confier le contrôle des sanctions du Conseil de la concurrence à la cour d'appel de Paris et celui de la CRE au Conseil d'Etat, alors que régulation particulière de l'énergie et droit de la concurrence ont partie liée, y compris dans la mission du régulateur¹⁰³²? De plus, le Conseil d'Etat, depuis la jurisprudence *Million et Marais*¹⁰³³ est un juge de la concurrence à part entière. Par conséquent, à la question de savoir

¹⁰²⁸ Article 42-15 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication, modifiée (J.O.R.F., 1^{er} octobre 1986, p. 11755).

¹⁰²⁹ Voir Delvolvé P. : « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », précité, p. 28.

¹⁰³⁰ En effet, deux éléments principaux justifient la conclusion de Pierre Delvolvé. Il s'agit de la procédure de sursis à exécution (aujourd'hui référé suspension, art. L 521-1 C.J.A.), qui n'est pas prévue dans tous les textes relatifs aux autorités de régulation ainsi que la dualité des juridictions qui implique que les sanctions d'une autorité de régulation peuvent, selon le cas, être attaquées devant le juge judiciaire ou le juge administratif. Or, dans les secteurs étudiés, le législateur a fait en sorte que ces problèmes ne puissent se poser.

¹⁰³¹ Collet M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, précité, p. 269.

¹⁰³² Frison-Roche M.-A. : « La dualité de juridictions appliquée à la régulation », *R.L.C.*, nov./déc. 2005, n° 5, p. 91.

¹⁰³³ CE, Sect., 3 novembre 1997, *Million et Marais*, n° 169907, Rec. p.406, concl. Stahl J.-H., Rec. p.395 ; *GAJA*, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, n° 103 ; Gaudemet Y., *R.D.P.*, 1998, p. 256 ; Girardot et Raynaud, *A.J.D.A.*, 1997, p. 945 ; Guézou O., *A.J.D.A.*, 1998, p. 247 ; Maigre, *Rev. Conc. Consom.*, n° 100, p. 46 ; Vogel L., *Contrats Concurrence Consommation*, 1998, n° 4, p. 12. Sur le juge administratif et le droit de la concurrence,

si le juge administratif a les moyens d'être présent sur le terrain du droit des entreprises, Laurent Richer, après avoir relevé les faiblesses et atouts de cet ordre juridictionnel¹⁰³⁴ y répond en ces termes : « à la limite, on peut se demander si le juge administratif n'est pas le plus économiste des juges »¹⁰³⁵. Enfin, le Conseil d'Etat, en tant que juridiction suprême, ne peut voir ses décisions susceptibles d'un pourvoi. Cet élément rajoute à l'utilité d'une unification du contentieux sous sa compétence. En effet, dans le domaine du règlement des différends, les délais sont rallongés par le jeu du recours devant la cour d'appel de Paris, du pourvoi devant la Cour de cassation, et enfin du renvoi. Les opérateurs utilisent cet effet dilatoire ce qui nuit à l'efficacité de la régulation.

Les difficultés de l'éclatement des compétences de contrôle des actes des ARI ne doivent cependant pas être surestimées, d'autant plus que l'unification de ce contentieux sous les offices du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation apparaît peu probable. Il est donc possible de se rallier à la conclusion de Marie-Anne Frison-Roche sur ce point : « la dualité des ordres de juridiction complique certes le droit de la régulation mais ne le dénature pas »¹⁰³⁶. Cependant, cette complexité peut amener à se tourner vers les enseignements du droit comparé, notamment l'exemple du contrôle des ARI outre-manche qui est réalisé par une juridiction spécialisée. Sans aller jusqu'à proposer ce type de solution dans le domaine du contentieux des actes des ARI en France¹⁰³⁷, puisque le sens des décisions du Conseil d'Etat

voir : Katz D., *Juge administratif et droit de la concurrence*, thèse, PUAM, 2004, 473 pp. ; Chérot J.-Y. : « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'Etat de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », in *Mouvement du droit public*, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, 2004, p. 87.

¹⁰³⁴ Il relève en effet que « Le juge administratif (...) n'a pas les moyens de jouer les économistes, et cela parce qu'il manque de prise sur la réalité. Le juge administratif s'attache aux motifs des actes, à leurs « antécédents », alors que dans le droit économique, notamment de la concurrence, les effets sont primordiaux. Le juge administratif n'a pas les moyens d'enquêter, il ne peut appréhender pleinement les faits, comme en témoigne, par exemple la faible importance pratique de la sanction du détournement de pouvoir ». Par contre, il démontre aussi que le juge administratif peut se dépasser, notamment puisqu'il « a su s'adapter aux spécificités du contentieux économique ». Il dispose en ce sens d'atouts comme la liberté de la preuve, le contrôle des motifs qui l'amène sur le terrain des comportements puisque tout le processus de décision est soumis à son examen, et une certaine habitude du contentieux économique dans la mesure où « il est conduit, très fréquemment et depuis longtemps, à appliquer des textes nécessitant de délicates appréciations relatives au fonctionnement du marché », Richer L. : « Le juge économiste ? », *A.J.D.A.*, 2000, p. 703 à 705.

¹⁰³⁵ Richer L. : « Le juge économiste ? », précité, p. 705. Dans le même sens, : Katz D., *Juge administratif et droit de la concurrence*, précité, p. 313 et s. Collet M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, précité, p. 269.

¹⁰³⁶ Frison-Roche M.-A. : « La dualité de juridictions appliquée à la régulation », *R.L.C.*, nov./déc. 2005, n° 5, p. 90.

¹⁰³⁷ L'idée a cependant été proposée en France : Frison-Roche M.-A., discussion générale in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », Forum de la régulation du 15 octobre 2001, *L.P.A.*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 44. Le Sénateur Retailleau propose aussi la création de chambres spécialisées en matière de communications électroniques, in « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, fait au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, 27 juin 2007, seconde partie, I, c). De même en Espagne : Ariño Ortiz G. : « *Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)* » in *Nuevos servicios públicos*, Marcial Pons, 1997, p. 53. Pour un avis opposé à la création d'une juridiction spécialisée, voir l'argumentation

et des juridictions judiciaires n'est pas réellement contesté, il est possible de retenir de l'expérience britannique la composition de la juridiction ainsi que la formation des juges qui optimisent l'adaptation juridictionnelle aux nouveaux enjeux de la régulation.

2 La spécialisation de la juridiction compétente au Royaume-Uni

La création, au Royaume-Uni d'une cour spécialisée dans le domaine du contrôle juridictionnel de l'activité des régulateurs indépendants de la concurrence et des services publics organisés en réseaux fait suite aux critiques, notamment de la doctrine britannique, sur la relative faiblesse des cours traditionnelles pour aborder ce type de contentieux¹⁰³⁸. Cette cour, dénommée *Competition Appeal Tribunal* (C.A.T.)¹⁰³⁹, a été instituée par la section 12 de l'*Enterprise Act 2002*¹⁰⁴⁰, entrée en vigueur le premier avril 2003, dans le but de connaître de certains recours formés contre les actes de l'*Office of Fair Trading* ainsi que des régulateurs de services publics organisés en réseaux (télécommunications, électricité, gaz, eau, trafic ferroviaire et aérien).

Dans les domaines concernés par la présente étude, le *Competition Appeal Tribunal* est compétent pour connaître des pourvois qualifiés d'« *appeals on the merits* »¹⁰⁴¹ exercés contre les décisions de GEMA et d'Ofcom édictées sur le fondement du *Competition Act 1998*¹⁰⁴². Il juge aussi les recours formés contre les décisions d'Ofcom édictées dans le cadre de certaines de ses compétences issues du *Communications Act 2003*¹⁰⁴³. Il s'agit des actes relatifs à l'établissement, la modification ou la révocation des conditions de l'autorisation de fourniture de services¹⁰⁴⁴, ou à l'utilisation du spectre radio électrique. Les décisions du

de Martin Collet qui, tout en estimant que la spécialisation relève du bon sens, démontre que cette idée « repose sur un fondement indéfinissable (la référence à la technicité de certaines matières) et induit une conception difficilement acceptable de la fonction juridictionnelle (en faisant de la spécialisation des juges une ambition) », Collet M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, précité, p. 265.

¹⁰³⁸ En ce sens, Duprat J.-P. : « La soumission des régulateurs à régulation », précité, p. 1208 ; Bellamy C. : « Le juge contrôleur du régulateur », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Droit et économie de la régulation, Volume 1, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 176.

¹⁰³⁹ Pour un aperçu des règles de procédures relatives au *Competition Appeal Tribunal*, voir : *The Competition Appeal Tribunal Rules 2003* (*Statutory Instrument 2003*, n° 1372), et *The Competition Appeal Tribunal Rules 2004* (*Statutory Instrument 2004*, n° 2068).

¹⁰⁴⁰ *Enterprise Act 2002* (2002, c. 40), section 12 et annexe 2.

¹⁰⁴¹ L'« *appeal on the merits* » est, à la différence du « *judicial review* », simple contrôle de légalité de l'acte, un recours de pleine juridiction qui autorise par conséquent le juge à prendre lui-même la décision que le régulateur aurait pu prendre et donc de substituer sa propre décision à celle du régulateur.

¹⁰⁴² *Competition Act 1998* (1998, c. 41).

¹⁰⁴³ Partie 2, sections 290 à 294, 192 et suivants, et annexe 11 du *Communications Act 2003* (2003, c. 21).

¹⁰⁴⁴ Partie 2, section 45, *Communications Act 2003* (2003, c. 21).

Competition Appeal Tribunal sont susceptibles de recours devant la *Court of Appeal*, que ce soit sur un point de droit ou sur la contestation du montant d'une sanction¹⁰⁴⁵.

Le *Competition Appeal Tribunal* traduit donc le choix de « ne pas attribuer aux tribunaux ordinaires la compétence d'appel des décisions prises par les régulateurs »¹⁰⁴⁶. Il s'agit d'une juridiction composée de 20 membres, nommés en partie par le secrétaire d'Etat à la justice, le *Lord Chancellor*, et le Premier ministre (*Secretary of State*)¹⁰⁴⁷. Son président a le statut d'un *High Court Judge*, sans pour autant appartenir à la *High Court*. Les autres membres ne sont pas des juges ordinaires. En effet, ils sont juristes, professeurs d'économie ou comptables, viennent du milieu des affaires ou sont expérimentés dans les domaines concernés¹⁰⁴⁸. Cette cour siège en chambre de trois membres, à tour de rôle¹⁰⁴⁹, pour « trouver un équilibre entre les différentes perspectives que l'on peut apporter aux problèmes économiques et juridiques »¹⁰⁵⁰. Dans cette optique d'interdisciplinarité, les membres du C.A.T. suivent des cours intensifs de formation dans les domaines dont ils ne sont pas spécialistes, pour que les juristes deviennent économistes et inversement. Les cours portent donc sur l'économie, le droit, notamment le droit de la concurrence, la procédure ainsi que les droits de la défense et les droits fondamentaux¹⁰⁵¹.

De l'expérience britannique il faudrait retenir la spécialisation technique et économique des membres de l'organe compétent pour contrôler le régulateur¹⁰⁵². Cependant, il faut aussi relativiser l'attribution exclusive, à une même juridiction, du contentieux concernant la concurrence, qu'il soit général ou sectoriel. Cette attribution n'empêche pas une pluralité des juridictions compétentes pour connaître des actes émis par les régulateurs indépendants au Royaume-Uni. En effet, le *Competition Appeal Tribunal* est amené à connaître des recours formés contre les actes touchant à l'application du droit de la concurrence dans le domaine des services publics organisés en réseaux¹⁰⁵³ mais le reste du contentieux relève du droit commun. Ainsi, les actes émis par les ARI qui ne relèvent pas du

¹⁰⁴⁵ Section 196, *Communications Act 2003* (2003, c. 21).

¹⁰⁴⁶ Bellamy C. : « Le juge contrôleur du régulateur », précité, p. 176.

¹⁰⁴⁷ *Enterprise Act 2002* (2002, c. 40), section 12 et annexe 2.

¹⁰⁴⁸ Bellamy C. : « Le juge contrôleur du régulateur », précité, p. 176.

¹⁰⁴⁹ *Enterprise Act 2002* (2002, c. 40), section 14 et annexe 2.

¹⁰⁵⁰ Bellamy C. : « Le juge contrôleur du régulateur », précité, p. 176.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 177.

¹⁰⁵² Dans le même sens, Martin Bullinger préconise « que la chambre compétente du tribunal soit elle-même composée en partie d'experts », Bullinger M. : « Le contrôle juridictionnel de la régulation », in Marcou G., Moderne F., (dir.) : *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, tome I, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2005, p. 141.

¹⁰⁵³ Sur les fonctions d'Ofcom dans le domaine du droit de la concurrence, voir section 369 et s., *Communications Act 2003* (2003, c. 21).

droit de la concurrence sont invocables devant la *High Court* puis en cas de contestation devant la *Court of Appeal*¹⁰⁵⁴. Il s'agit concrètement d'une distribution de compétences sur un critère matériel. Certes, l'unité juridictionnelle au Royaume-Uni implique l'uniformité du droit sous le contrôle de la *Court of Appeal*, mais il n'en reste pas moins que le contentieux des actes des ARI n'est pas intégralement déféré devant la même juridiction, ce qui, comme en France, n'est pas pour simplifier l'accès du justiciable au recours. En ce sens, le *Select Committee on the Constitution* propose de créer une autre juridiction spécialisée, le *Regulatory Appeals Tribunal* qui couvrirait l'ensemble des décisions du régulateur qui ne relèvent pas de la *Competition Commission* ou du *Competition Appeal Tribunal*¹⁰⁵⁵. L'idée est donc de disposer de deux juridictions spécialisées dans le contentieux de la régulation indépendante pour régler rapidement les litiges techniques.

Dès lors, se pose la question de la corrélation entre la spécialisation de la juridiction et la capacité du juge de se saisir de litiges techniques, donc de moduler l'intensité de son contrôle. Une réponse, certes tranchée, est apportée par Marie-Anne Frison-Roche : « Il me semble qu'il faudra choisir : soit on garde des juridictions composées de juristes, mais le contrôle sera nécessairement plus étroit et la juridiction de recours aura nécessairement moins de pouvoirs que le régulateur, soit on estime pour des raisons diverses que la juridiction de recours doit avoir autant de pouvoirs que le régulateur, et il faudra alors la restructurer à l'image du régulateur »¹⁰⁵⁶. La solution proposée de la spécialisation juridictionnelle est peut-être un peu trop radicale et n'apparaît pas nécessaire. En effet, en prenant comme exemple le contrôle des actes des ARI en France, il est possible de dire que le juge s'est adapté au système de la régulation et exerce, de manière très satisfaisante, un contrôle de la légalité qui révèle un encadrement strict de l'activité des régulateurs et un contrôle des faits aussi intense que le permettent les textes.

¹⁰⁵⁴ Voir par exemple les sanctions de Postcom relèvent de la *High Court*, *Postal Services Act 2000* (2000 c. 26), section 36, les décisions de GEMA font l'objet d'une procédure d'appel devant la *Competition Commission*, autorité indépendante, au titre des sections 173 et suivantes, *Energy Act 2004* (2004, c.20), pour les décisions précisant les conditions des licences de gaz ou d'électricité. La décision de la *Competition Commission* peut ensuite être contestée devant la *Court of Appeal*. Les autres actes relèvent de la *High Court* puis de la *Court of Appeal*.

¹⁰⁵⁵ *House of Lords, Select Committee on the Constitution, 6th report of Session 2003-2004*: « *The Regulatory State: ensuring its accountability* ». Vol. 1, 6 mai 2004, p. 73.

¹⁰⁵⁶ Frison-Roche M.-A., discussion générale in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », Forum de la régulation du 15 octobre 2001, *L.P.A.*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 44.

§2 La portée du contrôle juridictionnel

L'évaluation de la portée du contrôle juridictionnel passe en premier lieu par la détermination des actes qui sont susceptibles de faire l'objet d'un recours et de ceux qui, du fait de l'absence de caractère contraignant, ne sont pas susceptibles d'être contestés devant le juge. Cette distinction, effectuée par le juge lui-même, s'opère en fonction de la capacité d'une norme à produire des effets de droit sur une personne ou un ensemble de personnes. La définition est commune à tous les Etats membres évoqués¹⁰⁵⁷. Dès lors, les actes consultatifs et les recommandations des ARI, en principe non contraignants, seront évalués en fonction de leur capacité à produire des effets juridiques. Ce qui est communément qualifié de « *soft law* » pose donc un problème particulier et un risque d'insécurité juridique qu'il convient d'analyser pour que le juge soit à même d'encadrer son utilisation¹⁰⁵⁸.

En deuxième lieu, la portée du contrôle juridictionnel sur les actes des ARI ne peut s'apprécier qu'en reprenant le schéma traditionnel de la légalité externe puis de la légalité interne des décisions, distinction connue dans l'ensemble des Etats membres évoqués¹⁰⁵⁹. Ainsi, le juge contrôle tout d'abord la légalité externe des actes susceptibles d'être invoqués devant lui. Il recherche si l'autorité était compétente pour édicter l'acte¹⁰⁶⁰, et si elle l'a fait

¹⁰⁵⁷ En Allemagne, par exemple, l'acte administratif se définit comme suit : « un acte administratif est tout ordre, toute décision ou autre mesure de puissance publique prise par une autorité administrative pour régler un cas individuel sur le terrain du droit public et destinée à produire des effets de droit à l'extérieur de l'administration », in Fromont M. : *Droit administratif des Etats européens*, Thémis, PUF, éd. 2006, p. 162.

¹⁰⁵⁸ Le problème de la « *soft law* » a été soulevé en Espagne, mais selon la doctrine, relativement peu analysé, en ce sens, Cuchillo M. : « Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie politique en Espagne », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, précité, p. 128.

¹⁰⁵⁹ En France, voir la distinction des « causes juridiques », Chapus R., *Droit administratif général*, tome I, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 1211. Le droit espagnol distingue l'incompétence et le vice de forme, d'une part, le détournement de pouvoir, le contrôle des motifs de fait (« *contról de los hechos determinantes* ») et le contrôle du respect des principes généraux du droit, d'autre part. Sur ce point, voir García de Enterría Eduardo, Fernández Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, Undécima edición, Civitas ediciones, 2002, p. 469 et s. Au Royaume-Uni, le juge exerce un contrôle de légalité externe, parfois restreint du fait de l'absence de procédures strictes, et un contrôle interne que l'on pourrait qualifier d'« erreur manifeste » sur la décision (en ce sens : Poyer L. : « La régulation des entreprises de réseaux au Royaume-Uni », *Rev. Conc. Consom.*, n°95, janvier-février 1997, p. 15 ; McEldowney J.-F., *Public Law*, Sweet and Maxwell, 1994, p. 461 et s.). Le contrôle entier du fond de la décision, se développe surtout devant le *Competition Appeal Tribunal (OFCOM and OFT v. Floe Telecom Limited*, Court of Appeal judgment, 15 juin 2006 (2006, EWCA Civ. 768)). En Allemagne, le juge contrôle aussi la légalité externe de la décision, puis sa légalité interne, voir : Fromont M. : « L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne », in *Mouvement du droit public*, Mélanges en l'honneur de F. Moderne, Dalloz, 2004, p. 1116. Il en est de même en Italie, voir sur par exemple, Colombini G., Massera A. : « Le contrôle des décisions administratives en Italie », *A.J.D.A.*, 1999, p. 668.

¹⁰⁶⁰ Voir, par exemple, le recours pour incompétence matérielle de la C.M.T. exercé devant la *Sala de la Audiencia Nacional*, Sala de la Audiencia Nacional, 23 octobre 2001, sección octava, disponible dans : Rapport annuel C.M.T., 2001, p. 369. Cité aussi par : Terrón Santos D. : « *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* », Editorial Comares, Granada, 2004, p. 148.

dans les formes requises. Ce contrôle est exercé dans tous les Etats membres selon des modalités diverses qui dépendent des traditions juridiques nationales¹⁰⁶¹. Cependant, au minimum, quel que soit le juge, tout vice entraîne l'annulation de l'acte s'il a une conséquence sur le fond de celui-ci, c'est-à-dire si une autre décision aurait pu voir le jour en cas de respect des conditions de forme¹⁰⁶². Il est, par conséquent, d'une importance capitale dans la mesure où il permet de cantonner l'autorité dans une procédure qui donne une certaine légitimité aux actes qu'elle édicte. L'étude du contrôle de légalité externe permet donc d'entrevoir l'encadrement, par le juge, de l'activité des ARI. De plus, l'activité des régulateurs indépendants est aussi indirectement encadrée par l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme. Les pouvoirs des ARI impliquent sans aucun doute leur soumission aux prescriptions de l'article 6 C.E.D.H. Dès lors, il est possible d'avancer que la Convention, telle qu'interprétée par les juges européen et national, peut faire office d'instrument d'harmonisation des règles procédurales des régulateurs européens.

En troisième lieu, le juge contrôle la légalité interne des actes des ARI. Cependant, les actes susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel posent le problème de l'intensité du contrôle du juge et de ses pouvoirs. En Italie, par exemple, le législateur a décidé de soumettre les actes des ARI à un contrôle de pleine juridiction¹⁰⁶³. Au Royaume-Uni, le *Competition Appeal Tribunal*, exerce aussi sur les actes des ARI un contrôle de pleine juridiction dénommé « *appeals on the merits* ». Le juge peut donc, si les éléments de fait le lui permettent, réformer la décision de l'autorité de régulation¹⁰⁶⁴. Néanmoins, que le juge ait le pouvoir de réformer une décision ou simplement de l'annuler importe peu au regard de

¹⁰⁶¹ Voir par exemple, Fromont M. : « L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne », précité, p. 1129.

¹⁰⁶² Le droit allemand exerce un contrôle de la procédure et des formes « comme simple préalable au jugement au fond », alors que le juge français exerce « un contrôle complet et prioritaire », voir : Fromont M. : « L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne », précité, p. 1120. En Espagne, le vice de forme n'implique l'annulation de l'acte que si ces formalités sont indispensables pour la protection des intérêts des particuliers ou pour parvenir à l'objectif de l'acte, article 63 alinéa 2, *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. (BOE, n° 285, du 26 novembre 1992).

¹⁰⁶³ Lors de ce contrôle, le juge vérifie si l'administration, en cas de compétence discrétionnaire, n'a pas agi en se fondant sur une représentation inexacte de la réalité, ou une absence de rationalité (*irragionevolezza*). Ces éléments constitueraient un détournement de pouvoir au sens du contentieux administratif italien. En ce sens, Colombini G., Massera A. : « Le contrôle des décisions administratives en Italie », précité, p. 668. L'intensité du contrôle juridictionnel des actes des ARI est la même que sur les actes de toute administration en Italie, en ce sens, Della Cananea G. : « La réglementation des services publics en Italie », *RISA*, vol. 68, 1/2002, p. 99.

¹⁰⁶⁴ Voir par exemple la récente affaire *Floe* dans laquelle, la *Court of appeal* a confirmé la décision du *Competition Appeal Tribunal* substituant son appréciation à celle d'OFCOM : *OFCOM and OFT v. Floe Telecom Limited*, Court of Appeal judgment, 15 juin 2006 (2006, EWCA Civ. 768).

l'efficacité du contrôle¹⁰⁶⁵. En effet, celle-ci dépend plutôt de l'intensité du contrôle du juge sur les actes des ARI. Les juges sanctionnent-ils toute erreur de l'autorité de régulation ou uniquement l'erreur manifestement grossière ? En France et en Allemagne, le juge exerce schématiquement un contrôle restreint sur les actes répondant à un pouvoir discrétionnaire de l'administration et un contrôle entier sur les actes relevant d'une compétence liée¹⁰⁶⁶. Au Royaume-Uni, par contre, l'intensité du recours dépend de la nature de celui-ci. En ce sens, dans le cadre d'un recours contre les actes des ARI (« *appeals on the merits* ») le juge exerce un contrôle entier (« *intense review* »)¹⁰⁶⁷. Il va rechercher si l'ensemble des faits a été pris en compte, et si leur qualification juridique est correcte¹⁰⁶⁸.

Par conséquent, dans les Etats membres évoqués, le juge dispose des moyens nécessaires pour l'exercice d'un recours efficace sur les actes des ARI¹⁰⁶⁹. Il convient dès lors, par l'étude du cas français, d'examiner concrètement ce recours et d'analyser, après avoir exclu les actes insusceptibles de recours (A), l'encadrement juridictionnel de l'activité de l'ARI par la légalité externe de ses actes (B), puis l'intensité du contrôle du juge sur le fond des décisions qui est susceptible de variations (C).

¹⁰⁶⁵ Si le juge réforme une décision administrative, ce n'est qu'au cas où une autre décision s'impose d'elle-même. Dès lors, le pouvoir de substitution n'a d'intérêt, si l'on suit cette conception assez stricte du pouvoir de réformation, qu'en termes de délais, et non en termes d'intensité du contrôle, donc d'efficacité.

¹⁰⁶⁶ Pour une comparaison entre le système allemand et le système français : « dans les deux systèmes juridiques, le juge module son contrôle pour tenir compte de la volonté du législateur : contrôle normal et contrôle restreint du droit français correspondent approximativement à la distinction allemande de la compétence liée (administration entièrement soumise au droit) et du pouvoir discrétionnaire (administration partiellement soumise au droit) », Fromont M. : « L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne », précité, p. 1129. En Espagne, s'il y a une distinction entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire, le juge ne les appréhende que par les outils traditionnels de légalité interne. Il exerce ainsi un contrôle entier des motifs de faits et de la qualification juridique des faits. Il existe cependant une limite dans le cas où la loi s'en remet explicitement au jugement discrétionnaire de l'administration, García de Enterría E., Fernández Tomás R., *Curso de derecho administrativo I*, précité, p. 475.

¹⁰⁶⁷ Avant même les premières décisions du *Competition Appeal Tribunal*, Christopher Bellamy, son président, plaidait pour un contrôle allant au-delà du contrôle d'erreur manifeste, Bellamy C. : « Le juge contrôleur du régulateur », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », précité, p. 40. Pour une comparaison de l'intensité des recours juridictionnels sur les actes des ARI en France et au Royaume-Uni, voir : Lavrijssen S., De Visser M. : « *Independant administrative authorities and the standard of judicial review* », *Utrecht Law Review*, Vol. 2, Issue 1, juin 2006, p. 111.

¹⁰⁶⁸ Lavrijssen S., De Visser M. : « *Independant administrative authorities and the standard of judicial review* », précité, p. 113. Voir aussi: Marcou G. : « Régulation et service public, les enseignements du droit comparé », précité, p. 61. Sur l'intensité du contrôle juridictionnel, voir : Feldman D., *English Public Law*, précité, p. 287.

¹⁰⁶⁹ Notamment sous l'influence du droit conventionnel qui impose l'existence d'un recours effectif. En ce sens, « le régulateur ne pourrait pas licitement intervenir, c'est-à-dire intervenir en conformité avec le droit constitutionnel d'une part et avec le droit de la Convention européenne des droits de l'homme d'autre part, s'il n'existait pas un contrôle juridictionnel effectif », Marimbert J. : « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », précité, p. 41.

A Les actes insusceptibles de recours

Le juge applique aux instances de régulation les méthodes de qualification qu'il emploie habituellement dans le contentieux des actes administratifs. Par conséquent, il s'assure que l'acte qui lui est déféré constitue une mesure décisive, c'est-à-dire qu'elle affecte l'ordonnement juridique soit en le modifiant, soit en le maintenant en l'état, pour conditionner la recevabilité du recours contentieux. Ne sont ainsi, en principe, pas susceptibles d'être déférés devant le juge les actes préparatoires, c'est-à-dire les actes consultatifs ainsi que les recommandations édictées par les ARI, s'ils ne modifient pas l'ordonnement juridique.

1 Les actes consultatifs

En faisant référence au régime juridique général des actes des autorités administratives indépendantes, il est possible de déduire que les actes consultatifs des ARI ne sont, en principe, pas susceptibles de recours. En effet, s'appuyant sur une jurisprudence ancienne¹⁰⁷⁰, le juge estime que ces actes ne sont normalement pas attaquables. Il en est ainsi, par exemple, d'un avis de l'ancienne Commission de la concurrence sur le pouvoir de sanction d'un ministre¹⁰⁷¹ ou d'un avis rendu par la Commission de la sécurité des consommateurs dans le cadre de sa compétence consultative¹⁰⁷². Dans cette dernière affaire, le Conseil d'Etat estime que « cette proposition formulée dans le cadre de la compétence exclusivement consultative de la Commission, ne constitue pas (...) une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir »¹⁰⁷³. Le Conseil d'Etat, ce qui apparaît logique, résout l'absence d'invocabilité de ces propositions ou avis en établissant son contrôle sur la décision qui sera prise sur leur fondement ou qui tiendra compte de leur orientation. Cependant, lorsque l'avis

¹⁰⁷⁰ Le Conseil d'Etat a considéré, dès 1971, que les avis émis par la Commission paritaire des publications et agences de presse ne constituaient pas des décisions faisant grief : CE, 1^{er} octobre 1971, *Ramona*, n° 80854, Rec., p. 579, concl. Gentot.

¹⁰⁷¹ CE, Sect., 29 janvier 1982, *S.A.R.L. Feudor France*, n° 13713, Rec. p. 40, concl. Laroque ; Delarue J.-M., Lasserre B., Tiberghien F., « Chronique », *A.J.D.A.*, 1982, p. 361.

¹⁰⁷² CE, 27 mai 1987, *Société Laboratoires Goupil*, n° 83292, Rec. p. 181, concl. Laroque ; Prétot X., *A.J.D.A.*, 1987, p. 607.

¹⁰⁷³ CE, 27 mai 1987, *S.A. Laboratoires Goupil*, précité, cons., n° 2.

lie la compétence de l'autorité en charge de prendre la décision finale, celui-ci étend son contrôle jusqu'à l'avis et considère que cet acte fait grief¹⁰⁷⁴.

2 Les recommandations, lettres et rapports

Il en est de même pour les actes qui, sans relever du pouvoir consultatif des ARI, n'expriment pas moins une opinion. Globalement, trois types d'actes peuvent être relevés. Il s'agit des rapports, des lettres, ou des recommandations.

Les rapports annuels des autorités de régulation comportant un bilan d'activité et d'éventuelles propositions d'amélioration du droit en vigueur ne sont pas des mesures décisives¹⁰⁷⁵. Il en est de même des lettres. En effet, le Conseil d'Etat a décidé que la lettre par laquelle le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel met en garde une société de télévision et se borne à l'informer que le Conseil « serait conduit à tirer les conséquences de la persistance d'un comportement jugé répréhensible » n'a « aucune portée juridique » et ne constitue pas une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir¹⁰⁷⁶. Pour ce qui est des mises en demeure, le caractère décisive ou non dépend de la combinaison de deux éléments : le juge regarde si l'administration se borne à rappeler le droit ou si elle édicte une obligation spécifique à l'égard de l'utilisateur, puis évalue l'existence ou non de pouvoirs de sanction permettant à l'administration de faire prévaloir son point de vue. Si la mise en demeure, ce qui est souvent le cas pour les ARI, édicte certaines obligations qui sont par la suite susceptibles d'être sanctionnées, alors elle constitue un acte décisive¹⁰⁷⁷. Enfin, les injonctions édictées par l'ARCEP sont des actes décisives, dans la mesure où elles ne sont *a*

¹⁰⁷⁴ CE, Sect., 18 mai 1979, *Lallement*, n° 13803, Rec., p. 215, concl. Latournerie, *A.J.D.A.*, 1980, p.51; CE, 10 juillet 1972, *Frayssinet*, n° 81258, Rec., p. 538, concl. Guillaume G. ; CE, 23 mars 1994, *Feyel*, n° 104420, Rec. p. 150, concl. Schwartz R. ; CE, 9 décembre 1994, *Ville de Toulouse*, n° 148036, Rec. p. 1095, concl. Fratacci S., *D.A.*, juillet 1995, p. 1.

¹⁰⁷⁵ Voir par exemple CE, 13 janvier 1992, *Bertin*, n° 48922, inédit au recueil, concl. Dutreil considérant que le refus de la Commission d'accès aux documents administratifs de mentionner une demande de communication dans son rapport public annuel ne fait pas grief.

¹⁰⁷⁶ CE, 4 octobre 1996, *Conseil Interprofessionnel du vin de Bordeaux*, n° 168131, Rec., p. 381, concl. Gaeremynck ; Lachaume J.-F., *D.*, Somm., 1997, p. 195.

¹⁰⁷⁷ Sur ce point, voir les propos du Commissaire du gouvernement sur CE, 13 juillet 2007, *Société Editions Tissot*, n° 294195, sera publié au recueil, concl. Derepas L., *A.J.D.A.*, 2007, p. 2145 ; *R.J.S.*, novembre 2007, p. 963 ; sur une mise en demeure de la CNIL constituant une mesure décisive, voir : CE, 28 juill. 2004, *Mechri*, n° 262851, Rec., p. 355, concl. Donnat F., *A.J.D.A.*, 2004, p. 2228 ; De même les mises en demeure formulées par la C.N.C.L. ou le C.S.A. qui sont considérées comme des mesures décisives, respectivement : CE, 14 juin 1989, *Sociétés Soritel et W'Rock*, n° 95031, inédit au recueil, concl. Stirn B., *A.J.D.A.*, 1989, p. 542 ; CE, 14 juin 1991, *Association Radio-Solidarité*, n° 107365, Rec., p. 232, concl. Stirn B. ; Autin J.-L., *R.F.D.A.*, 1992, p. 1016 ; Malignier B., *Le Quotidien Juridique*, 1992, n° 4, p. 7.

priori autorisées par le juge que dans le cadre d'une décision de règlement de différend, acte en lui-même décisoire¹⁰⁷⁸.

En ce qui concerne les recommandations, les A.A.I. ayant utilisé abondamment ce type de « quasi-norme »¹⁰⁷⁹ pour diffuser leur doctrine, le Conseil d'Etat a décidé que certaines d'entre elles pouvaient être invocables. Pour ce faire, il détermine s'il s'agit de mesures décisiores ou non en leur appliquant la même logique que celle qu'il a développée dans le domaine des circulaires. Sur ce point, le critère du juge, avant la décision du Conseil d'Etat du 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*¹⁰⁸⁰, résidait dans la distinction entre acte interprétatif et acte réglementaire. En effet, selon les motifs de la décision du 29 janvier 1954, *Institution Notre Dame du Kreisker*, relative à l'invocabilité des circulaires, « le ministre ne s'est pas borné à interpréter les textes en vigueur, mais a, dans les dispositions attaquées, fixé des règles nouvelles (...) que, par suite, ladite circulaire a, dans ces dispositions, un caractère réglementaire »¹⁰⁸¹. Le Conseil d'Etat distingue ainsi les circulaires interprétatives et les circulaires à caractère réglementaire. La jurisprudence postérieure a détaillé les indices permettant de déterminer si un acte n'est qu'interprétatif ou s'il est réglementaire, selon René Chapus « innovant »¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁸ Voir en ce sens, CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 28 avril 1998, *France Télécom c/ Société Paris TV Cable (SLEC)*, n° 97/17847 ; Costes L., « Confirmation du rôle de l'Autorité de régulation des télécommunications dans l'arbitrage des conflits », *Revue Lamy Droit des affaires*, 1998, n° 6, p. 28 ; Da Silva I., *A.J.D.A.*, 1998, p. 835 ; Finet N., « Désaccord entre France Télécom et les câblo-opérateurs : Le premier conflit sur l'interconnexion tranchée par la première chambre de la Cour d'appel de Paris », *Revue Lamy du droit de l'immatériel*, 1998, n° 106, p. 6 ; et CA Paris, 28 avril 1998, *France Télécom c/ Compagnie générale de vidéocommunication*, précité.

¹⁰⁷⁹ Expression utilisée par Jean Frayssinet (Cf. *J.C.P. G.*, 1990 II 21525) dans sa note sous CE, 27 septembre 1989, *S.A. Chopin c/ CNIL*, n° 74548, Rec. p. 432, concl. Fornacciari ; Autin J.-L. : « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ? », *R.D.P.*, 1991, p. 1550.

¹⁰⁸⁰ CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, n° 233618, Rec. p. 463, concl. Fombeur, *R.F.D.A.*, 2003, p. 280 ; Combeau P., « Une avancée dans le contrôle juridictionnel des directives ? », *L.P.A.*, 23 juin 2003, p. 19 ; Donnat F., Casas D., *A.J.D.A.*, 2003, p. 487 ; *GAJA.*, n° 114, Dalloz, 16^{ème} édition, 2007 ; Iliopoulou A., « Quatre ans d'applications de la jurisprudence Duvignères » *R.F.D.A.*, 2007, p. 477 ; Moreau J., « Sur l'interprétation du mot « interprétation » à propos des circulaires réglementaires et des circulaires interprétatives », *J.C.P. A.*, p. 94.

¹⁰⁸¹ CE, Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, n° 7134, Rec. p. 64, concl. Tricot B., *D.A.*, 1954, p. 50 ; Gazier F., Long M., *A.J.D.A.*, 1954, p. 5 ; Waline M., *R.D.P.*, 1955, p. 175. A partir de cette jurisprudence, mais avec un raisonnement différent de celui du Conseil d'Etat et de son commissaire du gouvernement, Gérard Timsit démontre qu'entre acte interprétatif et acte réglementaire il n'y a pas de frontière mais plutôt un espace qui pourrait être celui de la régulation : Timsit G. : « *Institution Notre-Dame du Kreisker*, mère de la régulation » in *Etat, loi, administration*, Mélanges Spiliotopoulos, Bruylant 1998 p. 440 ; voir aussi : Timsit G. : « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *R.F.A.P.*, 1996, n° 78 p. 375.

¹⁰⁸² En ce sens, voir Chapus R., *Droit administratif général*, tome I, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 686. Ainsi, l'acte est réglementaire s'il crée une règle de droit opposable aux particuliers, prescrit impérativement une certaine attitude, aménage des possibilités qui seraient contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ou méconnaît la hiérarchie des normes. Sur ces critères, voir : CE, 18 juin 1993, *Institut français d'opinion publique (IFOP)*, n° 137317, Rec. p. 178, concl. Scanvic F., *R.A.*, 1993, p. 322 ; Malignier B., *Le Quotidien Juridique*, 1994, n° 18, p. 3 ; Rouault M.-C., *JCP G*, 1993 IV 1901, et CE, Ass., 30 juin 2000, *Association « Choisir la vie » et autres*, n° 216130, Rec. p. 249, concl. Boissard S., *A.J.D.A.*, 2000, p. 729 ; Dubouis L., *R.D.S.S.*, 2000, p. 732 ; « La pilule du lendemain ; la ministre, la loi et la directive communautaire », *R.F.D.A.*,

Ainsi, s'agissant d'une recommandation de la CNIL relative à l'utilisation des fichiers publics et privés à des fins de propagande politique, le recours a été jugé irrecevable alors que, selon la doctrine, le point de vue inverse aurait pu être admis¹⁰⁸³. En effet, « si la recommandation n'est pas en principe une norme de droit, elle est cependant perçue au minimum par ses détracteurs comme une norme de fait (...). La recommandation a une valeur de référence ; elle devient parfois une « quasi-norme » si on considère sa fonction et son effectivité »¹⁰⁸⁴. D'autres décisions de la juridiction suprême sont moins critiquables, comme celle relative à la lettre du C.S.A. adressée aux présidents de chaînes de télévision concernant le parrainage de certaines émissions. Le Conseil d'Etat considère que la lettre ne fait qu'interpréter et s'est bornée à expliciter les dispositions d'un décret. Par conséquent, elle ne présente pas le caractère d'une décision administrative susceptible de faire grief¹⁰⁸⁵.

A contrario, le Conseil d'Etat estime qu'il peut connaître d'une recommandation de la Haute autorité de la communication audiovisuelle (HACA) fixant des prescriptions relatives au droit de réplique de l'opposition aux communications mensuelles du Premier ministre. Il estime que cette recommandation, par « la règle qu'elle avait posée » et « en décidant » les modalités d'organisation d'une émission télévisée, constitue bien un acte réglementaire¹⁰⁸⁶. De même, il annule pour incompétence une note de terminologie de la C.N.C.L. dans laquelle la commission donne des notions d'oeuvre audiovisuelle au motif que « la commission ne s'est pas bornée à interpréter les dispositions de la loi susvisée mais a fixé des règles nouvelles », notamment en restreignant, par une disposition de caractère impératif et général la portée de cette notion¹⁰⁸⁷.

Cependant, depuis la jurisprudence *Mme Duvignères*¹⁰⁸⁸, la distinction ne se fait plus entre circulaire interprétative et réglementaire mais entre circulaire non impérative et impérative. Ce n'est donc plus l'objet (interprétatif ou réglementaire), mais l'effet (impératif ou non) qui est recherché. Le juge doit donc s'attacher à identifier ce qui constitue une

2000, p. 1305 ; Radé C. et Dubos O., « La pilule du lendemain exclue des établissements scolaires : à propos de CE, 30 juin 2000, *Association Choisir la vie* », *D.*, p. 545 ; Saulnier E., *Europe*, janvier 2001, p. 7.

¹⁰⁸³ CE, 27 septembre 1989, *S.A. Chopin c/ CNIL*, précité. Sur la critique de cette décision, voir : Autin J.-L. : « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ? », *R.D.P.* 1991, p. 1550.

¹⁰⁸⁴ Frayssinet J., note sous CE, 27 septembre 1989, *S.A. Chopin c/ CNIL*, précité.

¹⁰⁸⁵ CE, 13 janvier 1995, *Société télévision française 1 (TF1)*, n° 120048, *Rec.*, p. 30, concl. Toutée, *A.J.D.A.*, 1995, p. 406.

¹⁰⁸⁶ CE, Ass., 20 mai 1985, *M.M. Labbé et Gaudin*, précité.

¹⁰⁸⁷ CE, 16 novembre 1990, *S.A. La Cinq*, n° 97585, *Rec.* p. 329, concl. Stirn B., *A.J.D.A.*, 1991, p. 214 ; Huet P., *D.*, 1991, p. 374 ; Truchet D., *R.F.D.A.*, 1991, p. 635.

¹⁰⁸⁸ CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, précité

prescription et ce qui reste une opinion, donc la volonté de l'auteur de l'acte¹⁰⁸⁹. Par conséquent, un acte, même donnant une interprétation des textes applicables peut faire grief s'il oblige son destinataire. Cette nouvelle jurisprudence implique plusieurs issues. L'acte sera validé par le juge s'il ordonne l'exécution d'obligations en application de l'ensemble des règles juridiques exactement rappelées. En revanche, il sera annulé pour incompetence s'il impose des règles non contenues dans le corpus juridique en vigueur ou s'il énonce un état du droit qui n'est pas en conformité avec les exigences de la hiérarchie des normes¹⁰⁹⁰. Ainsi, certaines recommandations de bonnes pratiques de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé, devenue la Haute autorité de la santé, ont « le caractère de décision faisant grief (...) lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative »¹⁰⁹¹. De même, un arrêt récent du Conseil d'Etat démontre que les recommandations de portée générale de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) auraient pu constituer des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir si elles avaient été rédigées de façon impérative¹⁰⁹².

En application de ces critères, les recommandations ou lignes directrices des ARI seront invocables ou non devant le juge. D'ailleurs, l'ARCEP, précise dans le texte même de ses lignes directrices qu'elles « n'ont pas de caractère réglementaire et n'introduisent pas de modification en l'état actuel du droit »¹⁰⁹³. Quel est l'intérêt de ce type de précision qui ne lie aucunement le juge ? Serait-ce par souci d'éviter un recours contentieux contre ces actes ? Une réponse positive à cette question ne pourrait être envisageable si d'anciens membres de l'institution n'écrivaient pas qu'« 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 »¹⁰⁹⁴. La question

¹⁰⁸⁹ Sur ce point, *GAJA*, n° 114, 16^{ème} édition, 2007, p. 894.

¹⁰⁹⁰ En ce sens, Frier P.L., Petit J., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 2006, p. 271.

¹⁰⁹¹ CE, 26 septembre 2005, *Conseil National de l'Ordre des Médecins*, n° 270234, Rec., p. 395, concl. Devys ; Markus J.-P., *A.J.D.A.*, 2006. p. 308.

¹⁰⁹² CE, 13 juillet 2007, *Société éditions Tissot*, précité, concl. Derepas L., *A.J.D.A.*, 2007, p. 2145 : « lorsqu'elle émet des recommandations sans faire usage de la possibilité dont elle dispose de leur assurer une publicité particulière, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité n'énonce pas, en principe, des règles qui s'imposeraient aux personnes privées ou aux autorités publiques, mais recommande aux personnes concernées les mesures qui lui semblent de nature à remédier à tout fait ou à toute pratique qu'elle estime être discriminatoire, ou à en prévenir le renouvellement ; que, par suite, ces recommandations ne constituent pas, par elles-mêmes, des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; qu'il en irait, en revanche, différemment de recommandations de portée générale, qui seraient rédigées de façon impérative ».

¹⁰⁹³ Voir par exemple les lignes directrices relatives au cadre juridique applicable entre le 25 juillet 2003 et l'adoption des textes de transposition des directives « communications électroniques », du 2 juillet 2003.

¹⁰⁹⁴ Jeanneney P.-A. : « Le régulateur producteur de droit », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 49.

qui se pose, outre l'inconvénient dilatoire du recours contentieux, est de savoir quelles sont ces « foudres » hormis le strict respect du principe de légalité ? Le même auteur caractérise l'impérativité de certaines recommandations des ARI françaises lorsqu'il cite une communication de la CRE sur l'ouverture du marché français de l'électricité qui « interprète d'une manière très constructive l'article 22 de la loi du 10 février 2000 (...) en affaiblissant la contrainte que fait porter cette disposition sur les nouveaux entrants »¹⁰⁹⁵. De même, une autre communication de la CRE « a pris parti sur la liberté du négoce d'électricité, sujet qui n'est pas traité dans les dispositions en vigueur »¹⁰⁹⁶. L'auteur conclut naturellement l'exposé de ces mesures impératives en écrivant : « 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 »¹⁰⁹⁷. Sans douter de l'intérêt de ce type de mesures pour la régulation des marchés, une vision purement juridique implique qu'une partie au moins des recommandations des ARI sont des actes impératifs dont l'auteur est, selon les textes en vigueur, incompetent. De plus, leur caractère décisoire ou non n'a pas d'influence sur l'hypothèse d'un engagement de la responsabilité de l'Etat¹⁰⁹⁸. Ainsi, une conclusion identique à celle tirée précédemment s'impose : le législateur devrait prévoir et encadrer explicitement la possibilité, pour les ARI d'utiliser ce type d'actes tout en surveillant, par le biais de la reddition de comptes devant une ou des commissions parlementaires, leur correcte utilisation.

Cependant, il faut aussi relativiser la portée de l'utilisation par les ARI de recommandations pour, en réalité, imposer des comportements aux opérateurs du marché. En effet, si l'un des acteurs décide de ne pas se conformer à la recommandation, celle-ci, n'ayant pas de caractère réglementaire et n'introduisant pas de modification à l'état du droit, ne pourra lui être opposée. En effet, aucune sanction ne pourra lui être adressée sur le fondement de la méconnaissance de ses obligations dans la mesure où elle serait, *de facto*, entachée de manque de base légale. Au pire, serait-il possible d'envisager une sanction prenant comme fondement un autre comportement répréhensible et sanctionnant l'ensemble des agissements réfractaires de l'opérateur. Mais, sur ce point, il appartient au juge de réaliser son office et

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 48.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 48.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, p. 48.

¹⁰⁹⁸ En effet, les avis édictés sous forme de recommandations par la Commission de la sécurité des consommateurs qui ne sont pas des actes décisores peuvent quand même engager la responsabilité de l'Etat : CE, Sect., 31 mars 2003, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, n° 188833, Rec., p. 159 ; concl. Chauvaux D., *R.F.D.A.* 2003, p. 1185 ; Casas D., Donnat F., *A.J.D.A.*, 2003, p. 935 ; Delhoste, M.-F., « La responsabilité de l'État dans la protection de la sécurité des consommateurs », *J.C.P. G.*, 2003 II 10198. Sur la responsabilité de l'Etat, voir *infra*, p. 533 et s.

apprécier la disproportion évidente entre la sanction et le comportement répréhensible. Par conséquent, l'utilisation du « droit mou » n'est efficace pour le régulateur que s'il obtient l'adhésion de la plupart des acteurs du marché¹⁰⁹⁹. En cas contraire, un recours sera exercé et le juge, par un contrôle approfondi de la recommandation (ou de la « sanction déguisée » prise pour contraindre l'opérateur à suivre les orientations du régulateur), annulera au contentieux l'acte et ses conséquences éventuelles.

Les actes consultatifs et les recommandations ne sont donc pas susceptibles de recours devant le juge dès lors qu'ils n'ont pas le caractère d'une mesure décisive. En cas contraire, ces mesures feront l'objet, comme les autres actes des ARI, selon la démarche habituelle du juge, en premier lieu d'un contrôle de légalité externe puis d'un contrôle de légalité interne.

B L'influence du contrôle de légalité externe sur l'activité de l'ARI

Le contrôle de légalité externe s'exerce, en France, par la vérification que l'acte est dénué de tout vice de forme, de procédure ou d'incompétence. Par ce contrôle, le juge contribue à préciser les règles de forme et de procédure nécessaires à la validité de l'acte mais délimite aussi par sa jurisprudence les pouvoirs et compétences des autorités de régulation. Dans le cadre de la légalité externe, une attention toute particulière doit être faite à l'influence que peut avoir la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, l'applicabilité de son article 6 aux sanctions édictées par les ARI pourrait, à terme, former un ensemble minimal de formalisme à respecter dans les Etats signataires. En témoigne, en France, sa réception par le juge qui l'applique à la catégorie juridique des autorités administratives indépendantes. Les ARI françaises ont vu leur procédure interne évoluer par anticipation et se conformer aux prescriptions de l'article 6. Au-delà de la stricte légalité, le respect de ces règles par les régulateurs indépendants doit être approuvé dans le sens où il donne une légitimité nécessaire à leurs décisions¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁹ Sur ce point, voir : Sablière P. : « Une nouvelle source du droit ? », *A.J.D.A.*, 2007, p. 66. Voir aussi Jestaz P. : *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, éd. 2005, 164 pp., qui intègre la *soft law* dans les sources du droit issues de la pratique administrative et professionnelle.

¹¹⁰⁰ Selon Martine Lombard, « la légitimité des autorités de régulation résulte du respect de garanties formelles », in Lombard M. : « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 2005, p. 537.

1 L'encadrement de l'activité de l'ARI par le contrôle de légalité externe sur le fondement du droit national

L'activité des autorités de régulation indépendantes est encadrée par le biais du contrôle de légalité externe. D'une part, le contrôle du juge amène certaines indications sur les pouvoirs des régulateurs indépendants ainsi que sur les limites de leurs compétences¹¹⁰¹. Le juge précise, d'autre part, la forme que doivent revêtir les actes des ARI, mais aussi la procédure à respecter lors de l'édition d'une décision

- Le contrôle du juge sur les compétences et pouvoirs des ARI

Le juge national, par le biais du contrôle qu'il exerce sur les vices de légalité externe, a eu à se prononcer sur la délimitation des compétences et des pouvoirs des autorités de régulation indépendantes.

En premier lieu, le juge encadre les compétences des ARI par une interprétation parfois audacieuse des termes de la loi. En effet, celle du 26 juillet 1996¹¹⁰² définissait très strictement et de manière énumérative le champ d'application du pouvoir réglementaire de l'A.R.T. par les dispositions de l'article L. 36-6 introduit dans le Code des postes et télécommunications. Aucun élément de cet article n'était susceptible de fonder la compétence de l'autorité pour définir les conditions et la procédure à suivre pour l'attribution des préfixes « E ». Cependant, l'article L. 34-10 disposait qu'« un plan national de numérotation est établi par l'Autorité de régulation des télécommunications et est géré sous son contrôle ». Les requérants reprochaient entre autres à l'A.R.T. d'avoir établi, par sa décision du 16 juillet 1997 homologuée par le secrétaire d'Etat à l'Industrie, un plan national de numérotation alors que l'article L. 36-6 du C.P.T. ne l'y habilitait pas expressément. Le Conseil d'Etat a cependant suivi les observations du Commissaire du gouvernement, Patrick Hubert, qui se fondait sur les travaux préparatoires de la loi du 26 juillet 1996 et sur l'article L. 34-10 du C.P.T. Il estimait qu'il était « possible de découvrir dans la loi une habilitation semi-tacite, c'est-à-dire nécessairement voulue par le législateur mais se traduisant par une rédaction

¹¹⁰¹ Le juge judiciaire exerce les mêmes contrôles que le juge administratif sur les vices externes, en ce sens, Chapus R. : « Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique », *R.F.D.A.*, 1990, p. 742.

¹¹⁰² Loi n° 96/660, du 26 juillet 1996, relative à l'entreprise nationale France Télécom, (J.O.R.F., n° 174, du 27 juillet 1996, p. 11398).

ambiguë et, à la suite sans doute d'un oubli, non introduite par la suite dans l'article L. 36-6 du code »¹¹⁰³. Le Conseil d'Etat adopte donc, le 26 juin 1998¹¹⁰⁴, une lecture combinée des articles L. 34-10 et L. 36-6 du C.P.T. et décide que l'A.R.T. est « habilitée par la loi à édicter les dispositions réglementaires régissant le plan national de numérotation »¹¹⁰⁵. Dans la même lignée, « le Conseil d'Etat se réfère à l'adage "qui peut le plus peut le moins" »¹¹⁰⁶ et estime quelques années plus tard que l'A.R.T. est aussi compétente pour modifier ce plan national de numérotation¹¹⁰⁷.

D'autres arrêts sont venus confirmer la compétence ou l'incompétence des régulateurs dans le domaine du règlement des différends¹¹⁰⁸. Il est possible de noter par exemple que la cour d'appel de Paris considère que c'est à juste titre que l'A.R.T. s'est déclarée incompétente pour trancher un litige dès lors que « l'Autorité (...) n'a été investie ni du pouvoir d'interprétation des lois et règlements ni de celui de contrôler la légalité d'un règlement (...) »¹¹⁰⁹. Cette affirmation a servi de fondement à plusieurs autres recours tendant à ce que le régulateur, dans son office de règlement des différends, agisse à la place du juge. Tous ont fait l'objet d'une déclaration d'incompétence de l'autorité indépendante, confirmée par la cour d'appel de Paris puis par la Cour de cassation¹¹¹⁰.

¹¹⁰³ Conclusions sur CE, Ass., 26 juin 1998, *Société AXS Télécom, Société Esprit Télécom France*, n° 194151, Rec., p. 248, concl. Hubert P., *C.J.E.G.* 1998, p. 379 ; Livory A., « L'attribution par l'ART des préfixes E aux opérateurs de télécom est validée », *Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1998, p. 119 ; Raynaud F., Fombeur P., *A.J.D.A.*, 1998, p. 565.

¹¹⁰⁴ CE, Ass., 26 juin 1998, *Société AXS Télécom, Société Esprit Télécom France*, précité.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, considérant n° 8.

¹¹⁰⁶ Laget-Annamayer A., note sous CE, 29 janvier 2003, *Syndicat national de la télématique, A.J.D.A.*, 28 juillet 2003, p. 1382.

¹¹⁰⁷ CE, 29 janvier 2003, *Syndicat national de la télématique*, n° 237618, 242379, Rec., p. 891, concl. Prada Bordenave E. ; Costes L., *Revue Lamy Droit des affaires*, mai 2003, p. 36 ; Laget-Annamayer A., « Les numéros de téléphone ne sont pas la propriété des opérateurs », *A.J.D.A.*, 2003, p. 138.

¹¹⁰⁸ Voir par exemple, pour la CRE : CA Paris, 24 février 2004, *EDF c/ Société Sinerg*, n° 2003/10671 ; Jeanneney P.-A., « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *A.J.D.A.*, 2004, p. 856 ; Sénac de Monsebernard M., *D.A.*, avril 2004, p. 31 ; et CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 6 avril 2004, *S.A. France Manche, S.A., Channel Tunnel Group c/ EDF-RTE*, n° 2003/18241 ; pour l'ARCEP ou l'A.R.T. : CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 6 avril 2004, *France Télécom c/ Société Iliad*, n° 2003/18407 ; Sénac de Monsebernard M., « Annulation de la décision prise par l'Autorité de régulation à l'encontre de France Télécom », *D.A.*, juillet 2004, comm. 117 ; CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 28 mai 2002, *France Télécom c/ Free Télécom*, n° 2001/21416 ; CA Paris, 28 avril 1998, *France Télécom c/ Société Paris TV Cable (SLEC)*, précité ; CA Paris, 28 avril 1998, *France Télécom c/ Compagnie générale de vidéocommunication*, précité, et l'étude d'Elisabeth Rolin, Rolin E. : « Le règlement des différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », précité, p. 26.

¹¹⁰⁹ CA Paris, 15 décembre 1998, *Cooper Communications c/ France Télécom*, n° 1998/16624 ; Costes L., « Contrat audiotel et incompétence de l'Autorité de régulation des télécommunications », *Revue Lamy Droit des affaires*, 1999, n° 15, p. 29.

¹¹¹⁰ En ce sens, Rolin E. : « Le règlement des différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », précité, p. 30. Voir aussi : Cass. Civ., 1^{ere}, 14 novembre 2000, *Société Cooper Communications*, n° 99-10568, Bull. 2000 I n° 291 p. 188 ; Cluniberti G., Kaplan C., « Reconnaissance en France d'un jugement étranger rendu en violation d'une clause compromissoire », *J.C.P. E.*, 12 juillet 2001, n°28, p. 1192.

En second lieu, le juge a aussi eu l'occasion d'apprécier l'étendue des pouvoirs des régulateurs indépendants. Il en fait parfois une interprétation qui ne va pas dans le sens d'une uniformisation des pouvoirs des ARI françaises.

En effet, par deux arrêts du 28 avril 1998¹¹¹¹, la cour d'appel de Paris rejette la requête de France Télécom qui reprochait à l'A.R.T. d'avoir outrepassé ses pouvoirs en prescrivant les modalités pratiques selon lesquelles le propriétaire du réseau devrait réaliser les travaux. Pour ce faire, elle se fonde sur l'article L. 36-8 du C.P.T. qui dispose que l'Autorité, dans le cadre d'un règlement de différend, édicte une décision motivée et « précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés ». Le juge en fait une interprétation extensive et finaliste en ces termes : « 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 télécommunication »¹¹¹². Dès lors, le fondement de ce raisonnement apparaît dans l'attendu de principe de chacun des arrêts : l'Autorité dispose des seuls pouvoirs qui sont « nécessaires » à l'exercice de sa mission de régulation¹¹¹³. La doctrine a estimé que ce pouvoir d'injonction, exercé par l'A.R.T. alors que la loi ne lui avait pas conféré, était validé par le juge « sur la fiction d'une attribution tacite par le législateur, parce que ce pouvoir d'injonction était nécessaire au régulateur qui, ayant fixé un calendrier, se devait d'obliger l'opérateur historique à le respecter »¹¹¹⁴.

Le même type de raisonnement est repris par la cour d'appel de Paris, mais cette fois pour sanctionner la CRE pour excès de pouvoir. En l'espèce, la société Cerestar France a refusé de signer un contrat d'accès au réseau que lui proposait E.D.F. en sa qualité de gestionnaire du réseau public de transport d'électricité (ci-dessous E.D.F.-R.T.E.). A partir de novembre 2003, elle n'a plus réglé la totalité des factures d'accès au réseau. Par conséquent, le 24 mars 2004, E.D.F.-R.T.E. a saisi la CRE pour une demande de règlement de différend. Le régulateur a décidé, au terme de la procédure, que Cerestar France devait verser au gestionnaire du réseau le solde des factures non réglées et l'a enjoint de conclure le contrat

¹¹¹¹ CA Paris, 28 avril 1998, *France Télécom c/ Société Paris TV Cable (SLEC)*, précité, CA Paris, 28 avril 1998, *France Télécom c/ Compagnie générale de vidéocommunication*, précité, Rolin E. : « Le règlement des différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », précité, p. 26.

¹¹¹² CA Paris, 28 avril 1998, *France Télécom c/ Société Paris TV Cable (SLEC)*, précité, cons. n° 15 ; CA Paris, 28 avril 1998, *France Télécom c/ Compagnie générale de vidéocommunication*, précité, cons. n° 21.

¹¹¹³ En ce sens, Frison-Roche M.-A., note sous CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 25 janvier 2005, *Cerestar France*, n° 2004/12111, *R.L.C.*, mai/juillet 2005, n° 3, p. 111.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, p. 111.

d'accès au réseau public de transport. La société a donc exercé un recours contre la décision de la CRE, du 25 mai 2004, au motif que le régulateur ne disposait pas du pouvoir d'enjoindre à un opérateur de conclure un contrat et ce, au surplus, au mépris du principe fondamental de liberté contractuelle. La décision aurait par conséquent violé l'article 38 de la loi du 10 février 2000¹¹¹⁵. En effet, celui-ci dispose uniquement que la décision de règlement de la CRE « qui peut être assortie d'astreintes, est motivée et précise les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans lesquelles l'accès aux réseaux, ouvrages et installations mentionnés au premier alinéa ou leur utilisation sont, le cas échéant, assurés. Lorsque cela est nécessaire pour le règlement du différend, la commission peut fixer, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités de l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou les conditions de leur utilisation ».

La cour d'appel de Paris, dans sa décision du 25 janvier 2005¹¹¹⁶, pouvait opter entre deux solutions. D'une part, elle pouvait estimer, comme elle l'avait fait en 1998, que le pouvoir d'injonction (consistant en l'espèce dans l'obligation de conclure un contrat d'accès au réseau et de payer le solde des factures non réglées) était « nécessaire » pour que le régulateur mène à bien sa mission de règlement des différends. En effet, comme le souligne Marie-Anne Frison-Roche, « Il n'est pas certain (...) que le régulateur qui estime que les conditions techniques et financières d'un contrat d'accès sont correctes mais ne peut pour autant obliger les parties à en tirer les conséquences, par exemple à payer le prix des prestations, n'est pas privé d'un pouvoir nécessaire »¹¹¹⁷. D'autre part, elle pouvait aussi estimer que ce pouvoir d'injonction, qui n'était pas prévu par les textes, n'était pas nécessaire à la mission du régulateur. C'est la solution choisie en l'espèce. Dans un considérant lapidaire, elle estime qu'« en enjoignant la société Cerestar France de payer cette somme, sous peine des sanctions précitées, alors qu'une telle décision, qui ressortit au juge du contrat, est étrangère à sa mission de régulation, la Commission a excédé ses pouvoirs ». De même, selon elle « en enjoignant à la société Cerestar France de signer le contrat dans un délai précis, (...) alors qu'elle reconnaissait elle-même que cette société était en droit de ne pas conclure et qu'en ce cas, EDF-RTE serait fondée à suspendre son accès au réseau, la commission s'est contredite et a excédé ses pouvoirs ». Dès lors, la cour d'appel de Paris a, par rapport à sa

¹¹¹⁵ Loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143), modifiée.

¹¹¹⁶ CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 25 janvier 2005, *Cerestar France*, n° 2004/12111 ; Frison-Roche M.-A., « La Cour d'appel de Paris sanctionne le régulateur pour excès de pouvoir », *R.L.C.*, 2005, n° 3, p. 111 ; Frison-Roche M.-A., *Revue des contrats*, 2005, n° 4, p. 1048 ; Sénac de Monsebernard M., « L'intervention de la CRE au titre de sa mission de règlement des différends », *D.A.*, avril 2005, comm. 58.

¹¹¹⁷ En ce sens, Frison-Roche M.-A., « La Cour d'appel de Paris sanctionne le régulateur pour excès de pouvoir », *R.L.C.*, 2005, n° 3, p. 111.

jurisprudence de 1998¹¹¹⁸, interprété strictement les contours de la mission de régulation en estimant implicitement que ces pouvoirs d'injonction n'étaient pas nécessaires¹¹¹⁹. Par la même occasion, elle protège les compétences du juge du contrat¹¹²⁰ et aide à la distinction entre ses missions juridictionnelles et celles du régulateur dans le cadre d'une fonction déjà qualifiée de « quasi-juridictionnelle ». Le contrôle de légalité s'étend aussi sur les vices de forme et de procédure.

- Le contrôle du juge par le biais des vices de forme et de procédure

Le juge se prononce, en premier lieu, sur les conditions de forme pour qu'une décision ne soit pas entachée d'illégalité. Ainsi, le Conseil d'Etat a précisé, dans le cadre de la détermination, par l'ARCEP, des marchés pertinents du secteur des communications électroniques au titre de l'article L 37-1 du C.P.C.E., les formalités qu'elle est tenue d'accomplir. N'entre pas dans ses obligations le fait de répondre aux objections des personnes consultées. Cependant, le juge se prononce sur le terrain du vice de forme, en constatant que la motivation de l'acte ne fait pas défaut. Le Conseil d'Etat estime en effet que : « la circonstance que l'autorité n'aurait pas répondu aux objections de certains opérateurs, ni aux observations de la Commission européenne et du conseil de la concurrence n'est pas de nature à faire regarder la décision litigieuse comme insuffisamment motivée »¹¹²¹.

En second lieu, le juge s'attache aux vices de procédure. La cour d'appel de Paris a, par exemple, annulé la décision du 6 mai 2003¹¹²² en se fondant sur les articles 3 et 4 du décret du 11 septembre 2000¹¹²³ relatif aux procédures applicables devant la CRE, qui disposent en substance que l'instruction et l'examen des demandes doivent se dérouler dans le

¹¹¹⁸ CA Paris, 28 avril 1998, *France Télécom c/ Société Paris TV Cable (SLEC)*, précité, CA Paris, 28 avril 1998, *France Télécom c/ Compagnie générale de vidéocommunication*, précité, et l'étude d'Elisabeth Rolin, Rolin E. : « Le règlement des différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », Forum de la régulation du 15 octobre 2001, *L.P.A.*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 26.

¹¹¹⁹ En ce sens, Jeanneney P.-A., « actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *A.J.D.A.*, 2004, p. 857.

¹¹²⁰ Cet élément avait déjà été précisé par la Cour d'appel de Paris dans la décision *Sinerg* en estimant que : « il ne lui appartient pas [à la Cour d'appel de Paris] de prononcer des condamnations tendant à l'exécution d'obligations contractuelles ou à la réparation d'un préjudice né de leur inexécution et pas davantage d'enjoindre la signature d'un contrat », CA Paris, 24 février 2004, *EDF c/ Société Sinerg*, précité, *A.J.D.A.*, 2004, p. 856, note Jeanneney P.-A.

¹¹²¹ CE, 29 décembre 2006, *Société UPC France*, n° 288251. Rec. p. 582, concl. Prada-Bordenave E. ; Bazex M., *Contrats Concurrence Consommation*, 01/03/2007, p. 18 ; Boubli B., *Gaz. Pal.*, 16/03/2007, p. 21.

¹¹²² CA Paris, 24 février 2004, *E.D.F. c/ Sinerg*, précité ; voir aussi : Frison-Roche M.-A. : « Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur (les enseignements du cas *Sinerg*) », *R.L.C.*, n° 3, mai-juillet 2005, p. 108.

¹¹²³ Décret n° 2000-894 relatif aux procédures applicables devant la Commission de régulation de l'électricité (J.O.R.F., n° 215, du 16 septembre 2000, p. 14519).

respect du principe du contradictoire. Elle estime en effet, sans même se fonder sur la Convention européenne des droits de l'homme, que le régulateur a violé les droits de la défense en omettant d'inviter les parties à faire valoir leurs observations sur un moyen soulevé d'office justifiant la solution retenue. Toujours dans le domaine de la procédure imposée aux régulateurs, le Conseil d'Etat interprète et précise, dans sa décision France Télécom¹¹²⁴, l'article D. 99-24 du Code des postes et des communications électroniques. Selon cet article, « (...) l'Autorité de régulation des télécommunications établit et rend publique la nomenclature des coûts pertinents. Elle définit et publie la méthode de calcul des coûts incrémentaux de long terme (...) ». Le Conseil d'Etat en déduit qu'il « résulte de ces dispositions qu'il incombe à l'Autorité de régulation des télécommunications de publier la méthode de calcul avant d'imposer des modifications à l'offre de référence pour l'accès à la boucle locale »¹¹²⁵. Par cette considération, le juge voit une obligation dans la publication préalable de la méthode de calcul, dont le défaut impliquerait l'illégalité des décisions prises sur son fondement. En effet, très logiquement, « la définition de la méthode de calcul est regardée comme un acte réglementaire qui doit entrer en vigueur avant l'intervention des mesures prises sur son fondement »¹¹²⁶. Ainsi, nombreuses sont les décisions du juge administratif comme judiciaire précisant, souvent en rejetant le moyen, la procédure imposée par les textes aux ARI¹¹²⁷.

¹¹²⁴ CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, n° 247866, Rec. p. 86, concl. Prada-Bordenave E., *R.F.D.A.* 2005, p. 802 ; Blazy S., Bazex M., *D.A.*, avril 2005, p. 26 ; Breen E., « Régulariser ou moduler ? Des précisions sur les pouvoirs réglementaires de l'ART (Arcep) et sur la modulation des effets dans le temps des annulations contentieuses », *J.C.P. A.*, 2005, p. 1101 ; Idoux P., « Juger la régulation, c'est encore réguler... », *R.D.P.* 2005, p. 1643 ; Landais C., Lenica F., *A.J.D.A.*, 2005, p. 997 ; Melleray F., *L.P.A.*, 10 octobre 2005, p. 4 ; Saulnier-Cassia E., « Le Conseil d'Etat fait une application extensive et clarificatrice de sa décision Association AC ! », *J.C.P. A.*, 2005, p. 632 ; Simon D., « Impact croissant du droit communautaire sur le contentieux administratif : quelques illustrations emblématiques... », *Europe*, mai 2005, p. 4 ; Stahl J.-H., « An I ap. AC ! : Les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt Association AC ! », *Revue Juridique de l'Economie Publique*, 2005, p. 355 ; Terneyre P., *R.F.D.A.*, 2005, p. 446.

¹¹²⁵ CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, n° 247866, précité, considérant n° 4.

¹¹²⁶ En ce sens, Landais C., Lenica F. : « Chronique générale de jurisprudence administrative française » *A.J.D.A.*, 2005, p. 998.

¹¹²⁷ Voir, par exemple, sur l'absence de nécessité, pour l'ARCEP, de publier les modifications apportées aux projets de décisions prises sur le fondement de l'article L 32-1-III pour tenir compte des appels à commentaire auxquels elle a procédé en application de l'article L 32-1 C.P.C.E. : CE, 29 décembre 2006, *Société UPC France*, précité, cons. n° 3 ; *Gaz. Pal.*, 19 juin 2007, n° 170, p. 28. Sur la forme requise pour qu'un document soit considéré comme un moyen soumis à l'examen de la CRE, qui serait tenue d'y répondre, voir : CA Paris, 10 décembre 2002, *Régie autonome des transports parisiens c/ E.D.F.*, n° 2002/10760. Sur la validation, par la Cour d'appel de Paris, de la méthode employée par la CRE pour déterminer la solution financière dans un litige, voir : CA Paris, 8 juin 2004, *E.D.F. c/ SARL Cogé de Kerverzet*, n° 2003/20637. Voir aussi, dans le cadre de la procédure contentieuse, l'impossibilité pour les ARI de faire valoir des moyens de droit devant les juridictions. Celles-ci ne peuvent présenter, devant le juge, que des observations : CA Paris, 24 février 2004, *EDF c/ Société Sinerg*, précité ; Frison-Roche M.-A. : « Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur (les enseignements du cas *Sinerg*) », *R.L.C.*, n° 3, mai-juillet 2005, p. 107. Plus récemment, Cass. Com., 10 mai 2006, *EDF*, n° 05-13622, Bull. 2006 IV n° 117 p. 118 ; Frison-Roche M.-A., *Revue Lamy de la Concurrence*, n°11, 1^{er} avril 2007, p. 96 ; Richer L., « Rôle de la CRE dans la procédure de règlement de différends devant la cour d'appel », *A.J.D.A.*, 2006, p. 1145.

Par une série de jurisprudences, les juges français se sont prononcés sur les conditions formelles et procédurales des décisions des ARI. Ils contribuent aussi à la délimitation des compétences et pouvoirs des régulateurs indépendants en fonction des circonstances¹¹²⁸. Un autre élément vient renforcer la régularité externe des décisions des ARI. Il s'agit de la Convention européenne des droits de l'homme qui, si elle était interprétée de manière plus précise, pourrait faire office de socle procédural commun à tous les régulateurs concernés.

2 L'encadrement de la procédure interne des ARI par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme

La question de l'emprise de la Convention européenne des droits de l'homme sur les autorités de régulation doit être évoquée principalement sous l'optique de l'influence de son article 6. Cependant, cela ne veut pas dire que l'ensemble de la Convention n'a pas d'autres implications sur l'activité de régulation, mais leur importance reste moindre dans la mesure où les textes nationaux sont en conformité avec ces prescriptions¹¹²⁹.

Il convient aussi de préciser que les ARI n'ont jamais fait l'objet d'une jurisprudence condamnant leur procédure interne au titre de la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, la difficile interprétation des arrêts de la Cour européenne empêche de dire dès à présent que les prescriptions de l'article 6 font office de minimum procédural que les autorités de régulation des Etats évoqués devraient respecter. Il faut, pour l'instant, une appréciation nationale volontaire des juridictions pour affirmer que cet article s'applique au stade de la régulation. En effet, en France, si les autorités de régulation indépendantes exerçant dans le domaine des services publics organisés en réseaux ont anticipé l'hypothèse d'un contentieux, en adaptant leur procédure interne, ce n'est que sous l'influence du juge administratif comme judiciaire¹¹³⁰.

¹¹²⁸ Voir par exemple, sur les pouvoirs du président de l'ARCEP de rejeter une demande tendant à l'abrogation de décisions attribuant une autorisation d'utilisation de fréquences, CE, 30 juin 2006, *Société Neuf Télécom*, n° 289564, Rec., p. 309, concl. Prada Bordenave E. ; Fontaine F., Weigel G., *Revue Juridique de l'Economie Publique*, 2007, p. 162 ; Frison-Roche M.-A., *R.L.C.*, 2007, p. 168 ; Richer L., Jeanneney P.-A., *A.J.D.A.*, 2006, p. 1703 ; Sée A., « Précisions sur le régime de l'abrogation des décisions non réglementaires », *A.J.D.A.*, 2006, p. 1720 ; Terneyre P., *R.F.D.A.*, 2006, p. 883.

¹¹²⁹ Par exemple, certaines garanties de l'article 6§3, comme la possibilité d'être informé dans le plus court délai de la nature et de la cause de l'accusation ou de se défendre dans un délai raisonnable. De même, le principe de la légalité des incriminations, posé par l'article 7 de la Convention, mais aussi par l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est parfaitement intégré et respecté.

¹¹³⁰ L'idée peut apparaître paradoxale, puisque le juge judiciaire n'intervient pas dans le domaine du contentieux des sanctions adressées par les ARI, mais celles-ci se sont quand même inspirées de l'orientation des arrêts de la Cour de cassation pour réformer leur procédure interne.

- L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne

L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux autorités de régulation est un point hautement controversé. L'imprécision des décisions de la Cour européenne n'aide pas à amoindrir les divergences doctrinales et jurisprudentielles.

Il résulte notamment de cet article que : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...) ».

Pour admettre l'applicabilité de cet article, la Cour européenne des droits de l'homme, en se détachant des qualifications nationales¹¹³¹, recherche un critère matériel, tiré de l'objet de la contestation¹¹³². En effet, entrent dans le champ de cet article toutes les procédures au cours desquelles les requérants se voient contestés des droits et obligations de caractère civil ou font l'objet d'une accusation en matière pénale. Sur le premier point, la Cour indique que l'article 6§1 s'applique à « toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé »¹¹³³. Elle considère par conséquent qu'entre dans son champ toute mesure qui aura pour incidence d'affecter les droits patrimoniaux du requérant. Par exemple, des mesures peuvent toucher aux droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6§1 lorsque, même infligées à titre disciplinaire, elles compromettent, comme une suspension ou une interdiction, l'exercice d'une profession¹¹³⁴. Sur le second point, pour déterminer si une infraction relève de la matière pénale, la Cour se fonde sur trois critères

¹¹³¹ Sudre F. : « Le recours aux notions autonomes », in Sudre F. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et justice, Bruylant, 1998, p. 93.

¹¹³² Il convient de souligner que la notion de « tribunal » n'entraîne pas l'applicabilité des garanties de l'article 6 au sens de la jurisprudence de la Cour européenne, alors que le Conseil d'Etat utilise cette notion comme condition subsidiaire d'applicabilité de l'article 6 lorsqu'il apprécie, par exemple, la nature, la composition et les attributions de l'organe en cause dans l'arrêt *Didier* (CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, Rec., p. 399, concl. Seban A., *R.F.D.A.*, 2000, p. 584 ; Bienvenu Perrot A., « Arrêt Didier: Un infléchissement de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Bulletin Joly Bourse et produits financiers*, janvier 2000, p. 29 ; Brière J.-M., « L'arrêt Didier du 3 décembre 1999 : La guerre de tranchées », *R.A.*, 2000, p. 42 ; Guyomar M. et Collin P., *A.J.D.A.*, 2000, p. 126 ; Sudre F., *J.C.P. E.*, 2000, p. 509). Sur ce point, Milano L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2006, p. 354.

¹¹³³ C.E.D.H., 16 juillet 1971, *Ringelsen c/ Autriche*, série A, n° 13 ; Vallée C., *R.G.D.I.P.*, 1972, p.110.

¹¹³⁴ C.E.D.H., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, série A, n° 43 ; Cohen-Jonathan G., *C.D.E.*, 1982, p. 201 ; Dubouis L., *R.D.S.S.*, 1982, p. 65 ; Flauss J.-F., *Gaz. Pal.*, 1982, p. 338 ; Pelloux R., *A.F.D.I.*, 1982, p. 495 ; Rolland P., *J.D.I.*, 1982, p. 216.

dégagés dans l'arrêt *Engel*¹¹³⁵. Ils sont en principe alternatifs, mais peuvent, lorsqu'ils sont cumulés, constituer un faisceau d'indices¹¹³⁶ amenant une conclusion similaire. En premier lieu, la Cour peut prendre en compte, de manière relative, la qualification donnée par le droit interne. En second lieu, elle peut évaluer la nature même de l'infraction et le but de la sanction encourue, à la fois préventif et répressif¹¹³⁷. En dernier lieu, elle peut apprécier le degré de sévérité de la sanction que peut subir le contrevenant. Dès lors, ces sanctions « peuvent avoir une “coloration pénale” même si elles sont purement pécuniaires »¹¹³⁸.

Lorsque l'acte en cause répond aux critères énoncés par la Cour, celle-ci recherche alors si le système juridique national a permis au requérant de bénéficier des garanties attachées à l'article 6 de la Convention. Cependant, la question qui se pose est celle de savoir à quelle étape de la procédure le respect de ces garanties est exigé. La réponse à cette question est d'un intérêt primordial à l'heure de déterminer si les ARI sont tenues au respect des prescriptions de l'article 6. Malheureusement, la jurisprudence de la Cour est relativement imprécise sur ce point.

En effet, il semble que le juge européen n'impose pas aux Etats signataires de soumettre les contestations sur des droits et obligations de caractère civil ou le bien-fondé de toute accusation en matière pénale à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des tribunaux respectant toutes les prescriptions de l'article 6. Selon la Cour, « des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec les droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et *a fortiori* d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes

¹¹³⁵ C.E.D.H., 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, série A, n° 22 ; Cohen-Jonathan G., *C.D.E.*, 1978, p. 364 ; Rolland P., *J.D.I.*, 1978, p. 695. Dans le même sens, C.E.D.H., 21 février 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, série A, n° 73, notamment § 53 ; Cohen-Jonathan G., *C.D.E.*, 1986, p. 212 ; Coussirat-Coustère, *A.F.D.I.*, 1985, p. 403 ; Delmas-Marty M., *D.*, 1986, n° 27 ; Tavernier P., *J.D.I.*, 1986, p.1051 ; C.E.D.H., 24 février 1994, *Bendenoun c/ France*, série A, n° 284-A ; Flauss J.-F., « Pénalités fiscales et Convention européenne des droits de l'homme », *L.P.A.*, 1994, n° 56, p. 21 ; Frommel S. N., « Arrêt Bendenoun: application de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme aux pénalités fiscales pour absence de bonne foi », *J.C.P.G.*, 1995 II 22372 ; Goulard G., « Applicabilité de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de jurisprudence fiscale*, 1994, n° 6, p. 383 ; Maublanc J.-P., Maublanc-Fernandez L., « Dynamique européenne et résistances internes : propos sur l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière fiscale », *R.F.D.A.*, 1995, p. 1181 ; Tavernier P., *J.D.I.*, 1995, p. 752 ; Yernault D., « Le fisc, ses amendes et la matière pénale », *R.T.D.H.*, 1995, n° 23, p. 423.

¹¹³⁶ En ce sens, C.E.D.H., 24 février 1994, *Bendenoun c/ France*, précité, §47. Sur ce point, Milano L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, précité, p. 171.

¹¹³⁷ C.E.D.H., 21 février 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, précité, § 52.

¹¹³⁸ En ce sens, Delvolvé P. : « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », in « La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché », colloque de l'association Droit et Démocratie, Palais du Luxembourg, 22 janvier 2001, *L.P.A.*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 19.

prescriptions »¹¹³⁹. Dans ce cas, ces entités « subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article »¹¹⁴⁰. Par conséquent, l'article 6§1 ne s'oppose pas à l'intervention préalable d'une autorité qui ne respecterait pas toutes les prescriptions de celui-ci, si le droit national assure un contrôle juridictionnel ultérieur, exercé conformément aux garanties conventionnelles.

L'enjeu réside dès lors dans la détermination, au sens de cette jurisprudence, des aspects obligatoires de l'article 6 et des aspects subsidiaires qui pourront ne pas être respectés par les autorités statuant préalablement, ce que la Cour n'a pas déterminé de manière précise. Elle n'établit sur ce point qu'un critère que l'on pourrait qualifier de « règle de raison ». Selon sa jurisprudence *Imbrioscia*, la Cour rappelle que « certes l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider du "bien-fondé de l'accusation", mais il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. (...) D'autres exigences de l'article 6, et notamment de son paragraphe 3, peuvent elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès »¹¹⁴¹.

Cette dernière précision, implique, en l'état actuel du droit, que les autorités de régulation indépendantes, lorsqu'elles édictent des sanctions ou mesures individuelles rentrant dans le champ d'application de l'article 6, sont soumises à ses prescriptions, dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès qui pourrait s'en suivre. L'imprécision de cette conclusion est regrettable dans un domaine qui requiert une certaine sécurité juridique. En effet, les juridictions nationales se retrouvent dans l'impasse de la détermination de celles des prescriptions de l'article 6 qui, si elles ne sont pas observées, risquent de ne pouvoir être purgées par un recours juridictionnel et d'occasionner ensuite une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. Il faut par conséquent espérer une plus grande précision de la jurisprudence de la Cour qui

¹¹³⁹ C.E.D.H., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, précité, §51, R.D.S.S., 1982, p. 65, note Dubouis L. ; dans le même sens, §78 de C.E.D.H., 20 novembre 1995, *British American Tobacco c/ Pays-Bas*, série A, n° 331 ; Tavernier P., *J.D.L.*, 1996, p. 258.

¹¹⁴⁰ C.E.D.H., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, précité, §51 ; R.D.S.S., 1982, p. 65, note Dubouis L. ; dans le même sens : §46 de C.E.D.H., 19 décembre 1997, *Helle c/ Finlande*, n° 157/1996/776/977, Rec. 1997-VIII : « la Cour rappelle (...) que d'après sa jurisprudence constante, une violation de l'article 6§1 de la Convention ne peut être fondée sur le manque allégué d'indépendance ou d'impartialité d'un organe juridictionnel, ni sur le manquement par cet organe à une garantie procédurale essentielle si la décision rendue était soumise au contrôle subséquent d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridiction et offrant les garanties de l'article 6 ».

¹¹⁴¹ C.E.D.H., 28 octobre 1993, *Imbrioscia c/ Suisse*, série A, n° 275, §36.

aurait le mérite de servir d'élément unificateur des minima procéduraux applicables à l'ensemble des autorités indépendantes de régulation en Europe.

- L'interprétation de l'article 6 par les juridictions françaises

Le juge national n'a pas systématiquement, ni globalement, évalué les garanties de l'article 6 qui compromettraient gravement le caractère équitable du procès¹¹⁴². Cependant, dans un esprit pragmatique, les juridictions françaises ont soumis certaines autorités indépendantes aux prescriptions de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en résulte que les ARI, appartenant à la catégorie juridique des autorités administratives indépendantes, seraient susceptibles de suivre le même régime juridique en cas de contentieux.

¹¹⁴² Alain Seban, dans ses conclusions sur l'arrêt *Didier* estime par exemple que la méconnaissance alléguée de l'obligation d'impartialité devant le Conseil des marchés financiers n'est pas de nature à compromettre gravement le caractère équitable du procès devant le Conseil d'Etat, concl. Seban A., sur CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, *R.F.D.A.*, 16 (3), mai-juin 2000, p. 591. Récemment, le Conseil d'Etat a cependant émis un critère qui, s'il est confirmé, permettra de déterminer les éléments de l'article 6 dont le respect est obligatoire, en ce sens, CE, Sect., 27 octobre 2006, *M. Parents et autres*, n° 276069, Rec. p. 454, concl. Guyomar M., *L.P.A.*, 20 décembre 2006, p. 4 ; Boucard F., *Gaz. Pal.*, 9 septembre 2007, p. 23 ; Collet M., *A.J.D.A.*, 2007, p. 80 ; Dolidon G., « Les membres de la Commission des sanctions de l'AMF rappelés à leur devoir d'impartialité : note sous Conseil d'Etat, 27 octobre 2006 », *Revue Lamy Droit des affaires*, janvier 2007, p. 31 ; Dondero B., *J.C.P. E.*, 22 février 2007, p. 15 ; Dubrulle J.-B., « La difficile conciliation de l'article 6 de la CEDH avec le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *L.P.A.*, 4 juillet 2007, p. 14. Par contre, le juge judiciaire français s'est rallié à l'interprétation de la Cour européenne sur l'étape de la procédure à laquelle est exigé le respect des garanties de l'article 6 : « Ainsi que l'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme, des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier l'intervention préalable dans la procédure répressive d'une autorité administrative qui (...) ne satisfait pas sous tous ses aspects, aux prescriptions de forme de l'article 6§1 de la Convention dès lors que les décisions prises par celle-ci subissent, *a posteriori*, (...) le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens du texte susvisé », Cass. Com., 9 avril 1996, *Haddad c/ Agent judiciaire du Trésor*, n° 94/11323, Bulletin 1996 IV n° 115 p. 96 ; Drouot G., « Recours contre une sanction prononcée par la COB », *Lamy Droit du financement*, 1996, n° 65, p. 1 ; Frison-Roche M.-A. et Germain M., *Rev. dr. bancaire et bourse*, 1996, p. 177.

Ainsi, suite à des divergences jurisprudentielles désormais révolues¹¹⁴³, le Conseil d'Etat, comme la Cour de cassation estiment que certaines autorités de régulation indépendantes sont soumises aux prescriptions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en est ainsi, pour la Cour de cassation, de la COB¹¹⁴⁴. Le Conseil d'Etat s'est prononcé, dans le cadre de ses compétences, sur la sanction consistant dans le retrait d'une carte professionnelle et d'une sanction pécuniaire prononcées par le Conseil des marchés financiers, autorité administrative indépendante¹¹⁴⁵. Il estime que l'article 6 est applicable à cette entité : « le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. (...) Le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6§1 précité peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'Etat à l'encontre de sa décision »¹¹⁴⁶. Par conséquent, le Conseil d'Etat conditionne la recevabilité du moyen à la matière pénale¹¹⁴⁷, mais aussi à

¹¹⁴³ Le Conseil d'Etat estimait en effet, depuis sa jurisprudence *Le Cun*, que l'article 6 ne trouvait à s'appliquer que devant les juridictions : CE, Ass., 4 mars 1991, *Le Cun*, n° 112820, Rec., p. 70, concl., de Saint-Pulgent M., *R.F.D.A.*, 1991, p. 612 ; Rouault M.-C., *Le Quotidien Juridique*, 1991, n° 62, p. 7 ; Schwartz R. et Maugüe C., *A.J.D.A.*, 1991, p. 358. De même, dans son avis de 1995 : « (...) l'article 6 (...) n'énonce (...) aucune règle ni aucun principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions, et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé des sanctions, (...) par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi », CE, sect., avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c. SARL Auto-Industrie Méric*, n° 164008, Rec., p. 154, Concl. Arrighi de Casanova J., *Revue de Jurisprudence Fiscale*, 1995, p. 326 ; Dreifuss M., *A.J.D.A.*, 1995, p. 739. Il a appliqué cette jurisprudence au Conseil des marchés à terme (CE, 4 mai 1998, *Société de Bourse Wargny*, n° 164294, Rec., p. 192, concl. Lamy F. ; Brisson J.-F., « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. A propos d'une divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », *A.J.D.A.*, 1999, p. 847 ; Desaleux C., *Revue mensuelle du Conseil des Marchés Financiers*, juillet 1998, p. 47) et au C.S.A. (CE, 14 juin 1991, *Association Radio-Solidarité*, précité). La Cour de Cassation, quant à elle, soumet ces entités aux prescriptions de l'article 6 depuis février 1999 : Cass. Ass. plén., 5 février 1999, *COB c/ Oury*, n° 97/16440, Bulletin 1999 A. P. n° 1 p. 1 ; Bienvenu-Perrot A., « Procès équitable et sanctions boursières : les équivoques ne sont pas toutes levées », *Bulletin Joly Bourse*, 1999, n° 6, p. 549 ; Brisson J.-F., précité, *A.J.D.A.*, 1999, p. 847 ; Couret A., « La sauvegarde des droits de la défense devant la COB », *R.J.D.A.*, 1999, n°3, p. 203 ; Degueldre J.-M., Gramblat L. et Herbière M., *Gaz. Pal.*, n° 55, 1999, p. 34 ; Garaud E., « Le rapporteur désigné par la COB pour les besoins de l'instruction, *persona non grata* du collège délibérant », *J.C.P. E.*, 1999, p. 957 ; Le Nabasque H., « Le rapporteur de la Commission des opérations de bourse chargé de l'instruction ne peut pas participer au délibéré », *Revue des sociétés*, 1999, n° 3, p. 621 ; Magnier V., « La notion de justice impartiale », *JCP G*, 2000 I 252.

¹¹⁴⁴ Cass. Ass. plén., 5 février 1999, *COB c/ Oury*, précité.

¹¹⁴⁵ En ce sens, Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », Etudes et Documents, n° 52, La Documentation française, p. 276. Pour une confirmation plus récente à propos de la Commission des sanctions de l'A.M.F., voir : considérant n° 7, CE, 4 février 2005, *Société GSD Gestions et M. Gautier*, précité, Costa D. : « L'autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 février 2005, Société GSD Gestion et M. YX », *R.F.D.A.*, 2005, p. 1174.

¹¹⁴⁶ CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, précité

¹¹⁴⁷ Cette conception est confirmée par l'arrêt *Société Athis*, dans lequel le Conseil d'Etat s'est refusé à appliquer les règles du procès équitable au retrait d'agrément décidé par la COB, CE, 22 juin 2001, *Société Athis*, n° 193392, Rec., p. 276, concl. Lamy F., *R.F.D.A.*, 2002, p. 509 ; Bussière F., *Banque et Droit*, mars 2002, p. 42 ; Frison-Roche M.-A., Germain M., Marin J.-C., Pénichon C., *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2001, p.

l'organe qui l'a édicté. Sa nature, sa composition et ses attributions impliquent sa soumission à l'article 6§1. Au-delà de l'incompréhension que suscite cette formule¹¹⁴⁸, elle restera utile à l'heure de déterminer si les ARI font partie, au sens du Conseil d'Etat, des organismes susceptibles d'être soumis à l'article 6§1.

Cependant, les deux juridictions suprêmes ne tirent pas les mêmes conclusions sur des situations *a priori* semblables au regard de l'article 6§1. En effet, la Cour de cassation observe que « l'un des membres nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes les investigations utiles » et en déduit par conséquent que « c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré et par ce seul motif, a justifié sa décision » fondée sur la violation de l'article 6§1¹¹⁴⁹. Le Conseil d'Etat, au contraire, estime qu'« il ne résulte de [la] participation [du rapporteur] aux débats et au vote à l'issue desquels il a été décidé d'infliger une sanction à M. Didier aucune méconnaissance du principe d'impartialité »¹¹⁵⁰. Si une partie de la doctrine estime que les décisions du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation sont relativement semblables sur le fond¹¹⁵¹, et ne divergent que parce que les faits sont différents, il résulte cependant de la lecture comparée des deux arrêts que les pouvoirs détaillés des rapporteurs, que ce soit pour la COB ou pour le Conseil des marchés financiers sont tout à fait semblables¹¹⁵². En effet, pour justifier sa décision le Conseil d'Etat précise que « le rapporteur, avec le concours des services du Conseil des marchés financiers, procède à toutes investigations utiles (...) ». Il relève ensuite un ensemble d'éléments qui justifient, selon lui, que le rapporteur par ses pouvoirs ne méconnaît pas le principe d'impartialité¹¹⁵³.

299 ; Goyet C., Rontchevsky N., Storck M., *R.T.D. Com.*, 2002, p. 121 ; Guyomar M., Collin P., « La nature du retrait d'agrément prononcé par la Commission des opérations de Bourse », *A.J.D.A.*, 2001, p. 634 ; Vauplane J.-J., *Banque et Droit*, novembre 2001, p. 27.

¹¹⁴⁸ En ce sens, Collet M., note sous CE, Sect., 27 octobre 2006, *M. Parents et autres*, précité ; de même, Zavoli P. : « L'emprise de la Convention européenne des droits de l'homme sur les autorités de régulation », in Journée d'études Jean Monnet : « Autorités de régulation et droit européen », 20 février 2004, *J.C.P. E.*, n° 2, supplément à la semaine juridique n° 19 du 6 mai 2004, p. 9. Il apparaît que le Conseil d'Etat utilise encore la notion de « tribunal » comme condition subsidiaire d'applicabilité de l'article 6 lorsqu'il apprécie la nature, la composition et les attributions de l'organe en cause, alors que cette notion n'entraîne pas l'applicabilité des garanties de l'article 6 au sens de la jurisprudence de la Cour européenne. Sur ce point, Milano L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, précité, p. 354.

¹¹⁴⁹ Cass. Ass. plén., 5 février 1999, *COB c/ Oury*, précité, attendu n° 3.

¹¹⁵⁰ CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, précité, considérant n° 5.

¹¹⁵¹ En ce sens, Salomon R. : « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales », *J.C.P. G.*, 2000, n° 42, I, p. 264. Voir aussi : Guyomar M., Collin P. : « Diverses applications du principe d'impartialité », *A.J.D.A.*, 2000, p. 126.

¹¹⁵² En ce sens, Guyomar M., Collin P. : « Diverses applications du principe d'impartialité », précité, p. 126.

¹¹⁵³ Selon le Conseil d'Etat, ces circonstances sont les suivantes : « le rapporteur, qui n'est pas à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs (...) n'a pas le pouvoir de classer l'affaire ou, au contraire, d'élargir le cadre de la saisine, (...) les pouvoirs d'investigation dont il est investi pour vérifier la pertinence des griefs et des observations de la personne poursuivie ne l'habilitent pas à faire des perquisitions, des saisies ni à

Ainsi, pour la Cour de cassation, la simple circonstance que le rapporteur procède à l'instruction du dossier lui suffit pour dire que sa participation au délibéré viole l'article 6§1. Au contraire, pour le Conseil d'Etat, la participation au délibéré n'est pas suffisante pour en déduire une telle méconnaissance du principe d'impartialité, il faut que le détail des pouvoirs du rapporteur fasse acte d'accusation ou de classement de l'affaire¹¹⁵⁴. Par conséquent, le Conseil d'Etat s'attache à la confusion entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de participation au délibéré de la sanction, alors que la Cour de cassation condamne le cumul des pouvoirs dès lors qu'il s'agit de l'instruction et du délibéré de la sanction¹¹⁵⁵. Les deux ordres juridiques ne tirent donc pas les mêmes conclusions de situations de faits identiques, ce qui témoigne encore de l'inconvénient de la dualité de juridictions compétentes pour préciser le régime applicable aux autorités administratives indépendantes en France.

Cependant, la juridiction judiciaire ne condamne que la présence du rapporteur aux deux phases de la procédure de sanction. Elle ne condamne pas le cumul des trois fonctions, la poursuite, l'instruction et le délibéré, au sein de la même entité. En effet, elle précise dans son arrêt *KPMG Fiduciaire de France*¹¹⁵⁶, que ce cumul n'est pas en lui-même contraire à l'exigence d'impartialité, mais qu'il y a lieu de rechercher si compte tenu des modalités concrètes de mise en oeuvre de ces attributions, le droit de la personne à un procès équitable est respecté. De même, l'auto-saisine, c'est-à-dire le cumul entre les mains d'une même

procéder à toute autre mesure de contrainte au cours de l'instruction », CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, précité, considérant n° 5.

¹¹⁵⁴ A comparer avec l'arrêt *Kress* qui conclut à « la violation de l'article 6§1 de la Convention du fait de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation de jugement » du Conseil d'Etat, C.E.D.H., 7 juin 2001, *Kress c/ France*, n° 39594/98, Rec. 2001/VI ; Autin J.-L., Sudre F., « Juridiquement fragile, stratégiquement correct », *R.F.D.A.*, 2001, p. 1000 ; Andriantsimbazovina J., *D.*, 2001, p. 261 ; Benoit-Rohmer F., « Le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'Etat, l'avocat général auprès de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) et le droit à un procès équitable », *R.T.D.E.*, 2001, p. 727 ; Chabanol D., « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress », *A.J.D.A.*, 2002, p. 9 ; Cohen-Jonathan G., « L'arrêt Kress contre France du 7 juin 2001 et la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour de cassation française: quelques observations », *Gaz. Pal.*, 2002, n°227, p. 08 ; Drago R., « Le Conseil d'Etat français et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2001, p. 2619 ; Flauss J.-F., « la double lecture de l'arrêt Kress contre France », *L.P.A.*, 2001, 197, p. 13 ; Genevois B., « Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable », *R.F.D.A.*, 2001, p. 991.

¹¹⁵⁵ La Cour de cassation a confirmé que la présence du rapporteur et du rapporteur général, qui ont instruit le dossier, au délibéré est contraire aux prescriptions de l'article 6§1 : Cass. Com., 5 octobre 1999, *SNC Campenon Bernard* n° 97-15617, Bulletin 1999 IV N° 158 p. 133 ; Barthe D., « Propos critiques sur la disparition des rapporteurs au délibéré du Conseil de la concurrence au regard de l'article 6-1 de la CEDH », *Contrats Concurrence Consommation*, n°1, 1^{er} janvier 2001, p. 7.

¹¹⁵⁶ CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 7 mars 2000, *Société KPMG Fiduciaire de France*, n° 1999/15862 ; Barbiéri J.-F., « Application à un commissaire aux comptes, personne morale, des sanctions pécuniaires prononcées par la COB et droit à un procès équitable », *Bulletin Joly Sociétés*, 2000, n° 5, p. 493 ; Couret A., « Incompatibilité de la procédure de sanction pécuniaire de la COB avec l'article 6 de la CEDH », *J.C.P. E.*, 2000, n° 25, p. 992 ; Ducouloux-Favard C., *L.P.A.*, 22 mai 2000, p. 4 ; Drago R., *J.C.P. G.*, 2000 II 104408.

autorité administrative des fonctions d'accusation et de jugement n'est pas contraire à l'article 6, selon une jurisprudence concordante du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation¹¹⁵⁷.

Cette approche pragmatique des effets de l'article 6 sur la procédure mise en oeuvre devant les autorités administratives dans le domaine des sanctions implique un essai de synthèse, en l'état actuel du droit, pour déterminer si les ARI ont, dans leurs adaptations anticipées, pris la mesure des évolutions jurisprudentielles.

Il résulte de l'ensemble des décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat que certaines prescriptions découlant de l'article 6 doivent impérativement être prises en compte lors de toute procédure de sanction devant les autorités administratives.

En premier lieu, le défaut d'impartialité de l'organisme est un grief qui ne peut que vicier les décisions adoptées. Il peut s'agir d'un défaut d'impartialité objective, qui tient strictement à l'organisation de l'entité édictant la mesure. Ce vice, comme précisé préalablement, fait l'objet d'un consensus sur le principe, mais de divergences sur l'appréciation matérielle entre les deux juridictions suprêmes. Il peut aussi s'agir d'un défaut d'impartialité subjective. Celle-ci se définit comme l'appréciation du comportement des personnes participant à la procédure de sanction. Ainsi, le Conseil d'Etat a pu estimer que « l'un des membres de la commission des sanctions avait, avec l'une des personnes poursuivies un lien tel qu'il faisait obstacle à ce qu'il pût participer à la délibération (...) qu'il s'ensuit que le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité doit être accueilli »¹¹⁵⁸. De même, le non respect de la présomption d'innocence est sanctionné par le juge français au titre de l'article 6§2 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷ CE, Sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Ltd*, n° 180122, Rec. p. 433, concl. Lamy F., Rec. p. 436 ; Frison-Roche M.-A., Germain M., Marin J.-C., Pénichon C., *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2001, p. 299 ; Guettier, C., *R.D.P.*, 2001, p. 399 ; Guyomar M., Collin P., *A.J.D.A.*, 2000, p. 1001, Louvaris A., « Impartialité des organes de régulation (à propos de la Commission bancaire) », *D.*, 2001, p. 2665 ; Subra de Bieusses P., *A.J.D.A.*, 2000, p. 1071 ; Zavoli P., *Lamy Droit des affaires*, février 2001, p. 5. Cass., 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, *Ordre des avocats au barreau de Lille*, n°94-15.252, Bulletin 1996 I N° 391 p. 273 ; Martin R., « Saisine d'office du Conseil de l'Ordre comme conseil de discipline: Conformité avec les principes du droit français et la Convention Européenne pour la Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CEDH) », *J.C.P. G.*, 09 avril 1997, n° 15, p. 157.

¹¹⁵⁸ CE, Sect., 27 octobre 2006, *M. Parents et autres*, précité, considérant n° 11, précité. Voir aussi CE, 30 mai 2007, *Société Europe, Finance et Industrie et Thannberger*, n° 288538, concl. Guyomar ; *Chemin-Bomben D.*, *Revue Lamy Droit des affaires*, n°19, 1^{er} septembre 2007, p. 38 ; Paclot Y., « De l'impartialité de l'Autorité des marchés financiers », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n°4, 1^{er} juillet 2007, p. 1, « La méconnaissance du principe d'impartialité par la commission des sanctions de l'AMF », *J.C.P. E.*, 11 octobre 2007, n°41, p. 9. Cass. Com., 18 juin 1996, *Bergé c/ Agent judiciaire du Trésor et a.*, n° 94-13660, Bulletin 1996 IV n° 175 p. 151 ; Frison-Roche M.-A et Germain M., *Rev. dr. bancaire bourse*, 1996, p. 177 ; Hovasse H., « Application critiquable du règlement COB n° 90-08 », *J.C.P. E.*, 1996, N° 44, p. 875 ; Reinhard Y., *D.*, 1998, p. 75.

¹¹⁵⁹ Cass. Com., 18 juin 1996, *Conso c. ciments français*, n° 94/14178, Bulletin 1996 IV n° 179 p. 155 ; Vallet D., *Revue de jurisprudence commerciale*, 1997, n° 2, p.65 ; CE, Sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Ltd*,

Ces trois éléments participent indubitablement de ce que la Cour européenne considère comme risquant, en cas d'inobservation « de compromettre gravement le caractère équitable du procès ».

En second lieu, parmi les autres obligations tirées de l'interprétation de l'article 6, le partage entre celles qui sont susceptibles d'être purgées par un recours juridictionnel et les autres est plus difficile à entrevoir. Le Conseil d'Etat, pour éclairer ce point, se fonde sur le critère des règles garantissant « la conduite contradictoire des débats »¹¹⁶⁰. Font partie des prescriptions garantissant cet élément l'ensemble des exigences de l'article 6§3, à l'exclusion de l'aide juridictionnelle¹¹⁶¹.

Si l'aide juridictionnelle n'entre pas dans les garanties qui doivent nécessairement être prises en compte dans la phase administrative, il faut aussi ajouter la publicité des débats, prévue par l'article 6§1, qui, selon une jurisprudence concordante du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, n'est pas indispensable si elle peut s'exercer par la suite lors d'un recours juridictionnel¹¹⁶².

Dès lors, les autorités de régulation indépendantes, si elles n'ont pas été touchées les premières par la jurisprudence relative à l'application des prescriptions de l'article 6, ont quand même adapté leur procédure interne en anticipant tout recours contentieux. Cet élément a pu faire dire qu'il s'agissait d'une « juridictionnalisation excessive » de ces institutions¹¹⁶³, portant en elle-même l'idée que l'excès de procédure est l'ennemi de l'efficacité. En effet, selon Thierry Tuot, « les contraintes que créent leurs jurisprudences finiront en effet par faire

précité : le Conseil d'Etat estime dans cet arrêt que le président de la Commission bancaire en faisant connaître sa décision d'engager des poursuites disciplinaires avait « méconnu la règle d'impartialité en présentant pour établis les faits dont elle faisait état et en prenant parti sur leur qualification d'infractions (...) ».

¹¹⁶⁰ En effet, il estime que certaines prescriptions sont requises « pour garantir, dès l'origine de la procédure, son caractère équitable par le respect de la conduite contradictoire des débats », CE, Sect., 27 octobre 2006, *M. Parents et autres*, précité, considérant n° 4.

¹¹⁶¹ Article 6§3 C.E.D.H. : « Tout accusé a droit notamment à : a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

¹¹⁶² Cass. Com., 9 avril 1996, *Haddad c/ Agent judiciaire du Trésor*, précité ; CE, 9 avril 1999, *GIE Oddo Futures*, n° 182421, Rec., p. 791. concl. Seban ; de Vauplane H., *Banque et Droit*, 1999, n° 67, p. 36.

¹¹⁶³ Brisson J.-F. : « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation : les voies d'une juridictionnalisation », in Mission de recherche Droit et Justice, colloque organisé à la Cour de cassation, octobre 2001, p. 9. Thierry Tuot pense qu'il faut veiller « à ne pas juridictionnaliser à l'excès une pratique de la régulation qu'à trop vouloir assortir de garanties, on finira par étouffer », in Tuot T. : « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004 », chronique, C.J.E.G. n° 616, janvier 2005, p. 6.

douter de l'utilité de la procédure de règlement des différends si elle souffre de tous les inconvénients d'une juridiction sans en offrir les avantages et les garanties »¹¹⁶⁴. Au regard de l'adaptation anticipée des régulateurs indépendants, probablement dans l'optique de gagner en légitimité par une procédure irréprochable, il est possible de dire que seule la doctrine conçoit les garanties procédurales comme une atteinte à l'efficacité des ARI.

- L'adaptation anticipée des ARI

Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation et désormais du Conseil d'Etat, les autorités de régulation des réseaux de services publics en France ont adapté leur procédure interne pour ne pas voir leurs décisions sanctionnées pour violation de l'article 6¹¹⁶⁵. Il n'est en effet pas contestable que les ARI édictent des sanctions qui font rentrer leur activité dans le champ d'application matériel de l'article 6. De plus, pour les autorités françaises, et au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat, celles-ci ont la même nature, la même composition et des attributions semblables aux autorités ayant fait l'objet des décisions précitées¹¹⁶⁶. Par conséquent, les ARI ont vu leurs règles procédurales évoluer dans le domaine des sanctions, mais aussi du règlement des différends¹¹⁶⁷. C'est en ce sens que l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme assure un encadrement procédural des ARI.

En effet, l'A.R.T. par une décision du 18 juillet 1999¹¹⁶⁸ assure la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de participation au délibéré de la sanction. En effet, selon les articles 18 à 22 du règlement intérieur, le chef du service juridique, le rapporteur et le collège de l'A.R.T. assurent, chacun en ce qui le concerne, une des trois fonctions. De plus,

¹¹⁶⁴ Tuot T. : « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004 », précité, p. 6. L'auteur estime aussi que « La juridictionnalisation prend (...) 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 », Tuot T. : « La sauvegarde et l'adaptation de la hiérarchie des normes en matière de régulation », in Frison-Roche M.-A. (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 76.

¹¹⁶⁵ D'autres autorités de régulation ont aussi adapté leur procédure interne. Voir par exemple la COB, qui a interdit au rapporteur de participer au délibéré par une décision du 16 février 1999 (J.O.R.F. du 25 février 1999) modifiant l'article 9 de son règlement intérieur, en citant explicitement dans son communiqué de presse l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 février 1999, précité ; voir aussi *J.C.P. G.*, 1999, III, 20050. Pour le C.S.A., décision du 11 juillet 2002 (J.O.R.F., 2 août 2002).

¹¹⁶⁶ Pour l'admission de l'applicabilité de l'article 6 C.E.D.H. à l'A.R.T., voir considérant n° 2, CE, 28 juillet 2000, *Société Cooper Communication*, n° 199773, Rec., p. 1133, concl. Martin Laprade.

¹¹⁶⁷ Sur l'applicabilité de l'article 6 à la procédure de règlement des différends, voir par exemple pour l'A.R.T. : CA Paris, 27 juin 2000, *France Télécom c/ Télécom Développement*, n° 2000/02659. Pour la CRE : CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 8 mars 2005, *E.D.F. c/ Pouchon Cogen*, n° 04/12606 ; Frison-Roche M.-A., « Précisions sur le rôle de régulateur et son pouvoir en matière contractuelle », *R.L.C.*, N° 4, p. 104, *Revue des contrats*, 2005, n° 4, p. 1048.

¹¹⁶⁸ Décision n° 99-528, du 18 juin 1999, portant règlement intérieur (J.O.R.F., n° 166, du 21 juillet 1999, p. 10849).

il est précisé à l'article 22 que le collège délibère hors la présence du rapporteur, du chef du service juridique ou de leurs adjoints. De même, diverses dispositions sont introduites dans le règlement intérieur pour assurer, par exemple, le respect du principe du contradictoire ou du délai raisonnable dans la procédure de sanction, mais aussi dans la procédure de règlement des différends¹¹⁶⁹. Cette évolution n'en est pas restée là. Une deuxième adaptation du règlement intérieur de l'ARCEP a été réalisée le 10 janvier 2006¹¹⁷⁰ dans l'optique de respecter la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁷¹. Elle prend en compte notamment les modifications introduites par la loi du 9 juillet 2004 qui donnent compétence au directeur des services de l'autorité pour mettre en demeure la personne en infraction de se conformer aux obligations transgressées¹¹⁷². Cet élément relevait auparavant de la compétence du collège de l'autorité. Désormais, dans un souci de distinction entre la mise en demeure et la procédure même de sanction, le collège de l'autorité n'intervient plus que dans la dernière phase. De plus, le principe du contradictoire est présent à tous les stades de la procédure.

La Commission de régulation de l'énergie a aussi adapté son règlement intérieur en 2001, mais il n'apparaît pas, comme pour l'ARCEP, une séparation aussi stricte entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de participation au délibéré. La Commission peut donc classer l'affaire et adresser une mise en demeure tout en assurant par la suite le délibéré de la sanction. En revanche, l'article 5 de la loi du 7 décembre 2006¹¹⁷³ est allé dans le sens d'une « juridictionnalisation » de l'institution sur la séparation entre la fonction de réglementation et celle du règlement des différends et des sanctions. Il crée le comité des règlements de différends et des sanctions qui est composé de deux conseillers d'Etat et de deux conseillers à la Cour de cassation. Les membres du comité ne peuvent pas être, à la fois, membre du collège de l'autorité. Il se peut que cette organisation réponde à la jurisprudence *Procola* de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁷⁴. Cet arrêt stigmatise en effet le Conseil d'Etat luxembourgeois dans la mesure où quatre des cinq membres composant le comité du

¹¹⁶⁹ Voir par exemple les articles 10 et suivants de la décision n° 99-528, du 18 juin 1999, portant règlement intérieur (J.O.R.F., n° 166, du 21 juillet 1999, p. 10849).

¹¹⁷⁰ Décision n° 06-0044, du 10 janvier 2006, du 10 janvier 2006 de l'Autorité de régulation des Communications électroniques et des Postes portant règlement intérieur, modifiée par les décisions n° 2007-0556, du 28 juin 2007 et n° 2007-0705, du 26 juillet 2007 portant modification du règlement intérieur.

¹¹⁷¹ En ce sens, Lettre de l'ARCEP, mars-avril 2006, p. 15.

¹¹⁷² Le directeur des services de l'autorité est aussi compétent pour apprécier s'il y a lieu de donner suite à une demande, article 20,

¹¹⁷³ Loi n° 2006-1537, du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie (J.O.R.F., n° 284, du 8 décembre 2006, p. 18531).

¹¹⁷⁴ C.E.D.H., 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, série A, n° 326 ; Autin J.-L., Sudre F., « La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme », *R.F.D.A.*, 1996, p. 777 ; Frouville O., *J.D.I.*, 1996, p. 253. Voir Richer L., Jeanneney P.-A., Charbit N. : « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *A.J.D.A.*, 2006, p. 2442.

contentieux, appelé à statuer sur un recours, avaient auparavant siégé dans la formation consultative qui avait donné un avis sur le projet de règlement contesté par la suite. La Cour estime que « le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de l'institution »¹¹⁷⁵. Transposée au domaine de la régulation indépendante, certains estiment que cette notion d'impartialité structurelle, si elle a une signification propre, devrait trouver à s'appliquer au cumul des pouvoirs de réglementation et de sanction dont disposent les autorités de régulation¹¹⁷⁶. En effet, contrairement au Conseil d'Etat luxembourgeois, les autorités de régulation ne disposent pas uniquement d'un pouvoir consultatif mais aussi réglementaire, ce qui va dans le sens d'une absence d'impartialité structurelle. Ainsi, il est possible de rejoindre la position du Professeur Jean-François Brisson qui estime que « la personne poursuivie peut légitimement craindre que le collègue (...) ne se sente lié personnellement ou institutionnellement par la réglementation qu'il a établie, et que ses membres renoncent de la sorte à examiner le bien-fondé des moyens de défense exposés devant eux »¹¹⁷⁷. Le législateur a par conséquent anticipé sur l'hypothétique application de la jurisprudence *Procola* dans le domaine de la régulation en réorganisant la procédure de la CRE, mais rien n'est fait en ce sens pour l'ARCEP. Par conséquent, loin d'avoir montré tous ses effets, la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par le juge européen ou français, risque encore de conditionner la légalité externe des décisions des ARI.

Ainsi, qu'il s'agisse du contrôle de la légalité externe en général ou du point spécifique de l'influence indirecte de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge contribue par sa jurisprudence à encadrer l'activité des régulateurs indépendants. De la même manière, le contrôle interne des actes des ARI contribue à leur encadrement, mais, par l'appréciation des motifs de faits, l'efficacité de ce contrôle dépend de l'intensité avec laquelle le juge exerce son office.

¹¹⁷⁵ C.E.D.H., 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, précité, § 45.

¹¹⁷⁶ En ce sens, Brisson J.-F. : « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation : les voies d'une juridictionnalisation », précité, p. 7 ; de même, Seban A. : « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », in *Rencontres petites affiches*, 6 février 2002, « Droit de la régulation : questions d'actualité » sous la direction scientifique de M.A. Frison-Roche, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n°110, p. 69.

¹¹⁷⁷ Brisson J.-F. : « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la CEDH », *A.J.D.A.*, 1999, p. 858.

C L'intensité du contrôle de la légalité interne

Si les directives communautaires imposent indirectement un recours juridictionnel contre les actes des ARI, elles ne mentionnent aucunement les pouvoirs du juge ni l'intensité de ce contrôle. Cependant, ce point est primordial pour l'évaluation de l'efficacité de l'encadrement juridictionnel de l'activité des régulateurs indépendants.

En France, l'étude des recours exercés contre les actes des ARI peut être envisagée suivant plusieurs points de vue. Elle peut être abordée en fonction de la juridiction saisie (Conseil d'Etat ou cour d'appel de Paris), selon le type de recours envisagé (recours en annulation ou de pleine juridiction), l'intensité du contrôle du juge (contrôle restreint ou contrôle entier) ou le type d'actes invoqués (les décisions de règlement des différends, les sanctions et les autres décisions invocables). C'est cette dernière solution qui a été choisie, non seulement parce qu'elle autorise une vision claire et linéaire des actes susceptibles de recours, mais aussi car elle fait apparaître la juridiction compétente pour connaître le contentieux (la juridiction judiciaire est compétente dans le domaine des décisions relatives au règlement des différends et le Conseil d'Etat contrôle l'ensemble des autres actes). Cependant, à travers cette organisation, c'est l'intensité du contrôle juridictionnel qui sera mis en valeur puisqu'elle fait ressortir l'efficacité plus ou moins grande des recours exercés contre les actes des ARI.

Le contrôle juridictionnel prend la forme d'une voie de recours en annulation contre les actes pris par les ARI, d'un contrôle de pleine juridiction sur le pouvoir de sanction et de règlement des différends détenu par ces entités et d'un contrôle des dommages causés par leur activité qui peut conduire à la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat en cas de faute lourde. Hormis le cas de la responsabilité, il résulte de l'étude du contrôle des décisions administratives en France que celui-ci varie en fonction de plusieurs paramètres, la compétence liée de l'administration ou l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, ainsi que la technicité de la matière dont le juge est saisi. Cependant, dans ce dernier cas, il n'apparaît pas justifiable que le juge se cache derrière la technicité de la matière pour ne pas exercer un contrôle entier. Il lui appartient, en effet, d'adapter ses connaissances à l'évolution technique, quitte à se spécialiser ou à demander aux autorités compétentes les moyens de mener à bien sa mission. L'étude suivante révèle néanmoins qu'une tendance se dégage, suivant en cela un

mouvement de fond¹¹⁷⁸, dans le sens d'une intensification du degré de contrôle. Le juge s'est adapté progressivement à la technicité du domaine de la régulation des réseaux pour encadrer efficacement l'activité des ARI.

1 Le recours en annulation contre les décisions des ARI devant le Conseil d'Etat

Les recours exercés contre les actes des ARI peuvent être décrits en fonction de l'intensité du contrôle du juge¹¹⁷⁹. Le juge, lors de son contrôle, s'interroge traditionnellement sur l'opération de rapprochement entre les faits et la condition légale (qualification juridique des faits¹¹⁸⁰) puis, quand il y a lieu, entre la mesure prise par l'autorité administrative et les faits de l'espèce (adéquation de la mesure aux faits¹¹⁸¹).

Certains actes sont soumis à un contrôle entier (ou contrôle normal). Toute erreur est, par conséquent, sanctionnée, qu'il s'agisse d'une opération de qualification juridique des faits ou de l'adéquation de la mesure aux faits. Le juge considère que l'action de l'administration est conditionnée ou qu'elle a une compétence liée en la matière. En effet, lorsqu'un texte subordonne l'exercice d'un pouvoir de l'ARI à l'existence de certaines conditions légales, ou « découvertes » par le juge en se fondant, par exemple, sur l'intention du législateur, l'acte est soumis à un contrôle normal¹¹⁸².

D'autres actes sont soumis à un contrôle restreint au cours duquel le juge ne sanctionne que l'erreur manifeste d'appréciation. Ainsi, au lieu de sanctionner toute erreur, il ne sanctionne que les erreurs grossières¹¹⁸³. Il s'agira par conséquent d'une erreur manifeste de qualification juridique des faits, et/ou d'une erreur manifeste dans l'adéquation de la mesure aux faits. Si le juge estime que son contrôle doit rester cantonné à celui de l'erreur manifeste d'appréciation, c'est, en premier lieu, car il considère que l'autorité administrative possède un pouvoir discrétionnaire sur la matière. Dans ce cas, l'administration a la possibilité de choisir entre deux ou plusieurs options, sans contrainte textuelle (ou si la

¹¹⁷⁸ En ce sens, Frier P.-L., Petit J., *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 815.

¹¹⁷⁹ Dans cette partie, seront qualifiés d'actes l'ensemble des décisions exceptées celles relatives à des sanctions, mesures conservatoires et règlement des différends, qui seront analysés ultérieurement.

¹¹⁸⁰ CE, 4 avril 1914, *Gomel*, n° 55125, Rec. p. 487, concl. Chardenet ; Hauriou M., *S.*, 1917, p. 25

¹¹⁸¹ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413, Rec. p. 541, concl. Michel, *D.*, 1933, p. 354

¹¹⁸² CE, 4 avril 1914, *Gomel*, précité.

¹¹⁸³ CE, Sect., 15 février 1961, *Lagrange*, n° 42259, Rec. p. 121, concl. Nicolay ; Galabert et Gentot, *A.J.D.A.*, 1961, p. 200.

contrainte textuelle est floue), ou jurisprudentielle, lui imposant de choisir telle solution dans un cas donné. En second lieu, le juge peut estimer que son contrôle doit se limiter à l'erreur manifeste d'appréciation dès lors que la matière est trop technique pour qu'il substitue son appréciation à celle de l'administration experte¹¹⁸⁴. Cependant, ces cas sont de moins en moins fréquents, comme le démontrent les décisions étudiées ci-dessous¹¹⁸⁵.

Le contrôle entier et le contrôle restreint sont exercés par la juridiction administrative française. Il est possible d'évoquer, à titre d'illustration, la décision du Conseil d'Etat du 29 décembre 2006¹¹⁸⁶ qui caractérise, sur une même requête, la variation d'intensité du contrôle du juge en fonction de la technicité de la matière et du pouvoir de l'administration. En l'espèce, la société UPC France demande au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir la décision de l'ARCEP du 27 septembre 2005, en tant qu'elle a déclaré pertinent le marché de gros de la terminaison d'appel géographique sur son réseau fixe, l'a désignée comme opérateur exerçant une influence significative sur le marché et lui a imposé, à ce titre, certaines des obligations prévues à l'article L. 38 du C.P.C.E.

Le Conseil d'Etat, observant les lignes directrices adoptées par la Commission européenne le 11 juillet 2002¹¹⁸⁷, qui donnent une définition précise d'un marché pertinent de produits et de services, et après avoir apprécié en détail la configuration du marché des prestations de terminaison d'appel, conclut que « l'ARCEP n'a pas fait une inexacte application des dispositions (...) du code des postes et communications électroniques ». De la même manière, en estimant que la société UPC France était le seul offreur sur ce marché et que ses acheteurs ne pouvaient notamment pas s'opposer à une hausse des tarifs, le Conseil

¹¹⁸⁴ CE, 19 novembre 1986, *Société Smanor*, n° 41852, Rec. p. 259, concl. Lasserre B., A.J.D.A. 1986, p. 715 ; Azibert M., Boisdeffre M., A.J.D.A. 1986, p. 681 ; CE, Ass., 18 avril 1986, *Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion*, n° 75040, Rec. p. 97, concl. Dutheillet de Lamothe, R.D.P., 1986, p. 847 ; Delvolvé P., R.F.D.A., 1987, p. 2 ; Guibal M., J.C.P. G., 1986 II 20617 ; Llorens F., D., 1987, jurisprudence, p. 100 ; Moderne F., R.F.D.A., 1987, p. 11 ; CE, 19 janvier 1990, *Association « La télé est à nous »*, n° 84878, Rec. p. 9, concl. Frydman P. ; Boyer A., R.R.J., 1991, p. 889. Pierre Alain Jeanneney considère, pour caractériser le contrôle restreint sur les décisions de règlement des décisions de règlement de différends, que « 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 », Jeanneney P.-A. : « Le régulateur producteur de droit », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : « Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation », Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 49.

¹¹⁸⁵ En ce sens, la doctrine estime « le fait que la technicité n'est plus un obstacle dirimant à l'intervention du juge et à l'effectivité de son contrôle, parce que ce serait sous-estimer les juges de penser qu'ils ne peuvent pas s'approprier suffisamment la technicité d'un certain nombre de matières pour porter un jugement éclairé », propos de Me Frédérique Dupuis-Toubol, cités par Marimbert J. : « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », Forum de la régulation du 15 octobre 2001, L.P.A. n°17 du 23 janvier 2003, p. 43.

¹¹⁸⁶ CE, 29 décembre 2006, *Société UPC France*, précité.

¹¹⁸⁷ Lignes directrices de la Commission européenne du 11 juillet 2002 sur l'analyse des marchés et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (J.O.C.E. n° C 165 du 11 juillet 2002, p. 6).

d'Etat déduit que l'ARCEP a fait une exacte application des articles L. 37-1 et L. 38 du C.P.C.E. en décidant que la société en cause exerçait une influence significative sur le marché. Le juge administratif a donc exercé, sur ces deux questions, un contrôle entier de la qualification juridique des faits, dans la mesure où il disposait de références textuelles et factuelles nécessaires pour le mener à bien.

Au contraire, dans le même cas d'espèce, le juge n'exerce qu'un contrôle restreint sur le choix de l'A.R.T. concernant l'obligation (ne pas pratiquer de tarifs excessifs sur l'ensemble du marché visé) qu'elle entend imposer à l'opérateur exerçant une influence significative sur le marché. Il en est ainsi puisque l'article L. 38 C.P.C.E. dispose d'un large éventail de mesures qui peuvent être imposées à ce type d'opérateurs. Cette possibilité, laissée au régulateur, de choisir une ou plusieurs mesures lui donne un pouvoir qu'il doit exercer en prenant en compte les objectifs de la loi ainsi que l'ouverture du marché. Dès lors, il est difficile de déterminer quel a été le motif premier du juge lorsqu'il a décidé de ne sanctionner que l'erreur manifeste de la qualification juridique des faits. En effet, il a pu, d'une part, considérer qu'il n'était pas techniquement le mieux placé pour évaluer quelles étaient les mesures les plus efficaces et proportionnées pour réaliser ces objectifs. D'autre part, il a pu estimer que le large éventail de mesures proposées par le législateur laissait au régulateur un pouvoir discrétionnaire qu'il convenait de ne contrôler que par le biais de l'erreur manifeste d'appréciation.

D'autres matières peuvent être soumises à un contrôle restreint, mais les justifications sont cette fois juridiquement incontestables. En effet, il résulte par exemple de la jurisprudence *Société Cooper Communication* du 28 juillet 2000¹¹⁸⁸, que le Conseil d'Etat n'exerce, contre une décision de l'ARI de rejeter une demande de sanction initiée par un tiers, qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Dans cette affaire, France Télécom avait initié une procédure de résiliation de deux contrats conclus avec la société en question. Celle-ci a saisi l'A.R.T. d'une demande tendant à ce que l'opérateur historique soit sanctionné sur le fondement de l'article L. 36-11 du C.P.C.E. pour manquement à ses obligations de neutralité et de confidentialité. L'A.R.T. a rejeté la demande de la société Cooper Communication au motif que France Télécom n'avait pas commis de manquement à ses obligations législatives ou réglementaires. Saisi de cette affaire, le Conseil d'Etat rejette le pourvoi de la société en estimant que l'autorité de régulation n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. En exerçant ce contrôle restreint, le juge administratif reste dans la continuité de sa jurisprudence

¹¹⁸⁸ CE, 28 juillet 2000, *Société Cooper Communication*, précité

antérieure¹¹⁸⁹ et fait une lecture appropriée de l'article L. 36-11 du C.P.C.E. En effet, celui-ci dispose que l'autorité « peut (...) sanctionner ». Dès lors, l'autorité détient un pouvoir d'appréciation quant aux suites à donner à une saisine sur le fondement de cet article. Il s'agit d'une application traditionnelle du principe pénal de l'opportunité des poursuites qui implique un pouvoir discrétionnaire de l'administration et ne relève par conséquent que d'un contrôle restreint de la part du juge¹¹⁹⁰. Cependant, il est possible d'objecter que si les autorités ont une marge d'appréciation sur la décision de poursuivre, elles ne l'ont peut-être pas sur les conditions de la décision. L'argument ne tient pas face à la généralité de la rédaction de l'article L. 36-11 du C.P.C.E. Ceci, d'autant plus que le Conseil d'Etat a récemment justifié un tel contrôle restreint sur la décision de mise en oeuvre de la procédure de sanction en expliquant longuement quels en étaient les motifs¹¹⁹¹.

Néanmoins, les cas de contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sont relativement circonscrits. En effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat démontre que celui-ci ne s'arrête que très rarement à la technicité de l'affaire pour justifier un contrôle restreint. Fort de son expérience croissante dans les domaines économiques, il tend à intensifier son contrôle quitte à avoir recours à une instruction approfondie, une approche comparative du cas, ou à des

¹¹⁸⁹ Voir par exemple le contrôle restreint du refus du C.S.A. de sanctionner, CE, 6 avril 1998, *Union syndicale de la production audiovisuelle*, n° 178445 et n° 173291, inédits au recueil, concl. Chavaux D., *A.J.D.A.*, 1998, p. 729. CE, 30 décembre 2002, *Mme de Rimonteil de Lombares*, n° 240635, Rec. p. 490, concl. Guyomar M., *L.P.A.*, 24 mars 2003, p. 7 ; Blanc P., « La régulation en liberté surveillée », *A.J.D.A.*, 2003, p. 902.

¹¹⁹⁰ La lecture de l'article L 36-11 du C.P.C.E. implique le même type de contrôle sur la décision, préalable à la sanction, de mettre en demeure l'opérateur en infraction. En ce sens, Luben I. : « Le pouvoir de sanction de l'autorité de régulation des télécommunications », *A.J.D.A.*, numéro spécial, 2001, p. 125 ; sur le contrôle restreint du refus du C.S.A. de mettre en demeure (acte faisant grief), CE, 23 avril 1997, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques et autres*, n° 131688, Rec. p. 163, concl. Péresse V. ; Putman E., *J.C.P. G.* 04/06/1997, p. 267.

¹¹⁹¹ Considérant n° 2 de CE, Sect., 30 novembre 2007, *M. T. et autres*, n° 293952, sera publié au recueil, concl. Olléon ; *J.C.P. E.*, 13/12/2007, p. 14 : « Il appartient à une autorité administrative indépendante qui dispose en vertu de la loi d'un pouvoir de sanction qu'elle exerce de sa propre initiative et dont l'objet ne se borne pas à punir certains comportements mais consiste, eu égard notamment à la nature des mesures susceptibles d'être prononcées, à assurer la sécurité d'un marché, de décider, lorsqu'elle est saisie par un tiers de faits de nature à motiver la mise en œuvre de ce pouvoir, et après avoir procédé à leur examen, des suites à donner à la plainte ; qu'elle dispose, à cet effet, d'un large pouvoir d'appréciation et peut tenir compte de la gravité des manquements allégués au regard de la législation ou de la réglementation qu'elle est chargée de faire appliquer, du sérieux des indices relatifs à ces faits, de la date à laquelle ils ont été commis, du contexte dans lequel ils l'ont été et, plus généralement, de l'ensemble des intérêts généraux dont elle a la charge ; que la décision qu'elle prend, lorsqu'elle refuse de donner suite à la plainte, a le caractère d'une décision administrative qui peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir ; que les personnes qui interviennent sur le marché soumis au contrôle de l'autorité justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour contester cette décision ; qu'il appartient au juge de censurer celle-ci en cas d'erreur de fait ou de droit, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir »

mesures d'instruction peu courantes (expertises techniques¹¹⁹² ou enquête sur le fondement des articles R. 623-1 à 623-8 du C.J.A.¹¹⁹³).

Ainsi, dans une affaire à retentissement, le Conseil d'Etat, exerce un contrôle entier et, annulant une décision de l'A.R.T., lui adresse une injonction de faire dans un sens déterminé puisqu'il estime que l'autorité avait une compétence liée¹¹⁹⁴. Pour statuer sur cette affaire, qui exigeait de délicates appréciations d'ordre technique et économique, le Conseil d'Etat a tenu à mener une instruction approfondie et « ne s'est pas abstenu de juger au prétexte d'une trop grande technicité »¹¹⁹⁵. En l'espèce, les sociétés requérantes ont demandé à l'A.R.T. de modifier le plan de numérotation, afin que le numéro « 12 » ne puisse plus être utilisé comme numéro d'accès aux services de renseignements et que toutes les sociétés proposant des services de renseignements téléphoniques se voient attribuer un même format de numérotation. L'A.R.T. ayant refusé d'accéder à leur demande, elles ont saisi le Conseil d'Etat d'un recours pour excès de pouvoir contre cette décision implicite de rejet, invoquant notamment la méconnaissance des dispositions du paragraphe II de l'article L. 32-1 du C.P.T. aux termes duquel « (...) l'Autorité de régulation des télécommunications [veille] (...) à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de télécommunications ».

Le Conseil d'Etat a ordonné une instruction approfondie et une enquête permettant de résoudre trois questions : « existe-t-il entre les opérateurs de réseau et les fournisseurs de services une différence de situation qui justifie la différence de traitement dont ils sont l'objet ? Les uns et les autres interviennent-ils sur un même marché du renseignement téléphonique ? Dans l'affirmative, la situation qui résulte du plan national de numérotation entraîne-t-elle des distorsions de concurrence ? »¹¹⁹⁶. Au terme de cette analyse, le Conseil d'Etat estime qu'« en refusant d'attribuer un même format de numérotation aux services de renseignements téléphoniques offerts par les exploitants de réseaux de télécommunications et à ceux offerts par les autres opérateurs, l'Autorité de régulation des télécommunications a

¹¹⁹² Le recours à l'expertise technique est désormais fréquemment utilisé, voir considérant n° 14 de CE, 23 avril 2003, *France Télécom*, n° 233063, Rec. p. 175, concl. Prada Bordenave E. ; *Revue Juridique de l'Economie*, 2005, p. 98.

¹¹⁹³ Articles R. 623-1 à R. 623-8 C.J.A. ; Voir sur ce point, CE, Sect., 25 juin 2004, *Société Scoot France, Société Fonecta*, n° 249300, Rec. p. 274, concl. Prada Bordenave E. ; Bazex M. et Blazy S., *D.A.*, août-sept. 2004, p. 31 ; Landais C., Lenica F., *A.J.D.A.*, 2004, p. 1702 ; S.V.C., *C.J.E.G.*, n° 618, mars 2005, p. 98. Le pouvoir d'ordonner une enquête a été très rarement utilisé au XXème siècle. Pour une application récente, voir CE, 16 février 2001, Centre du Château de Gléteins, n°220118 et 220153, Rec. p. 71, concl. Boissard ; Rousselle P., Berthoud J., Benoît L., *A.J.D.A.*, 2001, p. 291.

¹¹⁹⁴ CE, 25 juin 2004, *Société Scoot France, Société Fonecta*, précité.

¹¹⁹⁵ *C.J.E.G.*, n° 618, mars 2005, p. 104.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 102.

laissé subsister une discrimination non justifiée entre ces opérateurs »¹¹⁹⁷. Il évoque ensuite les solutions alternatives résultant de l'enquête mais aussi « le contenu des mémoires produits après la séance d'enquête [qui] s'en est trouvé sensiblement amélioré » et estime qu'« il ressort des débats oraux auxquels a donné lieu l'enquête ainsi que des mémoires échangés entre les parties que le partage du “12” entre tous les opérateurs (...) ne serait pas de nature à lever les obstacles ainsi créés au libre jeu de la concurrence ».

Par conséquent, suite au contrôle entier que le Conseil d'Etat a pris la peine de mener sur un terrain très technique, la décision implicite par laquelle l'A.R.T. a rejeté les demandes des deux sociétés est annulée. Mais, le juge administratif considère aussi que « l'annulation des décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications implique nécessairement (...) que celle-ci attribue des numéros de même format à tous les opérateurs offrant des services de renseignements téléphoniques ». Ainsi, estimant après ces investigations que l'A.R.T. avait compétence liée, et profitant des pouvoirs dont il dispose depuis la loi du 8 février 1995¹¹⁹⁸, le Conseil d'Etat enjoint à l'ARI de définir, dans le délai de six mois, les conditions de l'attribution de numéros d'un même format à tous les opérateurs. Le juge ne s'est donc pas arrêté à la technicité du secteur pour résoudre cette affaire dont l'impact concurrentiel et les retombées économiques sont décisifs pour l'ouverture du marché des communications électroniques.

Si le contrôle du Conseil d'Etat est approfondi dans la mesure où il dispose des moyens pour l'exercer, il n'en reste pas moins qu'il adapte ses décisions aux spécificités du secteur. Après avoir exercé un contrôle des motifs de l'acte et relevé une erreur de droit sur un domaine très technique dans sa décision du 25 février 2005, la juridiction administrative module les effets de sa décision dans le temps¹¹⁹⁹. Dans cette affaire, par une décision du 31 octobre 2000, l'A.R.T. avait publié la nomenclature et la méthode de calcul des coûts incrémentaux de long terme sur le fondement de l'article D 99-24 du C.P.T. Le 16 juillet 2001, France Télécom lui a fait parvenir son offre de référence. Par décision du 16 avril 2002, l'A.R.T. a modifié la méthode précédemment publiée pour l'adapter à l'évolution du marché et a enjoint France Télécom de modifier son offre de référence. L'opérateur a demandé, par

¹¹⁹⁷ CE, 25 juin 2004, *Société Scoot France, Société Fonecta*, précité, considérant n° 7.

¹¹⁹⁸ Loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (J.O.R.F., n° 34, du 9 février 1995, p. 2175), article L 911-1 C.J.A. : « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution ».

¹¹⁹⁹ CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, précité.

conséquent, l'annulation de l'injonction au Conseil d'Etat, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Ce dernier a considéré que l'A.R.T. avait commis une erreur de droit en n'ayant pas respecté les règles de calcul fixées dans sa méthode définie et publiée le 31 octobre 2000. Cependant, le Conseil d'Etat apprécie, comme il l'avait fait dans une précédente décision¹²⁰⁰, que « s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produit et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif (...) de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ». Le Conseil d'Etat a pu, dès lors, déroger à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et décider que l'annulation ne prendrait effet qu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la date de notification à l'A.R.T. de la décision. Le juge administratif, par cette formule, évite toute rupture dans l'application du régime tarifaire puisque le régulateur indépendant s'était préalablement engagé à prendre une nouvelle décision sur l'offre de référence proposée par France Télécom. L'annulation contentieuse n'a finalement eu que la conséquence d'une abrogation. Le Conseil d'Etat s'inscrit dans la continuité des « transformations contemporaines de l'office du juge de la légalité [qui] ont progressivement façonné un "nouveau" recours pour excès de pouvoir, dont les caractéristiques actuelles en font une voie de recours idoine en vue du traitement juridictionnel des litiges économiques *lato sensu* »¹²⁰¹. Le recours de pleine juridiction, comme celui de l'annulation, s'inscrit dans un schéma d'intensification croissante du contrôle. Cependant, subsistent des situations dans lesquelles le juge ne peut qu'exercer un contrôle restreint.

¹²⁰⁰ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association « AC ! »*, n° 255886, Rec. p. 197, concl. Devys C., Rec. p. 202 ; Bigot J, « La rétroactivité de l'annulation d'un acte administratif peut être modulée dans le temps et peut avoir des incidences sur les assurances de responsabilité obligatoires », *J.C.P. A.*, 2004, p. 1662 ; Crouzatier-Durand F., « Le pouvoir d'annulation du juge administratif : brèves réflexions sur la rétroactivité », *L.P.A.*, 4 février 2005, p. 6 ; Dubos O. et Melleray F., « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *D.A.*, 1^{er} août 2004, p. 8 ; Guez J, « Portée et limites du pouvoir jurisprudentiel de modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses », *L.P.A.*, 5 août 2005, p. 7 ; Landais C., Lenica F., *A.J.D.A.*, 2004, p. 1183 ; Lombard M., *D.A.*, juillet 2004, p. 26 ; Met-Domestici A., « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir par le juge administratif », *R.R.J.*, 2005/2, p. 821 ; Saulnier-Cassia E., « Le Conseil d'Etat fait une application extensive et clarificatrice de sa décision *Association AC !* », *J.C.P. A.*, 2005, p. 632. Voir aussi en droit communautaire, Le Mire P. : « La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes », in *Droit administratif*, mélanges René Chapus, Montchrestien, 1992, p. 367.

¹²⁰¹ *R.L.C.*, n° 3, mai-juillet 2005, p. 113.

2 Le recours de pleine juridiction en matière de sanction et de règlement des différends

Le recours de pleine juridiction autorise le juge, non seulement à annuler les décisions administratives, mais aussi à les remplacer par celles qu'il estime justifiées. Ce faisant, il est nécessairement amené à réaliser une opération intellectuelle qui le pousse à étendre son contrôle sur la qualification juridique des faits mais aussi sur l'adéquation de la mesure aux faits.

En premier lieu, le juge doit vérifier que la qualification des faits est correcte, c'est-à-dire que les faits correspondent bien à la condition légale. Sur ce point, il peut opter, suivant l'existence d'un pouvoir discrétionnaire ou la technicité de la matière, pour un contrôle restreint ou à défaut un contrôle entier. Le domaine des sanctions relève plutôt du domaine de compétence liée, cependant, il arrive quand même que le juge n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la qualification juridique des faits¹²⁰². Au contraire, dans le domaine du règlement des différends, le juge peut, suivant son appréciation des pouvoirs de l'administration, se livrer à un contrôle restreint ou à un contrôle entier.

En second lieu, le juge est tenu d'apprécier l'adéquation de la mesure aux faits¹²⁰³. Mais cette analyse faite par lui peut théoriquement donner lieu, comme précédemment, à un contrôle restreint ou à un contrôle entier¹²⁰⁴. Cependant, dans le domaine des mesures répressives, la juridiction saisie vérifie que l'ARI a bien édicté une sanction proportionnée (contrôle de proportionnalité), comme le lui impose le législateur sous l'influence croisée du juge constitutionnel et européen¹²⁰⁵. Le contrôle de proportionnalité, véritable

¹²⁰² Voir par exemple, dans le domaine du contentieux des étrangers, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la qualification juridique des faits suivi d'un contrôle de proportionnalité sur l'adéquation de la mesure aux faits : CE, Sect., 28 juillet 2000, *Préfet de Police c. Diagola*, n° 210367, Rec. p. 340, concl. Fombeur P., *R.F.D.A.*, 2001, p. 1021 ; Guettier C, *R.D.P.*, 2001, p. 390.

¹²⁰³ « Il ne saurait en aller autrement en matière de pleine juridiction, en vertu même du pouvoir de substitution dont il jouit, qui suppose nécessairement l'appréciation la plus large des faits. Pour être en mesure de prendre une décision appropriée, susceptible de remplacer celle de l'administration, le juge doit en effet bénéficier des mêmes conditions d'appréciation que cette dernière, et par conséquent exercer un contrôle aussi étendu que possible sur les faits à partir desquels la décision qui lui est soumise a pu être dictée », in Bailleul D., *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, thèse, Bibliothèque de droit public, tome 220, L.G.D.J., 2002, p. 70.

¹²⁰⁴ Voir : CE, 9 juin 1978, *Lebon*, n° 05911, Rec., p. 245, concl. Genevois B., *A.J.D.A.*, 1978, p. 573 ; Auby J.-M., *R.D.P.*, 1979, p. 227 ; Delvolvé P., *D.*, 1978, I.R., p. 361 ; Moderne F., *R.A.*, 1978 : l'administration n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dans le choix d'une certaine sanction au regard de la gravité de la faute reprochée : « en prononçant, à raison de ces faits, la sanction de la mise à la retraite d'office du sieur Lebon, le recteur s'est livré à une appréciation qui n'est pas entachée d'erreur manifeste ».

¹²⁰⁵ La mention « en fonction de la gravité du manquement » ou « le montant est proportionné à la gravité du manquement » est présente dans le domaine postal, article L 5-3 C.P.C.E. ; dans le domaines des

« technique »¹²⁰⁶ de contrôle visant à apprécier strictement si la sanction n'est pas disproportionnée par rapport aux agissements réprimandés, implique que l'évaluation de l'adéquation de la mesure aux faits dans le domaine des sanctions devient un contrôle entier voire « maximal »¹²⁰⁷. En revanche, lorsqu'il est saisi d'une décision de règlement de différend, le juge judiciaire reste libre de l'intensité de son contrôle.

- Le recours de pleine juridiction contre les sanctions devant le Conseil d'Etat

Le juge administratif dispose ainsi d'une compétence de pleine juridiction pour connaître des sanctions édictées par les autorités de régulation françaises, dans le domaine des postes, des communications électroniques et de l'énergie¹²⁰⁸. Comme le souligne Roland Drago, « les sanctions administratives qui, depuis toujours, étaient soumises au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, font désormais, par le vœu de la loi, l'objet de recours de pleine juridiction »¹²⁰⁹. Le Conseil Constitutionnel a validé le recours de pleine juridiction dans le domaine des sanctions, mais si une partie des auteurs semble considérer l'existence d'un tel recours comme une condition même de la constitutionnalité de ces sanctions si elles sont prononcées par des autorités indépendantes, l'opinion est controversée¹²¹⁰. En effet, dans sa décision du 17 janvier 1989, il précise simplement que « (...) toute décision infligeant une

communications électroniques, article L 36-11 C.P.C.E. ; pour l'énergie, article 40, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée. La Cour européenne des droits de l'homme impose aussi le respect du principe de proportionnalité, C.E.D.H., 28 mai 1993, *Brannigan c. Mc Bride*, A-258B ; voir aussi Renucci J.-F., *Droit européen des droits de l'Homme*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2001, p. 436. Le Conseil constitutionnel exige aussi le respect du principe de proportionnalité de la sanction : Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée, considérant n° 30 : « le montant de la sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement par le service autorisé ».

¹²⁰⁶ Le contrôle de proportionnalité est une technique de contrôle, à la différence du contrôle restreint ou entier qui sont des degrés d'intensité du contrôle. Cependant, la technique du contrôle de proportionnalité, tout comme la théorie du bilan, implique le plus souvent un contrôle entier, mais ce n'est pas obligatoire, par exemple : CE, Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet d'autoroute transchablaisienne*, n° 170856, Rec. p. 120, concl. Denis-Linton M., *R.F.D.A.*, 1997, p. 739 ; Chrestia P., *A.J.D.A.*, 1997, p. 545 ; Guillenchmidt M., *Gaz. Pal.*, 24/06/1998, p. 7 ; Rouvillois F., *R.F.D.A.*, 1997, p. 748 ; Waline J., *R.D.P.*, 1997, p. 1433.

¹²⁰⁷ Fromont M. : « Le principe de proportionnalité », *A.J.D.A.*, 1995, hors série, p. 156.

¹²⁰⁸ Dans le domaine postal, article L 5-3 C.P.C.E. ; dans le domaines des communications électroniques, article L 36-11 C.P.C.E. (il en est de même pour les mesures conservatoires relatives aux sanction édictées par l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques. La possibilité pour l'ARCEP d'édicter des mesures conservatoires trouve son origine dans loi de 2004 (loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004, relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (J.O.R.F., n° 159, du 10 juillet 2004, p. 12483)), mais elle n'a, pour l'instant jamais connu d'utilisation) ; pour l'énergie, article 40, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée.

¹²⁰⁹ Drago R. : « Le contentieux de pleine juridiction au début du XXIème siècle », in *Service public, services publics*, Etudes en l'honneur de Pierre Sandevor, L'Harmattan, 2000, p. 11.

¹²¹⁰ Valérie Arekian considère en effet que, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil semble considérer que le recours de pleine juridiction est une condition de la constitutionnalité du pouvoir de sanctions des A.A.I., in Arekian V., *Recherches sur la notion de régulation en droit public français le cas des services publics en réseaux*, thèse Lille II, 2003, dactyl., p. 415. Pour une vue contraire : Oderzo J.C., *Les autorités administratives indépendantes et la Constitution*, thèse, 2000, Aix-Marseille, p. 466.

sanction peut faire l'objet devant le Conseil d'Etat d'un recours de pleine juridiction »¹²¹¹. Dès lors, vu la formulation de ce considérant, replacé dans son contexte, tout au plus pourrait-on avancer que le recours de pleine juridiction est une des conditions de la constitutionnalité des sanctions, sans savoir si son absence suffit pour déclarer la loi inconstitutionnelle.

Dans le domaine évoqué, le faible nombre de sanctions édictées par les régulateurs indépendants français (une dizaine pour l'ARCEP¹²¹² et une pour la CRE¹²¹³) ainsi que la procédure de mise en demeure préalable explique que, pour l'instant, aucune censure de la part du Conseil d'Etat n'ait été prononcée¹²¹⁴.

Néanmoins, en supposant que celui-ci soit amené à accepter une requête fondée sur la disproportion de la sanction édictée par une ARI, il le fera en exerçant un contrôle entier de l'adéquation de la mesure aux faits¹²¹⁵ et, s'il estime que la sanction est disproportionnée, il substituera à cette décision celle qui lui paraît la plus appropriée. Il procède ainsi dans le domaine des sanctions édictées par les autorités administratives indépendantes depuis un arrêt d'Assemblée en date du 11 mars 1994, *Société anonyme La Cinq*¹²¹⁶. Dans cette affaire, le C.S.A. avait condamné la société à verser au Trésor la somme de cinq millions de francs suite à la diffusion de deux oeuvres au motif que celles-ci contenaient des scènes de violence et de perversion sexuelle. Le Conseil d'Etat, invité en ce sens par son Commissaire de gouvernement Patrick Frydman, a exercé un contrôle de proportionnalité en ces termes : « considérant qu'eu égard à la gravité de son manquement et aux avantages que la société en a retirés, il sera fait une juste appréciation du montant de la sanction pécuniaire encourue par la société La Cinq du seul chef de la diffusion du film "Les voix de la nuit" en la fixant à 3 millions de francs ». Par conséquent, le Conseil d'Etat a exercé un contrôle de l'adéquation de

¹²¹¹ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précité, considérant n° 31.

¹²¹² En ce sens, Retailleau B. : « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, 2006-2007, n° 350, p. 28

¹²¹³ Voir la sanction à l'encontre de la S.N.E.T., in Tuot T. : « Il n'y aura pas de marché ouvert sans régulateur », *L.P.A.*, 23 octobre 2002, n° 212, p. 9.

¹²¹⁴ Le juge des référés n'a prononcé qu'une ordonnance de rejet dans le cadre d'un référé suspension contre une sanction sur le fondement de l'absence de moyen de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision : CE, Ord., 17 mars 2006, *Société Renseignement téléphonique français*, n° 289403, inédit au recueil.

¹²¹⁵ Pierre Delvolvé estime que, dans le domaine des sanctions, le législateur a exigé un recours de pleine juridiction qui implique par conséquent un contrôle maximum, dans la mesure où le juge peut se substituer au régulateur (Delvolvé P. : « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », précité, p. 27.). Cependant, l'étude des jurisprudences de l'ordre judiciaire sur le règlement des différends démontre qu'il reste toujours des cas de compétence discrétionnaire de l'ARI, sur lesquels le juge n'exerce qu'un contrôle restreint. Il ne réformera d'ailleurs pas la décision alors qu'il en a le pouvoir mais renverra l'affaire devant le régulateur pour une seconde délibération (voir *infra* p. 531 et s.). Dès lors, l'affirmation de Pierre Delvolvé est certaine, mais ne s'applique qu'au domaine des sanctions.

¹²¹⁶ CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, n° 115052, Rec. p. 117, concl. Frydman P., *R.F.D.A.*, 1994, p. 429 ; Maugüe C., Touvet L., *A.J.D.A.*, 1994, p. 370 ; Rouault M.-C., « Deux juges, une sanction, une réserve d'interprétation et une mise en demeure », *J.C.P. G.*, 1994, p. 432.

la mesure aux faits et considéré que la sanction du C.S.A. était disproportionnée. Il substitue sa propre appréciation du montant de la sanction en mettant en oeuvre son pouvoir de réformation¹²¹⁷.

La compétence de pleine juridiction dont dispose le juge administratif dans le domaine des sanctions édictées par les ARI se retrouve aussi, mais cette fois entre les mains du juge judiciaire, dans le domaine du contrôle des décisions de règlement des différends.

- Le recours de pleine juridiction contre les décisions de règlement des différends devant la cour d'appel de Paris

La cour d'appel de Paris, compétente pour connaître du contentieux relatif aux décisions de règlement des différends rendues par les ARI¹²¹⁸, exerce son recours selon les mêmes modalités que le juge administratif¹²¹⁹. En effet, elle dispose, dans le cadre du bloc de compétences dont elle bénéficie, d'une compétence de pleine juridiction. Elle peut donc apprécier la qualification juridique des faits et, si elle s'estime en mesure de prendre la décision en lieu et place du régulateur, elle peut réformer celle-ci.

Cependant, la compétence de pleine juridiction n'implique pas toujours un contrôle entier de la qualification juridique. En effet, si le domaine des sanctions se prête parfaitement à un contrôle entier, les décisions de règlement des différends font parfois référence à des textes qui laissent une certaine marge de manoeuvre aux autorités indépendantes de régulation.

Il en est ainsi, par exemple, dans la décision du 28 mai 2002 de la cour d'appel de Paris¹²²⁰. Free Télécom avait saisi l'A.R.T. d'un différend l'opposant à l'opérateur historique au sujet de la fixation du tarif pour le client de l'accès à internet par le réseau téléphonique.

¹²¹⁷ Pour une application pratique du pouvoir de réformation sur les sanctions à propos du Conseil des marchés financiers, voir : CE, 13 juillet 2006, Dokhan, n° 259231, Rec. p. 339, concl. Guyomar M., *Bulletin Joly Bourse et produits financiers*, n°6, 1^{er} novembre 2006, p. 743 ; Bonneau T., *Droit des sociétés*, n°12, 1^{er} décembre 2006, p.25-26, comm. n°189 ; De Vauplane H., *Banque et Droit*, n°109, 1^{er} septembre 2006, p. 52.

¹²¹⁸ Dans le domaine postal et des communications électroniques, resp., articles L 5-6 et 36-8 C.P.C.E. ; dans le domaine énergétique, article 38, loi n° 2000-108, du 10 février 2000 modifiée, précitée.

¹²¹⁹ « Lorsqu'il statue sur ces sanctions administratives, il est conduit à mettre en oeuvre des règles de droit public, de procédure et de fond, s'inspirant alors de la démarche du juge administratif », in Ribs J., Schwartz R. : « L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes », *Gaz. Pal.*, 29 juillet 2000, n° 211, p. 3 ; voir aussi, Delvolvé P. : « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 47 ; Drago R. : « Le juge judiciaire, juge administratif », *R.F.D.A.*, 1990, p. 757.

¹²²⁰ CA Paris, 28 mai 2002, *France Télécom c/ Free Télécom*, précité.

Mécontente de la décision de l'ARI, France Télécom a exercé un recours contre la décision du 7 novembre 2001. La cour d'appel de Paris, a rejeté une partie des moyens invoqués par cette dernière au motif que : « les énonciations de la décision attaquée ne comportent pas d'erreur manifeste d'appréciation puisque le nouveau tarif déterminé par l'Autorité pour Free Télécom est sans incidence sur la nature des prestations incombant à France Télécom ou sur le niveau de sa propre rémunération »¹²²¹.

Cependant, l'exercice, en l'espèce, d'un contrôle restreint de la part de la juridiction judiciaire reste un cas relativement isolé. En effet, à titre d'illustration, dans l'affaire *Sinerg*¹²²², la cour d'appel de Paris exerce un contrôle entier de la qualification juridique des faits et substitue sa propre appréciation sur le point de la rencontre des consentements¹²²³. L'arrêt a fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation, et celle-ci, exerçant un contrôle restreint sur l'appréciation du juge du fond, a confirmé son jugement¹²²⁴.

Rares aussi sont les décisions du juge judiciaire qui font apparaître la mise en oeuvre de son pouvoir de réformation. Dans le domaine énergétique, il semble que seul l'arrêt *Cerestar*, du 25 janvier 2005¹²²⁵, ait requis, de la part de la cour d'appel de Paris, l'utilisation de son pouvoir de substitution. Ce pouvoir peut éventuellement poser problème eu égard à l'indépendance des ARI¹²²⁶. En effet, si leurs décisions peuvent être réformées, cela pourrait vouloir dire que le juge devient régulateur à la place du régulateur¹²²⁷. Cependant, en principe,

¹²²¹ *Ibid.*, considérant n° 10.

¹²²² CA Paris, 24 février 2004, *EDF c/ Société Sinerg*, précité.

¹²²³ En ce sens, Frison-Roche M.-A. : « Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur (les enseignements du cas *Sinerg*) », *R.L.C.*, n° 3, mai-juillet 2005, p. 110.

¹²²⁴ Cass. Com., 22 février 2005, *Sinerg c/ EDF*, n° Y 04-12618, Bulletin 2005 IV n° 31 p. 35 ; Frison-Roche M.-A., « Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur (les enseignements du cas *Sinerg*) », *R.L.C.*, 2005, n° 3, p. 107 ; Jeanneney P.-A., « La Cour de cassation refuse d'entendre les observations de la Commission de régulation de l'énergie », *D.*, 2005, p. 1835 ; Richer L., *A.J.D.A.*, 13 juin 2005, p. 1218.

¹²²⁵ CA Paris, 25 janvier 2005, *Cerestar France c/ EDF*, précité. Voir aussi, dans le domaine des communications électroniques, l'affaire opposant Iliad à France Télécom qui témoigne de la mise en oeuvre du pouvoir de réformation des décisions de l'A.R.T., sans pour autant remettre en cause l'arbitrage de l'A.R.T. : CA Paris, 6 avril 2004, *France Télécom c/ Société Iliad*, précité.

¹²²⁶ Il est possible de considérer que le pouvoir de réformation implique une intrusion du juge dans le domaine de la régulation qui va au-delà du principe même de légalité. Il serait dès lors porté une atteinte à l'indépendance du régulateur qui n'aurait plus à reprendre en considération sa décision mais se verrait soumis à celle de la juridiction compétente. Cette idée soulève un problème important qui est la capacité technique du juge de substituer sa décision à celle de l'ARI. Les juges eux-mêmes ne se risquent pas à y répondre. Ainsi, Guy Canivet se demande si le juge est « apte à comprendre le contexte du secteur, les enjeux du litige, les paramètres à examiner, la portée de la solution (...) » (Canivet G. : « Régulateurs et juges, conclusions générales », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », précité, p. 54).

¹²²⁷ Sur ce point, voir la littérature abondante : Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », précité, p. 6, 24, 54 ; Tuot T. : « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes? Les organismes de régulation économique », *A.J.D.A.*, n° spécial, « Les sanctions administratives », 2001, p. 135. Sur les limites du pouvoir de réformation des actes des instances de régulation indépendantes, Arekian V., *Recherches sur la notion de régulation en droit public français le cas des services publics en réseaux*, précité, p. 432.

le juge substitue sa décision à celle de l'autorité administrative lorsque la solution s'impose d'elle-même. Dès lors, le juge, par précaution dans la mise en oeuvre de son pouvoir, est le seul capable d'éviter une telle critique¹²²⁸. En ce sens, il faut mentionner la retenue de la juridiction judiciaire qui, en annulant la décision de la CRE du 27 septembre 2005, ne s'estime pas pour autant en mesure de régler le litige au fond et renvoie l'affaire devant la Commission pour une nouvelle délibération¹²²⁹.

Le reste de la jurisprudence disponible révèle que le juge confirme fréquemment les positions du régulateur indépendant. En effet, mis à part l'affaire *SIPPEREC*, dans laquelle le juge annule la décision de la CRE du 5 octobre 2006¹²³⁰, les jurisprudences de la cour d'appel de Paris témoignent d'une communauté de vues entre le juge judiciaire et le régulateur indépendant dans la mesure où il s'agit majoritairement d'arrêts de rejet¹²³¹.

Dès lors, il résulte de l'étude du contrôle juridictionnel des actes des ARI, que le juge tend à exercer principalement un contrôle entier de la qualification juridique mais aussi de l'adéquation de la mesure aux faits. Cet élément met en avant l'intérêt du contrôle juridictionnel mais aussi son efficacité qui va en s'améliorant. Cependant, en fonction du cas, il exerce aussi parfois un contrôle restreint, mais ceci ne dépend pas du fait qu'il dispose d'une compétence d'annulation ou de pleine juridiction. Le juge tient compte avant tout, ce qui apparaît logique, de l'existence ou non d'un pouvoir discrétionnaire conféré à l'ARI.

Le contrôle des actes peut aussi donner lieu, en cas d'illégalité, à l'engagement de la responsabilité de l'Etat, principal domaine du recours de plein contentieux. Cependant, celle-ci n'est reconnue qu'en cas de faute lourde, ce qui est justifiable, mais implique des conséquences sur l'intensité du contrôle (un contrôle restreint ?) et la difficulté d'indemnisation tout comme son corollaire, l'idée d'impunité de l'ARI.

¹²²⁸ Christopher Bellamy estime en ce sens que « le pouvoir de se substituer au régulateur est conçu comme un pouvoir de réserve, à utiliser seulement dans les cas extrêmes », discussion générale, in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », précité, p. 44.

¹²²⁹ CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 30 mai 2006, *EDF c/ Compagnie du vent*, n° 2005/21057.

¹²³⁰ CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 26 juin 2007, *EDF c/ SIPPEREC*, n° 2006-19689.

¹²³¹ Voir par exemple, pour les affaires récentes : CA Paris, 22 mai 2007, *EDF c/ Société Pouchon Cogen*, n° 2006/16883 ; CA Paris, 23 janvier 2007, *GDF c/ Société Altergaz*, n° 2006/06163 ; Tuot T., *Concurrences (Thomson)*, 2007, n° 2, p. 162.

3 La responsabilité de l'Etat pour faute lourde de l'ARI, un contrôle restreint déguisé ?

Les autorités de régulation des services publics organisés en réseaux, sont susceptibles de commettre une illégalité qui puisse donner lieu à condamnation pour dommages et intérêts. Cependant, à ce jour, les ARI françaises n'ont pas commis un tel type d'illégalité. A défaut de jurisprudence, il faut par conséquent se reporter au régime juridique des A.A.I. pour envisager une quelconque responsabilité.

Les autorités administratives indépendantes non dotées de la personnalité juridique, telles que les ARI actuellement, peuvent engager la responsabilité de l'Etat¹²³². En effet, n'ayant pas de patrimoine propre, l'Etat répond de leurs dysfonctionnements. C'est ce qui résulte notamment de la décision du Conseil Constitutionnel du 17 janvier 1989 : « toute décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui interviendrait en violation des dispositions législatives ou réglementaires serait susceptible d'entraîner la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique »¹²³³. La juridiction administrative avait déjà dégagé le principe dans un arrêt *Kampmann* du 12 juillet 1960 à propos de la Commission de contrôle des Banques¹²³⁴. Il a reconnu en effet qu'une faute lourde commise par une autorité administrative indépendante dans sa mission administrative de surveillance était de nature à engager la responsabilité de l'Etat¹²³⁵. Le principe est confirmé par l'arrêt *Darmont* du 29 décembre 1978 qui fonde explicitement la faute lourde sur l'activité de contrôle exercée par l'autorité¹²³⁶. Depuis la réelle consécration législative des autorités administratives indépendantes, la première action en responsabilité exercée contre l'Etat a mis en cause

¹²³² Voir le cas particulier des avis édictés sous forme de recommandations par la Commission de la sécurité des consommateurs qui ne sont pas des actes décisifs mais peuvent quand même engager la responsabilité de l'Etat : CE, Sect., 31 mars 2003, *SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, précité. Il s'agit ici d'un prolongement de la jurisprudence relative aux mesures d'ordre intérieur : CE, Sect., 9 juin 1978, *Spire*, n° 08397, Rec., p. 237, concl., Genevois B., *R.A.*, 1978, p. 631 ; Guillaume E., *C.J.E.G.*, 1987, p. 898 ; Moderne F., *R.A.*, 1978, p. 634 ; Plouvin J.-Y., *R.A.*, 1979, p. 49.

¹²³³ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précité, considérant n° 42.

¹²³⁴ CE, Sect., 12 juillet 1960, *Kampmann*, n° 368, Rec., p. 107, concl. Kahn ; Combarous et Galabert, *A.J.D.A.*, 1960, p. 47. « Considérant que la responsabilité des services publics chargés du contrôle des Banques ne saurait être engagée à l'égard de clients de banques tombées en déconfiture qu'au cas où il serait établi que lesdits services auraient commis une faute lourde ».

¹²³⁵ En ce sens, Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », Etudes et Documents, n° 52, La Documentation française, p. 298.

¹²³⁶ CE, Ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, n° 96004, Rec., p. 542, concl. Rougevin Bavière ; Auby J.-M., *R.D.P.*, 1979, p. 1742 ; Lombard M., *A.J.D.A.*, 1979, p. 45 ; Vasseur, *D.*, 1979, p. 279. « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la Commission de contrôle des Banques n'a commis, dans l'exercice de sa mission de surveillance, aucune faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat », considérant n° 2.

l'activité de la COB. Dans l'arrêt *Société Pierre et Cristal*¹²³⁷, le Conseil d'Etat, sans fonder explicitement son raisonnement sur l'activité de surveillance, confirme quand même l'exigence de la faute lourde. La cour d'appel de Paris, compétente désormais pour statuer sur la responsabilité de l'Etat du fait de l'activité de la COB depuis la décision du Tribunal des Conflits¹²³⁸, retient aussi la faute lourde¹²³⁹.

Plus récemment, le Conseil d'Etat a jugé qu'« eu égard à la nature des pouvoirs qui sont dévolus à la Commission bancaire, la responsabilité que peut encourir l'Etat pour les dommages causés par les insuffisances ou carences de celle-ci dans l'exercice de sa mission ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde »¹²⁴⁰. Il suit en cela les conclusions de son Commissaire du gouvernement, Alain Seban, qui estimait qu'« admettre la faute simple c'est, compte tenu des risques de prolifération des recours en justice, ôter toute marge de manoeuvre au contrôleur comme aux contrôlés »¹²⁴¹. Dès lors, au regard de l'activité de contrôle qu'exercent les ARI dans le domaine de la régulation des services publics en réseaux, la faute lourde est nécessaire pour engager la responsabilité de l'Etat¹²⁴². La justification tient au souci d'éviter de faire supporter au contrôleur (l'Etat) toutes les conséquences d'actes qui ne sont pas les siens (les ARI)¹²⁴³. N'est-il pas possible d'affirmer que la nécessité de la faute lourde a les mêmes conséquences qu'un contrôle restreint de la part du juge ? En effet, elle laisse à l'ARI une certaine marge de liberté avant que ne soit reconnue la responsabilité de la

¹²³⁷ CE, 22 juin 1984, *Société Pierre et Cristal*, précité.

¹²³⁸ TC, 22 juin 1992, *Mizon et autres*, précité.

¹²³⁹ CA Paris, 1ère ch., COB, 06 avril 1994, *Pierre Conso c/ Agent judiciaire du Trésor*, n° 93/20565 ; Decoopman N., « L'affaire Compagnie diamantaire d'Anvers : une faute lourde de la COB », *D.*, 1994, p. 511 ; confirmé par la Cour de Cassation : Cass. Com., 9 juillet 1996, *Compagnie diamantaire d'Anvers*, n° 94-15575, Bulletin 1996 IV n° 203 p. 174 : « en l'état de ces constatations (...) la cour d'appel a pu décider que la faute commise par la COB était lourde et engageait la responsabilité de l'Etat », attendu n° 4. Voir aussi au sujet de la responsabilité pour faute lourde de la COB, Lepetit J.-F. : « Etat, juge et régulateur », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », précité, p. 12.

¹²⁴⁰ CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ M. ou Mme. Kechichian et autres*, n° 219562, Rec., p. 587, concl. Seban A., *L.P.A.*, 7 février 2002, n° 28, p. 7 ; Bourrel A., « La responsabilité de l'Etat du fait des carences de la Commission Bancaire dans son activité de contrôle des établissements financiers », *L.P.A.*, 8 novembre 2002, p. 11 ; Guyomar M., Collin P., *A.J.D.A.*, 2002, p. 118 ; Menuret J.-J., « La responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par la Commission bancaire lors de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde », *J.C.P. G.* 2002, p. 499.

¹²⁴¹ Conclusions Seban A., sur CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ M. ou Mme. Kechichian et autres*, précité, *L.P.A.*, n° 28, 7 février 2002, p. 14.

¹²⁴² En ce sens, Fabrice Melleray précise, pour les AAI non dotées de la personnalité morale, que « leur absence de personnalité morale aboutissant à ce que l'Etat soit tenu pour responsable de leurs agissements, situation discutable expliquant d'ailleurs en partie le maintien d'une exigence de faute lourde pour engager la responsabilité de la puissance publique en matière d'activités de contrôle et de tutelle », in Melleray F. : « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », *A.J.D.A.*, 2003, p. 715.

¹²⁴³ Sur ce point, voir Gaudemet Y. : « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Gouverner, administrer, juger, Liber Amicorum* Jean Waline, Dalloz, 2002, p. 561 ; Rouyère A. : « Responsabilité civile et régulation. Eléments d'une rencontre », in Frison-Roche M.-A., (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2007, p. 19, spéc., p. 35.

puissance publique. La logique n'est pas la même que celle de l'intensité du contrôle juridictionnel, puisque le juge peut exercer un contrôle entier et c'est au moment de qualifier la faute qu'il décidera s'il s'agit d'une faute lourde ou d'une faute simple. Cependant, les effets sont identiques, seule l'erreur grossière engage la responsabilité de l'Etat.

En imaginant que le législateur décide d'octroyer la personnalité morale aux ARI françaises, alors, celles-ci seraient, comme en Espagne, responsables de leur propre fait. La solution a été donnée par l'avis du 8 septembre 2005 du Conseil d'Etat à propos d'une autorité administrative indépendante, la Commission de contrôle des assurances, dotée de la personnalité morale : « Dès lors que la capacité juridique lui a été attribuée, il appartient à cette commission (...) d'assumer les conséquences des actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre elle à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de ses missions »¹²⁴⁴. Le Conseil d'Etat parle de « faute », sans évoquer la faute lourde. Par conséquent, la lecture de cet avis implique-t-elle qu'en disposant de la personnalité morale les A.A.I. passeraient *de facto* d'un régime de responsabilité pour faute lourde à un régime de responsabilité pour faute simple ? La formule suivante permet d'en douter. En effet, dans un souci d'indemnisation, le Conseil d'Etat précise que « la responsabilité de l'Etat peut être mise en jeu, le cas échéant, à titre subsidiaire, (...) en cas d'insolvabilité de celle-ci »¹²⁴⁵. Il est peu concevable que la responsabilité de l'A.A.I. soit engagée à titre principal sur le fondement de la faute simple et que celle de l'Etat lui soit substituée, en cas d'insolvabilité, sur le fondement de la faute lourde.

Pour conclure l'étude de l'intensité du contrôle des actes des ARI en France, il apparaît que majoritairement, le juge exerce une entière vérification des motifs de faits. Si certains cas relèvent de l'erreur manifeste d'appréciation, ce n'est que très rarement sur le fondement de la technicité de la matière, mais plutôt parce que le régulateur dispose d'une compétence discrétionnaire sur le domaine. Or, la compétence discrétionnaire lui a été donnée par le législateur ou le pouvoir réglementaire. Il est donc impossible de reprocher au juge d'exercer un contrôle restreint, puisqu'il ne fait que se plier aux textes organisant la fonction de régulation. Dès lors, l'exemple du contrôle juridictionnel des actes des ARI en France est très satisfaisant. Ni le juge judiciaire, ni le juge administratif, contrairement à ce qui a été

¹²⁴⁴ CE, ass. gén., avis, 8 septembre 2005, n° 371558, « La responsabilité des autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale », *D.A.*, mai 2006, p. 34.

¹²⁴⁵ *Ibid.*

écrit¹²⁴⁶, n'ont laissé s'installer une immunité contentieuse dans un domaine aussi technique. Par conséquent, deux idées émises par la doctrine devraient être écartées. La première consiste à dire que le juge pourrait remplacer le régulateur¹²⁴⁷. Il apparaît clairement que leurs tâches ne sont pas comparables et qu'au surplus elles sont complémentaires¹²⁴⁸. La deuxième idée serait de mettre en place une juridiction spécialisée, comme au Royaume-Uni¹²⁴⁹. Ce n'est pas, à l'heure actuelle, nécessaire, dans la mesure où le juge, par l'intensité de son contrôle remplit pleinement son office. Tout au plus pourrait-on envisager une formation constante des juges qui sont amenés à connaître de ce type de contentieux pour que l'évolution rapide des technologies ne leur soit pas étrangère.

¹²⁴⁶ Jeanneney P.-A. : « Le régulateur producteur de droit », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 49.

¹²⁴⁷ Laurent Richer estime que « au fond, ce que fait l'autorité de régulation, un juge pourrait le faire à condition que les moyens lui soient donnés d'exercer pleinement sa juridiction », Richer L. : « Le règlement des différends par la Commission de Régulation de l'Energie », in *Mouvement du droit public*, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, 2004, p. 406.

¹²⁴⁸ Sur ce point, voir Denoix de Saint-Marc, R. : « Régulateurs et juges, introduction générale », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », précité, p. 6 ; Tuot T. : « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », in « Les sanctions administratives », *A.J.D.A.*, numéro spécial, 2001, p. 137.

¹²⁴⁹ L'idée est émise, mais non soutenue par Marie-Anne Frison-Roche dans : Frison-Roche M.-A., discussion générale in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.) : « Régulateurs et juges », précité, p. 44.

Conclusion du chapitre

Il résulte de l'étude des contrepoids nécessaires à l'indépendance d'action des autorités de régulation que l'encadrement fonctionnel doit s'organiser d'une part devant les chambres, dans une optique d'évaluation ou de reddition de comptes, et d'autre part devant le juge, pour assurer le respect du principe de légalité.

En effet, le Parlement est le plus à même de mener à bien un contrôle régulier de l'activité des régulateurs. Cette affirmation est confortée par l'évolution récente, en France, tendant à revaloriser son activité d'évaluation et de contrôle¹²⁵⁰. Le processus a déjà été amorcé par la comparution périodique d'un représentant de ces entités devant les chambres et la remise annuelle d'un rapport d'activité. Cependant, l'étude des entrevues avec les parlementaires démontre une certaine méconnaissance technique des problèmes qui se posent et des compétences des régulateurs. De plus, les rapports annuels ne font pour l'instant qu'office d'information générale et ne peuvent servir, au regard de leur auteur, d'outil d'évaluation. Dès lors, il conviendrait d'envisager une réforme du contrôle parlementaire pour que celui-ci devienne réellement efficace. En premier lieu, il serait possible de demander au régulateur un rapport spécifique destiné aux parlementaires. Il serait plus ciblé et évolutif que le document actuel. Ainsi, d'une année sur l'autre, les chambres pourraient demander des réponses détaillées sur des thèmes précis évoqués pendant les débats ou imposer des justifications budgétaires, dans l'optique d'une réflexion continue sur l'efficacité de la régulation. En deuxième lieu, les parlementaires devraient disposer d'un outil de communication périodique avec les régulateurs. En ce sens, des « recommandations » ou « propositions », sur la base des auditions réalisées, devraient pouvoir être adressées aux ARI. Ce moyen aurait l'avantage de ne pas subordonner le régulateur tout en assurant une communication régulière. En dernier lieu, au regard de ce qui précède et de l'organisation parlementaire actuelle, il conviendrait de créer une commission ou une mission d'évaluation et de contrôle, spécialisée dans la régulation des services publics en réseaux. Composée de parlementaires compétents dans ce domaine, elle pourrait organiser le suivi de l'activité et auditionner rapidement le régulateur sur des problèmes ponctuels tout comme servir d'organe

¹²⁵⁰ Balladur E. : « Une V^{ème} République plus démocratique », Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, La Documentation française, Fayard, 2007, p. 51 et s. ; Exposé des motifs du Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^{ème} République, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 avril 2008, n° 820.

de liaison entre le Parlement et les ARI. Certes, ces éléments demandent des moyens humains et financiers supplémentaires, mais l'enjeu est de taille pour légitimer l'activité des régulateurs.

Pour assurer le respect du principe de légalité, le juge est déjà compétent, dans les Etats membres étudiés, pour contrôler les actes des régulateurs indépendants. En effet, l'ensemble des textes applicables convergent vers l'instauration d'un recours effectif. En Allemagne, en Italie, au Royaume-Uni et en Espagne, les actes invocables des ARI relèvent de la compétence d'une ou plusieurs juridictions sous le contrôle d'une Cour suprême unique. En France, par contre, le contentieux est réparti entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif en fonction de l'acte. Par conséquent, certaines craintes ont émergé à propos de la lisibilité et de la cohérence des décisions rendues. Cependant, mis à part la complexité et parfois l'incohérence du système, il ne ressort pas de réelle incompatibilité avec l'efficacité du contrôle. L'évaluation du rapport entre compétence juridictionnelle et efficacité du contrôle a mis en avant le modèle britannique qui confie une partie du contentieux des actes des ARI à une juridiction spécialisée dans le droit de la concurrence, le *Competition Appeal Tribunal*. Cette solution a néanmoins des défauts, puisque la totalité du contentieux des décisions n'entre pas dans son champ de compétences. Mais il faudrait en retenir le souci de diversifier, tout en spécialisant, les compétences (économiques, juridiques et techniques) des juges qui sont amenés à connaître ce type de contentieux. En effet, plus le juge est spécialisé et meilleur sera le contrôle. Cependant, en prenant comme exemple la portée du contrôle juridictionnel en France, il est possible d'affirmer que celui-ci est très satisfaisant. Par son appréciation de la légalité externe des actes, et influencé par les prescriptions de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge encadre strictement l'activité des régulateurs. De plus, sans s'arrêter à la technicité du domaine de la régulation, le Conseil d'Etat et les juridictions judiciaires exercent un contrôle aussi approfondi que les textes le leur permettent. Par conséquent, il n'est pas nécessaire, en l'état actuel du droit, de proposer de créer une juridiction spécialisée, mais seulement de continuer dans la voie de l'intensification des contrôles et, pour ce faire, une formation continue des juges pourrait être un complément intéressant.

Dès lors, avec une surveillance parlementaire effective, complétée par un encadrement procédural fondé sur les textes nationaux et la Convention européenne des droits de l'homme, sous le contrôle entier du juge interne, le système se rapprocherait de ce qui constitue l'élément le plus important de l'expérience des Etats-Unis : l'équilibre interpolable. En effet,

les ARI restent totalement indépendantes, mais elles sont enserrées dans un système de reddition de comptes, de respect des garanties procédurales et de contrôle juridictionnel, qui donne toute la légitimité requise à leur activité.

Conclusion du titre

Après avoir évoqué le caractère équivoque de l'indépendance fonctionnelle des ARI, une conclusion s'impose : l'importance de sa clarification et, partant, de sa réorganisation. En effet, l'interprétation du droit communautaire implique une indépendance fonctionnelle des régulateurs. Celle-ci ne peut être organisée que par rapport au pouvoir exécutif des Etats membres qui interviennent aussi sur les marchés, par le biais de leur opérateur historique. Or, en l'état actuel de certaines dispositions nationales, il est possible d'observer des cas d'emprise du pouvoir exécutif sur les régulateurs. De plus, l'indépendance organique constatée dans le titre précédent¹²⁵¹, même si elle peut être améliorée, implique que les législateurs nationaux, confortés par leurs propres textes constitutionnels, n'ont pas confiés suffisamment de pouvoirs aux ARI. Dès lors, l'indépendance d'action des ARI est très relative.

Il convient de réorganiser cette situation pour la mettre en parfaite harmonie avec les prescriptions communautaires. En ce sens, les Etats membres devraient suivre les nombreuses remarques de la Commission européenne et supprimer les dispositions nationales autorisant ou facilitant l'encadrement fonctionnel des ARI par les gouvernements. Cependant, briser le lien existant n'est pas satisfaisant au regard de la démocratie politique. Dès lors, il est possible de proposer une réorganisation de l'encadrement fonctionnel devant le Parlement. Elle serait complétée par un contrôle approfondi que le juge exerce déjà sur l'activité des ARI.

Les chambres nationales sont légitimes pour encadrer l'activité des régulateurs mais elles ne sont pas, en l'état actuel de la pratique parlementaire, dotées des moyens nécessaires à cette fin. En effet, pour que la reddition de comptes soit efficace et débouche sur une évaluation régulière des ARI, il faudrait que les outils de liaison entre ces deux institutions permettent une étude approfondie des problématiques de la régulation. Plusieurs éléments ont été proposés dans cette optique. Ils tiennent à la reconsidération du rapport annuel comme un instrument d'évaluation, à l'utilisation d'outils efficaces pour que la reddition de comptes soit suivie d'effets et enfin à la généralisation d'un organe parlementaire spécialisé dans les secteurs régulés. Mais cette reddition de comptes doit aussi être complétée par un contrôle juridictionnel dont l'intensité n'est pas freinée par la technicité de la régulation. Il apparaît

¹²⁵¹ Voir *supra* Partie II, Titre I.

que les Etats membres ont organisé ce contrôle. L'exemple français démontre aussi que le juge s'adapte à la complexité du domaine des services publics en réseaux en menant un contrôle approfondi des actes qu'il est amené à connaître. S'il est possible de préconiser une formation continue des juges, avec leur assentiment, ce n'est que pour favoriser leur adaptation rapide à un secteur en constante évolution.

Cette réorganisation fonctionnelle aurait le double mérite, d'une part, de satisfaire les implications communautaires relatives à l'indépendance fonctionnelle des régulateurs, et d'autre part de donner une légitimité à l'activité des ARI et de permettre de leur confier de plus amples pouvoirs, ce qui leur est nécessaire pour s'imposer dans les secteurs considérés.

Conclusion de la partie

L'indépendance des autorités de régulation des services publics en réseaux n'est que relative. En effet, d'un point de vue organique, elle est tout à fait perfectible, d'un point de vue fonctionnel, elle devrait être réorganisée.

En premier lieu, l'indépendance organique des autorités de régulation est assurément perfectible. Sous l'influence du droit communautaire qui impose textuellement la séparation structurelle effective entre le régulateur et les opérateurs agissant sur les marchés, les Etats membres interventionnistes ont mis en place des régulateurs disposant d'une certaine indépendance organique. Cependant, la comparaison entre les règles assurant ce type d'indépendance, parmi les Etats membres étudiés, démontre que des modifications sont nécessaires pour l'assurer plus efficacement. En ce sens, des propositions ont été faites pour que les autorités de régulation soient le plus indépendantes possibles tant dans leur composition que dans leur règles de fonctionnement. Cependant, un premier constat peut d'ores et déjà être dressé : il existe un rapport d'incompatibilité entre une indépendance organique trop poussée et l'efficacité de la régulation. En effet, il a été fréquemment soulevé que si les règles relatives à l'indépendance organique sont strictes, l'efficacité des autorités de régulation s'en trouve amoindrie. Par exemple, si le mandat des membres est court et non renouvelable, si ceux-ci ne peuvent pas être choisis dans le secteur régulé (encore moins dans l'ancien opérateur historique), ou si les moyens financiers des ARI ne sont pas contrôlés, alors, celles-ci seront probablement moins efficaces. Dès lors, si l'indépendance organique est relative, la logique d'une indépendance absolue, si elle est concevable, montre aussi ses limites.

En second lieu, l'indépendance fonctionnelle, requise plus implicitement par le droit communautaire, devrait être complètement réorganisée pour acquérir une plus grande légitimité. En effet, il a été constaté une indépendance d'action relative des ARI qui se matérialise par une possibilité d'emprise du pouvoir exécutif. De plus, l'indépendance organique, qualifiée à dessein d'« indépendance théorique », est un obstacle au regard des règles constitutionnelles ainsi que des législateurs nationaux, pour que les régulateurs disposent de pouvoirs conséquents et fonctionnent à la juste mesure des attentes

communautaires. Le deuxième constat réside par conséquent dans la faiblesse de l'indépendance d'action ainsi que des pouvoirs des ARI.

Dès lors, comment réorganiser la situation ? Il existe deux solutions. En l'état actuel de l'interventionnisme étatique dans les services publics de réseaux, l'interdiction d'être juge et partie implique la suppression de tout encadrement fonctionnel des ARI par le pouvoir exécutif. Cependant, pour que l'indépendance n'aille pas vers une irresponsabilité des ARI, il faut envisager une réorganisation de la reddition de comptes, non pas devant le Gouvernement, mais devant le Parlement. Pour que celle-ci soit effective, il conviendrait donc de mettre en place les instruments d'évaluation et d'enquête qui ont été proposés. De plus, cet encadrement serait complété par un contrôle de la légalité des actes des régulateurs toujours plus approfondi, dans la mesure où les textes autorisent le juge à l'exercer en ce sens. Ainsi, l'abandon de l'encadrement fonctionnel du pouvoir exécutif au profit d'un encadrement parlementaire et juridictionnel mettrait les dispositions nationales des Etats considérés en parfaite adéquation avec les implications communautaires.

La deuxième solution est plus hypothétique. Au regard du désinvestissement progressif des Etats membres dans le capital de leurs opérateurs de réseaux, il est possible d'imaginer, sans forcément le souhaiter, que prochainement les marchés de services publics en réseaux ne seront composés que d'opérateurs privés. Dès lors, l'indépendance n'aura plus lieu d'être¹²⁵². Les Etats membres pourront continuer de confier la surveillance des marchés à des autorités de régulation, mais celles-ci ne seront plus que de simples agences, sous le contrôle légitime du pouvoir exécutif. Ainsi, la dialectique entre l'indépendance organique et l'efficacité des régulateurs précitée ne jouera plus. Rien n'empêchera l'organe en charge de la nomination des commissaires de choisir des personnes ayant fait leur carrière dans l'opérateur historique ou au législateur d'allonger la durée des mandats. De plus, les agences pourront recevoir des directives du gouvernement et agir en conséquence, toujours sous le contrôle du juge.

Néanmoins, quelle que soit la solution qui s'impose en fonction de l'évolution de l'interventionnisme étatique, il reste une constante incontournable : les marchés de services publics de réseaux, qu'il s'agisse des communications électroniques, des postes ou de l'énergie, tendent à élargir leur sphère d'activité sur l'espace communautaire. Cette

¹²⁵² Bertrand du Marais considère au contraire que l'indépendance serait « la condition même de la régulation économique moderne », (Du Marais B., *Droit Public de la régulation économique*, collection Amphi, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 518).

constatation est d'ailleurs le résultat de la libéralisation des services publics prescrite par les institutions communautaires. Dès lors, les actes réglementaires ou individuels, les différends entre opérateurs, les procédures de sanction, les enquêtes, auront une dimension ou un impact communautaire. Par conséquent, dès aujourd'hui, et prochainement avec d'autant plus d'acuité, c'est à la fois en termes d'indépendance mais aussi en termes d'interdépendance des autorités de régulation qu'il convient réfléchir.

PARTIE III : L'INTER-INDEPENDANCE

Le terme inter-indépendance est le produit de la fusion de deux autres termes, l'indépendance et l'interdépendance. Il est employé pour décrire une nouvelle problématique qui émerge de la nécessaire interdépendance entre autorités indépendantes dans un contexte globalisé¹. Il regroupe les situations dans lesquelles plusieurs autorités indépendantes doivent travailler en commun pour produire des décisions efficaces. Il comporte en lui-même la question du devenir de l'indépendance dans une situation d'interdépendance entre autorités de régulation.

L'interdépendance des autorités de régulation des services publics organisés en réseaux est la conséquence de l'interpénétration de plus en plus forte des secteurs entre eux, mais aussi des règles applicables, et des niveaux de régulation². L'interdépendance est donc un état de fait qui s'observe au regard des textes actuels obligeant les ARI à établir entre elles des relations visant à produire des décisions cohérentes et adaptées aux nécessités de la libéralisation des marchés ainsi que de leur maille géographique. Ces décisions vont faire intervenir, de concert, deux ou plusieurs autorités qui peuvent être spécialisées dans la régulation sectorielle de l'énergie, des postes ou des communications électroniques. Mais elles peuvent aussi faire intervenir des autorités de concurrence ou des autorités spécialisées dans un secteur voisin ou même d'un autre Etat membre. Pour rassembler l'ensemble de ces solutions, le terme d'interrégulation a été choisi par la doctrine³. Il peut être défini comme le processus visant à faire intervenir l'expertise d'une ou de plusieurs autorités indépendantes dans le but de produire un acte participant à la régulation des activités d'un secteur en voie de libéralisation⁴.

¹ La globalisation est définie par le Professeur Jean-Bernard Auby comme « un mouvement général d'ouverture et de compénétration des systèmes qui se manifeste au niveau mondial, mais aussi à d'autres niveaux (...) il est visible jusque dans le sein même des systèmes juridiques nationaux », Auby J.-B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, coll. clefs politique, Montchrestien, 2003, p. 11.

² Comme le souligne Marco d'Alberti, « La régulation publique de l'économie s'articule en divers ensembles juridiques interdépendants », d'Alberti M. : « La régulation économique en mutation », *R.D.P.*, n° 1, 2006, p. 243.

³ Pour une première appréhension de ce terme, voir Frison-Roche M.-A. : « Le droit de la régulation », *D.*, 2001 chron., p. 614.

⁴ Il s'agit ici d'une définition stricte dans la mesure où certains auteurs considèrent de manière plus générale le terme d'interrégulation. En ce sens, Jacques Ziller estime qu'une décision faisant intervenir une autorité de

Pour que des autorités indépendantes puissent intervenir ensemble dans l'optique d'échanger leur expertise et de produire un acte interrégulé, des systèmes de contacts réciproques ont été mis en place.

En premier lieu, il s'agit de la coopération entre autorités indépendantes. Celle-ci prend forme sous l'impulsion du droit communautaire et est relayée, puis organisée, par les droits des Etats membres. A l'échelle nationale, les autorités de régulation sont tenues, dans certains cas déterminés ou de manière générale, de coopérer avec les autorités de la concurrence. De plus, les autorités de régulation de secteurs connexes sont aussi soumises à une obligation de coopération dès que l'interpénétration des marchés rend nécessaire un échange d'expertise. A l'échelle communautaire, la coopération trouve très classiquement son fondement dans l'article 10 du Traité, relayé par les dispositions du droit dérivé. Par conséquent, selon les termes convenus, les autorités de régulation indépendantes sont tenues de coopérer entre elles, mais aussi de collaborer avec la Commission européenne, organe de supervision de l'ensemble du système. De l'étude de ces procédures de coopération, un premier constat peut être fait sur les rapports entre l'interdépendance et l'indépendance. L'interdépendance entre autorités, vue dans le champ de la régulation des services publics en réseaux et mise en oeuvre grâce à des procédures de coopération ne porte aucunement atteinte à leur indépendance⁵. Un deuxième constat, ouvrant le champ à des propositions d'aménagement, doit être effectué. D'une part, la procédure de coopération dans le cadre national n'est pas organisée de manière suffisamment efficace pour assurer une production normative et décisionnelle complètement homogène. D'autre part, à l'échelle communautaire, la coopération mise en place, qui préfigure l'ébauche d'une organisation en réseau, laisse apparaître un ensemble de méthodes hétérogènes qui ne garantit pas la cohérence des mesures et provoque des disparités réglementaires entre les Etats membres, obstacles de taille empêchant la construction de véritables marchés intégrés.

régulation indépendante et une autorité gouvernementale est aussi une décision interrégulée, voir : Ziller J. : « L'interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation », *R.F.A.P.*, n° 109, 2004/1, p. 17 et s. Selon le Professeur Marie-Anne Frison-Roche, « il y a interrégulation lorsqu'un procédé (technique, procédural, doctrinal) répond à la nécessité de faire entrer en contact des régulations autonomes, de faire qu'elles se prennent en considération les unes les autres, alors que nous ne disposons pas de procédés permettant de faire passer l'une devant l'autre, et qu'il en résulte néanmoins une décision (au sens large, aussi bien décision générale (...) que décision particulière (...)), Frison-Roche M.-A. : « L'hypothèse de l'interrégulation », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les risques de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2005, p. 69.

⁵ Si un doute peut être émis au regard de l'intervention de la Commission dans certaines procédures, il s'estompe dans la mesure où il ne s'agit que de rapports très spécifiques visant à éviter qu'un projet de mesure nationale n'affecte les échanges entre Etats membres.

En second lieu, au regard de ces difficultés, si la formule de la coopération doit être conservée, notamment entre autorités nationales, les institutions communautaires ont envisagé des solutions institutionnalisées visant désormais un degré plus élevé de cohérence de l'activité de régulation européenne par le biais de la coordination. Cette deuxième forme d'interrégulation peut être définie comme l'ensemble des procédures visant à ce que les décisions prises par des autorités de régulation indépendantes soient suffisamment homogènes au sein de la Communauté européenne pour ne pas créer d'obstacles aux échanges. Elle passe par la prise en compte de l'opinion de l'ensemble des ARI sur les activités à mettre en oeuvre au niveau national comme transnational, ainsi que la détermination en commun des objectifs et mesures uniformes. La coordination n'est pas réalisable par le biais d'un acte normatif d'encadrement. Par conséquent, elle se matérialise par le regroupement, au sein de structures institutionnelles différentes, de l'ensemble des autorités de régulation indépendantes. Cette coordination en réseau a suivi, chronologiquement, une évolution allant dans le sens d'un approfondissement des techniques mais aussi de l'intégration dans le giron communautaire. Les solutions mises en oeuvre n'ayant pas abouti au résultat escompté, les institutions communautaires s'interrogent actuellement sur la pertinence de la création d'organismes communautaires décentralisés capables de résoudre les difficultés liées au manque d'homogénéité des règles imposées aux opérateurs et à l'insuffisance ou à l'absence de prise en compte des problématiques transnationales.

Dès lors, l'institutionnalisation de l'interrégulation fait émerger la question du respect de l'indépendance des acteurs de celle-ci. Interdépendance et indépendance peuvent devenir antinomiques lorsqu'elles sont appréhendées sous l'angle de la coordination institutionnalisée de l'action des ARI. Cependant, l'indépendance au niveau communautaire ne peut être envisagée de la même manière qu'au niveau national. Les institutions communautaires rentrent désormais en ligne de compte. En effet, l'indépendance des régulateurs a aussi une dimension internationale⁶. Comme le souligne le Professeur Jean-Yves Chérot : « l'indépendance de l'autorité de régulation devient un standard international dont le respect apparaît dans une économie qui s'internationalise comme un "impératif de crédibilité

⁶ Le principe de séparation des fonctions entre le régulateur et l'opérateur fut largement discuté au sein de l'O.M.C. et son importance a été formellement affirmée par le document de référence du Groupe de négociations sur les télécommunications de base de 1996, Document de référence du Groupe de négociations sur les télécommunications de base du 24 avril 1996. Disponible sur le site Internet : http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/telecom_f/tel23_f.htm. Le point 5 dispose de l'indépendance des organes réglementaires : « L'organe réglementaire est distinct de tout fournisseur de services de télécommunications de base et ne relève pas d'un tel fournisseur. Les décisions des organes réglementaires et les procédures qu'ils utilisent seront impartiales à l'égard de tous les participants sur le marché ».

internationale” »⁷. Par conséquent, la problématique de la structure pertinente pour, d’un côté, résoudre efficacement les obstacles à la création de marchés intégrés et, d’un autre, respecter et garantir à la fois l’indépendance des ARI et celle de l’organisme les réunissant est d’un intérêt primordial. Elle fait encore émerger la difficile conciliation entre une indépendance garantie et des pouvoirs forts pour l’entité.

Pour caractériser les problèmes que pose l’inter-indépendance, il convient donc, en premier lieu, d’évoquer la coopération ponctuelle entre régulateurs pour envisager quels pourraient être les aménagements possibles visant à assurer une cohérence maximale des actes pris sous une forme interrégulée (titre I). En second lieu, l’évolution actuelle de l’organisation de la coordination entre régulateurs impose de se pencher sur son institutionnalisation en ayant comme objectif de déterminer quelle pourrait être la formule adéquate pour que l’interdépendance ainsi conçue ne nuise pas aux nécessités de l’indépendance des autorités chargées de la mettre en oeuvre (titre II).

⁷ Chérot J.-Y. : « Rapport introductif », in « La régulation : quelles structures ? Quels objectifs ? », journée d’études du 21 avril 2004, Faculté des sciences juridiques de Tunis, p. 13.

TITRE I: L'INTERDEPENDANCE PAR L'AMENAGEMENT DE LA COOPERATION

Evoquer l'aménagement de la coopération entre régulateurs permet à la fois d'évaluer les règles existantes, mais aussi d'envisager une amélioration des solutions apportées au besoin de coopération entre autorités de régulation. Ce besoin est la conséquence de l'appréhension, par un ensemble de règles non homogènes, de comportements d'entreprises qui n'agissent pas sur des marchés cloisonnés.

En effet, au niveau national, conformément au droit communautaire, il apparaît d'une part que la libéralisation des services publics en réseaux implique un ensemble de mesures relevant à la fois du droit sectoriel et du droit *antitrust*⁸. Ces deux types de règles s'avèrent parfois complémentaires et parfois concurrentes dans la mesure où la frontière entre les deux droits est assez floue. D'autre part, la convergence des domaines régulés, fruit de l'évolution technologique, implique aussi l'éventuelle application de deux droits sectoriels sur un même domaine. De plus, l'intervention d'une autorité de régulation nationale sur un secteur peut avoir une influence sur le secteur voisin. Par conséquent, le droit communautaire, relayé et parfois complété par les droits nationaux, impose la coopération entre les autorités sectorielles et les autorités de la concurrence, mais aussi entre autorités de régulation de secteurs connexes. Les Etats membres ont pris acte de la nécessaire coopération entre les acteurs de la régulation en aménageant diverses formules qu'il convient de mettre en évidence pour envisager les plus adaptées à l'édition de décisions interrégulées cohérentes. De surcroît, ces solutions fourniront des réponses quant à l'avenir de la régulation, donc des autorités chargées d'assurer cette fonction.

Pour créer un véritable marché européen des services publics organisés en réseau, il convient à la fois de favoriser la concurrence et d'interdire les discriminations entre opérateurs. Cela passe par l'accès aux réseaux ou infrastructures internes et frontalières. Par conséquent, conformément aux objectifs du Traité, les textes communautaires trouvent des

⁸ Parmi les règles de concurrence, seules seront envisagées celles relatives à la prohibition de comportements anti-concurrentiels des entreprises (droit *antitrust*). Seront exclues de l'étude le contrôle des concentrations entre entreprises, dans la mesure où sa mise en oeuvre fait intervenir dans la plupart des Etats membres une autorité ministérielle, et les aides d'Etat puisqu'il s'agit de règles de concurrence uniquement applicables aux Etats.

solutions pour les situations transnationales (les opérateurs agissant sur les marchés de services publics organisés en réseau développent des activités transnationales) et celles susceptibles d'affecter les échanges entre Etats membres (mesures de régulation proposées par les A.R.N.). Elles reposent, d'une part, sur la collaboration entre autorités de régulation nationales, déclinaison du principe de coopération loyale tiré de l'article 10 du T.C.E., et d'autre part, sur la collaboration entre ces dernières et la Commission, qui trouve son fondement dans la lecture combinée des articles 10 et 211 du T.C.E. Ces règles de collaboration sont complétées par des dispositions autorisant la Commission à orienter l'action des régulateurs par des actes incitatifs et à leur interdire certaines mesures grâce à son pouvoir de décision. Dès lors, la Commission occupe une place prépondérante dans l'ébauche d'un réseau de coopération ponctuelle formé par les autorités de régulation nationales.

L'aménagement d'une coopération entre autorités compétentes est donc la solution procédurale européenne pour faire face à la complexité de la libéralisation des services publics organisés en réseaux. Cette forme d'interdépendance entre régulateurs constitue un ensemble procédural homogène. Cependant, son analyse impose d'évoquer, en premier lieu, la coopération à l'échelle nationale (chapitre I) afin de dégager les solutions mises en oeuvre dans les Etats membres, puis en second lieu la coopération à l'échelle communautaire (chapitre II) dans l'optique d'évaluer à la fois la suffisance des règles de collaboration ponctuelle et de mettre en évidence les signes précurseurs de la formation d'un réseau.

Chapitre I : La coopération à l'échelle nationale

Les secteurs de services publics en réseaux ne sont pas cloisonnés mais convergent parfois au gré de l'évolution technologique. De plus, les opérateurs ont une tendance croissante à diversifier leurs activités. Dès lors, apparaissent des cas dans lesquels les autorités sectorielles ont besoin de l'expertise d'un de leurs homologues agissant sur un domaine complémentaire ou connexe pour édicter une mesure cohérente. Ainsi, l'interdépendance est la conséquence de la rencontre entre, d'une part, les règles spécifiquement conçues pour les secteurs de l'énergie, des postes et des communications électroniques et, d'autre part, les règles relatives aux secteurs connexes et à la sanction des comportements anti-concurrentiels qui ont vocation à s'appliquer pour la réalisation d'un marché ouvert dans lequel la concurrence est praticable. La régulation sectorielle ne peut donc être mise en oeuvre sans interagir avec d'autres types de règles. Cette limite a fait apparaître la nécessité de l'interrégulation. En effet, pour éviter les risques de recoupement de compétences ou de divergences d'interprétation sur des situations semblables ou connexes⁹, les Etats membres ont mis en place diverses procédures de coopération entre les autorités administratives indépendantes compétentes¹⁰.

Il s'agit, d'une part, de la coopération entre les autorités de régulation sectorielle et les autorités nationales de la concurrence. Les premières étant communément décrites comme des autorités exerçant une régulation verticale, les secondes agissant quel que soit le secteur, c'est-à-dire de manière transversale, la coopération entre les deux est qualifiée d'interrégulation croisée¹¹. Celle-ci trouve son origine dans les difficultés inhérentes à l'application cumulée des règles sectorielles et des mesures *antitrust* dont les délimitations

⁹ Comme le souligne André Delion, les recours aux régulations sectorielles peut « entraîner des risques de recouvrements de compétences entre régulateurs sectoriels (C.S.A. et ARCEP) qu'accroîtront de nouvelles alternatives technologiques (téléphonie classique ou par Internet, télévision Hertzienne ou par téléphonie) ou encore entre régulateurs sectoriels et régulateurs généraux », voir Delion A. : « Notion de régulation et droit de l'économie », in *Annales de la Régulation*, Volume I (2006), Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, L.G.D.J., 2006, p. 23. De plus, la consultation entre autorités de régulation évite les divergences d'interprétation et par conséquent le recours au juge dans sa fonction d'harmonisation, Berlin D. : « L'accès au marché français », in « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation », *A.J.D.A.*, 1997, p. 244.

¹⁰ Sur les différentes méthodes d'interrégulation, voir Aboudrar S. : « Les rencontres du Forum de la régulation : l'interrégulation », *L.P.A.*, 23 avril 2004, n° 82, p. 4.

¹¹ L'expression « interrégulation croisée » est empruntée au Professeur Loïc Gard : « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », in Gard L. (dir.) : « Autorités de régulation et droit européen », Journée d'études Jean Monnet, 20 février 2004, *J.C.P. E.*, n° 2, supplément à la semaine juridique n° 19 du 6 mai 2004, p. 12.

respectives sont floues. Quelle que soit la répartition des tâches entre autorités de concurrence et autorités de régulation choisie actuellement par le législateur national pour éviter une incohérence dans la mise en oeuvre de ces deux types de règles, une collaboration entre autorités est inévitable. Dès lors, plusieurs modalités d'interrégulation croisée ont vu le jour, elles passent par l'échange formel d'avis et la saisine contentieuse, mais peuvent aussi prendre corps dans le cadre de réunions périodiques de représentants des instances en cause.

Il s'agit, d'autre part, de la coopération entre autorités sectorielles, qualifiée très simplement d'interrégulation sectorielle. Elle est la conséquence de la porosité entre les secteurs régulés. Le législateur a pris conscience de cette donnée et a donc organisé des procédures de coopération pour que certaines décisions prises dans un secteur puissent bénéficier de l'expertise ou de l'information d'une autorité sectorielle d'un domaine voisin. De plus, hors cadre juridique, certains régulateurs sectoriels se réunissent périodiquement pour échanger leur expertise et traiter de problèmes d'intérêt commun. En outre, dans certains cas, l'interrégulation s'exerce de manière endogène dans la mesure où le législateur a créé des autorités multi-sectorielles. Elles sont, dans les Etats membres évoqués, le plus souvent bi-sectorielles. Néanmoins, l'Allemagne a poussé la logique du regroupement à l'extrême en créant une autorité intégrant, au sein d'une même structure, l'ensemble des compétences de régulation des services publics organisés en réseaux. Ce modèle, dénommé pour les besoins de l'étude « autorité indépendante de régulation des services publics en réseaux », est une alternative à l'interrégulation entre autorités sectorielles qui s'impose comme une méthode à explorer dans l'optique de rationaliser la régulation dans les années à venir.

Par conséquent, la majorité des Etats membres a pris le parti de confier à l'autorité de concurrence la sanction des comportements *antitrust* et celui d'une conception sectorielle ou multi-sectorielle de la régulation des réseaux. Cependant, une autre vision peut être proposée. Certes, la collaboration entre ARI et A.N.C. reste nécessaire, notamment au regard de l'importance de la confrontation entre les finalités purement concurrentielles et celles de la régulation. Cependant, l'interrégulation croisée pourrait être approfondie (section I), notamment en s'inspirant de la création de groupes de consultation réciproques. En outre, considérant l'évolution probable de la régulation des réseaux, il faut envisager une reconfiguration de l'interrégulation sectorielle (Section II). Celle-ci, par souci d'efficacité, d'économie de structure et de sécurité juridique devrait tendre vers une conception endogène en s'inspirant, par exemple, de l'idée d'une « autorité indépendante de régulation des services publics en réseaux » telle que mise en place en Allemagne.

Section I : L'interrégulation croisée à approfondir

La libéralisation des services publics organisés en réseaux implique la mise en oeuvre d'une régulation *ex ante* ou *ex post*, mais aussi la sanction des comportements anti-concurrentiels des opérateurs. Dès lors, sur un même domaine interviennent à la fois les règles du droit de la régulation et celles du droit des pratiques anti-concurrentielles, qui s'avèrent complémentaires. Cependant, il apparaît que la frontière entre les unes et les autres est assez floue. En effet, au-delà de leur complémentarité, ces deux droits peuvent aussi être mis en oeuvre de manière concurrente, dans la mesure où l'application des règles sectorielles sur une affaire n'exclut pas celles du droit *antitrust*. De plus, lorsque le droit des pratiques anti-concurrentielles intervient sur un secteur régulé, les autorités chargées de sa mise en oeuvre doivent intégrer des techniques et considérations propres à la régulation pour respecter la particularité d'un domaine en cours de libéralisation. Inversement, le droit de la régulation prend en compte des techniques appartenant traditionnellement au droit de la concurrence, pour déterminer, par exemple, les opérateurs en situation de position dominante. Face à cette imprécision et cette imbrication du champ d'application des droits, les législateurs des Etats membres, considérant la pluralité d'acteurs institutionnels aptes à mettre en oeuvre ces règles, ont choisi des solutions différentes. La première, en Allemagne, n'a pas fait ses preuves et a été abandonnée. Il s'agissait de confier la régulation des services publics organisés en réseaux à l'autorité de concurrence. La seconde, aujourd'hui appliquée dans les pays de tradition romano-germanique, repose globalement sur une stricte séparation des compétences pour mettre en oeuvre droit de la régulation et droit *antitrust*. La troisième, au Royaume-Uni se fonde sur une concurrence des compétences entre les ARI et l'A.N.C. pour sanctionner les pratiques anti-concurrentielles.

Cependant, partager les compétences ne cloisonne pas l'application du droit. En effet, au regard de l'imbrication des notions et de la complémentarité des règles, les autorités sectorielles et celles de la concurrence deviennent *de facto* interdépendantes¹². Le droit interne, parfois sous l'impulsion du droit communautaire, a donc mis en place des procédures de coopération entre elles pour résoudre cette difficulté. L'interrégulation croisée prend des

¹² Le principe de l'interdépendance, voire de l'interrégulation est d'ailleurs posé dans l'article 3 de la loi de 2000 qui précise que « Le Conseil de la concurrence (...) concoure(nt) à l'exercice des missions incombant à la CRE », loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143).

formes différentes selon qu'il s'agisse du Royaume-Uni ou des autres Etats évoqués. L'objectif est néanmoins commun : donner une certaine cohérence à l'application cumulée des deux types de règles sur un même secteur.

Dès lors, l'interrégulation croisée est inévitable au regard des difficultés posées par la mise en oeuvre, par des autorités spécialisées, de règles complémentaires mais dont les frontières sont floues, sur des marchés en transition entre monopole et concurrence praticable (§1). Elle se manifeste par diverses procédures de coopération, entre les autorités sectorielles et l'A.N.C., dont l'objectif est d'assurer la cohérence des règles appliquées aux services publics organisés en réseaux (§2). Cependant, l'analyse met en lumière certaines insuffisances qui pourraient être comblées par un approfondissement de l'interrégulation (§3) en s'inspirant, par exemple, de l'expérience des pays ayant opté pour un regroupement périodique des autorités.

§1 L'inévitable interrégulation croisée

Pour faire évoluer un marché qui, d'une part, doit intégrer des obligations spécifiques liées à la réalisation d'objectifs d'intérêt général¹³ et, d'autre part, connaît une concurrence imparfaite, vers une concurrence praticable, règles sectorielles et règles *antitrust* doivent intervenir de concert. En ce sens, le droit de la régulation et le droit de la concurrence sont complémentaires¹⁴. Cependant, l'affirmation de la complémentarité des deux droits ne résout

¹³ Il peut s'agir d'obligations de service public ou plus spécifiquement de service universel. Les obligations de service public désignent, selon le Livre vert de la Commission : « les obligations spécifiques imposées par les autorités publiques à un fournisseur de service afin de garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt public, par exemple dans le secteur du transport aérien, ferroviaire ou routier et dans le domaine de l'énergie ». Selon le même texte, le service universel « porte sur un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un Etat membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable. Elle [la notion de service universel] a été établie spécifiquement à l'intention de certaines industries de réseaux (telles que les télécommunications, l'électricité et les services postaux). Cette notion instaure le droit de chaque citoyen à avoir accès à certains services jugés essentiels et elle impose aux industries l'obligation de fournir un service défini à des conditions spécifiées qui incluent, entre autres, la fourniture du service sur l'ensemble du territoire. Dans un marché libéralisé, une obligation de service universel garantit que toute personne résidant dans l'Union européenne a accès au service à un prix abordable et que la qualité du service est maintenue et, si nécessaire, améliorée », (Livre vert sur les services d'intérêt général, du 21 mai 2003, COM (2003) 270 final, pts 20 et 50).

¹⁴ En témoigne, par exemple l'article 3 de la loi de 2000 qui précise que « Le Conseil de la concurrence (...) concoure(nt) à l'exercice des missions incombant à la CRE », loi n° 2000-108, du 10 février 2000, modifiée, précitée. Sur la complémentarité du droit de la concurrence et du droit de la régulation sectorielle, voir : Idot L. : « Règles de concurrence et régulations sectorielles » in *La régulation des Services Publics en Europe* tome I, TEPSA, Paris, 1998, p. 229 ; De Guillenchmidt J. : « Le sectoriel et le général dans le droit de la régulation », in Frison-Roche M.-A. (dir.), « Droit de la régulation : questions d'actualité », Rencontres Petites affiches du 6 février 2002, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n° 110, p. 58 ; Choné P. : « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*,

pas la question de la possible application cumulée¹⁵, et éventuellement conflictuelle¹⁶, de ceux-ci sur une même affaire. Elle ne prend pas non plus en compte la perméabilité entre droit de la régulation et droit de la concurrence. Ces deux difficultés inhérentes à l'application de règles sectorielles et transversales dans une optique d'ouverture des marchés justifient le recours à des mécanismes de coopération entre autorités (A).

Les Etats membres, avant d'initier le processus de libéralisation des services publics, disposaient tous de règles visant à empêcher les comportements anti-concurrentiels et d'une autorité chargée de les mettre en oeuvre. La question s'est posée de savoir quelle serait l'autorité, ou les autorités compétentes pour appliquer les règles sectorielles et les règles de concurrence dans ces secteurs spécifiques. Le droit communautaire est, selon le principe d'autonomie institutionnelle, indifférent à cette question. Dès lors, les Etats membres ont choisi entre plusieurs options : l'intégration de la fonction de régulation dans les compétences de l'autorité de concurrence (solution éprouvée mais abandonnée par l'Allemagne pour son manque d'efficacité), la spécialisation (régulation sectorielle et droit de la concurrence étant mis en oeuvre respectivement par l'ARI et l'A.N.C.) ou la concurrence des compétences (le droit de la concurrence peut être mis en oeuvre à la fois par l'ARI et par l'A.N.C.). Cependant, hormis la première option, quelle que soit la solution choisie, la coopération entre les autorités sectorielles et transversales reste indispensable dans la mesure où ceux qui appliquent la règle ne peuvent pas être à la fois spécialistes du droit sectoriel et du droit *antitrust* (B).

A Les difficultés inhérentes à l'application de deux types de règles sur des marchés en cours de libéralisation

L'application de deux types de règles sur un même secteur n'est pas censée poser de problèmes si leur champ d'application est strictement défini. Cependant, la configuration des marchés envisagés, qui sont dans une situation transitoire entre monopole et concurrence

Droit et économie de la régulation, Volume 4, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2006, p. 49 ; Grard L. : « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », in Grard L. (dir.) : « Autorités de régulation et droit européen », précité, p. 12.

¹⁵ La forme hypothétique est employée dans la mesure où les cas sont rares. En effet, les législateurs nationaux ont, dès les premiers textes de libéralisation instituant des régulateurs sectoriels, prévu des mécanismes de coopération entre ARI et A.N.C. empêchant ou limitant les situations de compétences concurrentes.

¹⁶ Sur ce point, voir Petit N. : « *The proliferation of national regulatory authorities alongside competition authorities : a source of jurisdictional confusion ?* », in Geradin D., Muñoz R., Petit N., *Regulation through Agencies in the EU. A new paradigm of European governance*, Edward Elgar, 2005, p. 180 ; Geradin D., O'Donoghue R. : « *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector* », The Global Competition Law Centre Working Papers Series, Bruges, Belgique, Working Paper 04/05, 2005, p. 52.

praticable, implique une indétermination des frontières entre le droit de la régulation et le droit *antitrust*. En effet, théoriquement, le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit de la régulation n'ont pas les mêmes objectifs mais servent tous deux, par des moyens différents, à amener progressivement un marché vers une situation de libéralisation complète. Leur application cumulée sur ces secteurs et la perméabilité qui les caractérise rend difficile leur mise en oeuvre par des autorités spécialisées, ce qui a fait émerger la nécessité de l'interrégulation.

1 L'indétermination des frontières entre droit de la régulation et droit *antitrust* sur des marchés à concurrence imparfaite

La régulation peut être définie comme « l'ensemble des interventions des pouvoirs publics visant à instaurer la concurrence, autant qu'il est nécessaire, dans un secteur où elle n'existait pas ou très peu, et à concilier l'exercice loyal de cette concurrence avec les missions d'intérêt général dont sont investis les services publics en réseaux »¹⁷. Cela signifie, d'une part, que la simple concurrence sur ces marchés est incapable d'atteindre l'optimisation qu'on lui prête si elle est laissée à elle-même (marchés à concurrence imparfaite). Par conséquent, elle ne fonctionne que grâce à l'interventionnisme, ponctuel ou permanent, d'autorités publiques. D'autre part, la régulation suppose, comme l'a démontré le Professeur Marie-Anne Frison-Roche, qu'il faille « maintenir de force les équilibres entre la concurrence et autre chose que la concurrence »¹⁸, en l'espèce « certains objectifs d'intérêt général et de service public »¹⁹. Pour ce faire, la régulation de certains marchés implique des interventions *ex ante*, comme l'attribution d'autorisations, de biens rares, le contrôle des tarifs finals et des tarifs d'accès à l'infrastructure ou des dispositifs tarifaires liés aux missions de services publics. Elle suppose aussi des interventions *ex post*, comme le traitement des litiges entre opérateurs et le pouvoir de sanction pour inexécution des obligations imposées par les règles en vigueur ou par les autorités de régulation. L'ensemble des règles visant à mettre en oeuvre ces actions est qualifié communément de droit de la régulation²⁰. Il a été défini comme suit : « le droit de

¹⁷ Commissariat Général du Plan, Rapport Bergougnoux : « Services publics en réseaux : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », avril 2000, §6.

¹⁸ Frison-Roche M.-A. : « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, chron., p. 611.

¹⁹ Selon Jacques Fournier, la régulation se caractérise entre autres par « un domaine d'intervention recouvrant des activités économiques dans lesquelles il y a à la fois pluralité d'opérateurs entre lesquels il s'agit d'organiser la concurrence et volonté de l'autorité publique de faire prévaloir certains objectifs d'intérêt général et de service public », in préface de Jacques Fournier sur Laget-Annamayer A. : « La régulation des services publics en réseaux », Bruylant, Bruxelles, 2002, p. VII.

²⁰ La définition du droit de la régulation est, à juste titre, critiquée mais communément employée par la doctrine. Sur cette critique, voir : Boy L. : « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.A. Frison-Roche) », *D.*, 2001, chron., p. 3031.

la régulation constitue une branche du droit regroupant l'ensemble des règles affectées à la régulation de secteurs qui ne peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes »²¹. Son objectif premier est bien de créer et de maintenir les conditions nécessaires à l'instauration d'une concurrence efficace sur un marché instable. Le droit de la régulation, dans cette optique, n'inclurait donc pas la sanction des ententes illicites et des abus de position dominante²².

Le droit de la concurrence, quant à lui, désigne « l'ensemble de ce qu'un usage unanimement suivi appelle règles de concurrence, c'est-à-dire celles qui ont pour objet le maintien de la libre concurrence entre entreprises sur le marché. Elles visent à sauvegarder des structures d'entreprises et à imposer des comportements qui sont de l'essence de l'économie de marché »²³. Le maintien de la libre concurrence passe par la prohibition de comportements anticoncurrentiels, comme les abus de position dominante et les ententes portant atteinte à la concurrence, par le contrôle des concentrations entre entreprises et l'encadrement des aides d'Etat²⁴. Pour ce faire, les instances chargées d'assurer l'effectivité de la concurrence sur les marchés interviennent principalement *ex post* en constatant et en sanctionnant les infractions.

A partir de ces observations, certains ont pu estimer que le droit de la régulation « se distingue du droit de la concurrence car, s'il est vrai qu'on y trouve l'importance de la concurrence, il s'agit d'un droit qui la construit et la maintient, et non pas d'un droit qui la garde simplement en l'état. Par exemple, l'Autorité de régulation des télécommunications a pour objectif de construire un marché concurrentiel, en favorisant les nouveaux entrants sur ce marché, alors que le Conseil de la concurrence, d'une façon plus passive, sanctionne d'une façon neutre des comportements dommageables au marché, sans contribuer directement à la maturation du marché »²⁵. En suivant cette acception, droit de la régulation et droit de la concurrence n'auraient pas le même objectif : l'un devrait introduire, de manière volontariste, la concurrence sur un marché, l'autre la maintenir en l'état en sanctionnant ses possibles atteintes. Ils seraient ainsi complémentaires dans la mesure où le droit de la régulation

²¹ Frison-Roche M.-A. : « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, chron. p. 610.

²² Il s'agit ici d'une vision stricte du droit de la régulation qui est employée pour faciliter la clarté de la démonstration. Elle se fonde sur la distinction entre droit de la régulation et droit de la concurrence telle que mise en lumière par Marie-Anne Frison-Roche (« Le droit de la régulation », précité, p. 610). Cependant, il serait concevable d'admettre que le droit de la concurrence participe au droit de la régulation dans la mesure où il est mis en oeuvre, dans les secteurs en voie de libéralisation, pour faciliter l'ouverture des marchés.

²³ Decocq A., Decocq G., *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 2^{ème} édition, L.G.D.J., 2004, p. 9.

²⁴ Ces deux dernières composantes du droit de la concurrence sont exclues de l'étude, voir *supra*, Partie III, note n° 8.

²⁵ Frison-Roche M.-A. : « Le droit de la régulation », précité, p. 611.

interviendrait principalement *ex ante* et le droit de la concurrence *ex post*. Prise en l'état, cette vision implique qu'aucun problème de concurrence entre règles sectorielles et règles transversales ne puisse se poser²⁶. Dès lors, sans l'exclure, elle ne résout pas l'hypothèse dans laquelle les deux droits auraient vocation à s'appliquer sur une même affaire, que ce soit de manière cumulative ou alternative.

L'évolution des droits de la régulation sectorielle et de la concurrence pousse à se ranger aux côtés d'autres auteurs qui ont abordé le problème et tiré la conclusion de l'indétermination de leurs frontières respectives. En effet, « les questions et les doutes concernant les frontières de la régulation tiennent certainement à la complexification de la matière, à la difficulté objective d'établir des frontières entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence et à l'impossibilité de trouver des critères incontestés pour tracer ces frontières »²⁷. Ainsi, la différence des objectifs de ces deux droits « ne veut pas dire qu'il n'y ait pas une place pour de la régulation dans le droit de la concurrence et que le droit de la régulation conduise à écarter dans les secteurs qui y sont soumis le droit général de la concurrence »²⁸. Par cette phrase, le Professeur Jean-Yves Chérot fait émerger les deux principales justifications de la coopération entre autorités de concurrence et autorités sectorielles. La première tient au fait que les règles sectorielles et *antitrust* sont applicables de manière cumulée, voire concurrente, ce qui implique une nécessaire coopération entre les autorités chargées de les mettre en oeuvre pour déterminer les plus à même de garantir l'objectif de libéralisation. La seconde justification émane de la perméabilité entre ces deux droits. Le droit de la concurrence appliqué au secteur des services publics organisés en réseaux participe à l'ouverture des marchés. Le droit de la régulation fait intervenir des considérations inhérentes au droit de la concurrence pour faciliter la libéralisation des secteurs.

Dès lors, il convient, d'une part, d'observer que les règles sectorielles et *antitrust* sont applicables de manière cumulée, voire concurrente, dans les secteurs en voie de libéralisation

²⁶ Marie-Anne Frison-Roche évoque cette hypothèse mais uniquement en l'abordant sous l'angle de sa solution dans la mesure où elle précise l'existence d'une « double compétence des autorités de concurrence et de régulation, rendant impérative la bonne intelligence entre les deux branches du droit », Frison-Roche M.-A. : « La régulation, objet d'une branche du droit », in Frison-Roche M.-A. (dir.), « Droit de la régulation : questions d'actualité », Rencontres Petites affiches du 6 février 2002, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n° 110, p. 6.

²⁷ Boy L. : « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », European University Institute Florence, Working Paper Law, n° 2004/9, p. 9.

²⁸ Chérot J.-Y. : « Rapport introductif », in « La régulation : quelles structures ? Quels objectifs ? », précité, p. 6. Dans le même sens, Quadra-Saludo T., del Castillo F., (dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2003, p. 46; voir aussi Cambini C., Ravazzi P., Valletti T., *Il mercato delle telecomunicazioni, dal monopolio alla liberalizzazione negli stati uniti e nella UE*, édition Il Mulino, 2003, p. 92.

puis, d'autre part, de caractériser la perméabilité entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence pour démontrer les difficultés inhérentes à l'application de ces deux types de règles sur des marchés en voie de libéralisation.

2 L'application cumulée des règles sectorielles et *antitrust*

Le droit de la régulation conduit-il à écarter, dans les secteurs qui y sont soumis, le droit général de la concurrence, ou inversement ? En théorie, les premières règles sont censées prévenir l'application des secondes²⁹. Cependant, elles ne les excluent pas. Cette affirmation se déduit non seulement des textes, mais aussi de l'observation de la pratique décisionnelle. En effet, les premières directives de libéralisation témoignent du fait que la mise en oeuvre des règles du droit de la régulation n'exclut pas celles du droit de la concurrence. Il est possible de relever dans ces textes des formules comme « considérant que les dispositions de la présente directive n'affectent en rien l'application du traité, et notamment de ses dispositions relatives (...) à la concurrence »³⁰. Cette idée a aussi été mise en relief par la Commission européenne qui considère, d'une part, que « les règles de la concurrence et la réglementation sectorielle forment un ensemble cohérent de mesures propres à assurer un environnement de marché libéralisé et concurrentiel dans le secteur des télécommunications de l'Union européenne »³¹. Elle envisage, d'autre part, la possibilité qu'un même comportement puisse être appréhendé par les deux types de règles, sectorielles et transversales : « outre les règles *ex ante* que celles-ci contiennent [la directive « pleine concurrence » et la directive « interconnexion »] les dispositions du traité en matière de concurrence sont également applicables »³². Les dernières directives de libéralisation restent, quant à elles, dans des formules très générales sur la non affectation des obligations imposées

²⁹ En ce sens, Idot L. : « Règles de concurrence et régulations sectorielles », précité, p. 229.

³⁰ Directive 96/92/CE du Parlement Européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E. n° L 027 du 30 janvier 1997), considérant n° 3. Dans le même sens, voir le considérant n° 6 de la directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (J.O.C.E. n° L 204 du 21 juillet 1998). Voir aussi le considérant n° 59 de la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (J.O.U.E., n° L 52, du 27 février 2008, p. 3).

³¹ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, (J.O.C.E., n° C 265, du 22 août 1998, p. 2), pt. 149.

³² Communication de la Commission relative à la tarification de l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé, (J.O.C.E., n° C 84, du 19 mars 1998, p. 3).

par le droit national en application du droit communautaire ou par le droit communautaire lui-même³³.

La pratique témoigne aussi du fait qu'un comportement peut à la fois être saisi par la régulation sectorielle en amont, puis par les règles de concurrence en aval³⁴. Dès lors, les deux types de règles, si elles sont complémentaires, ne s'excluent pas. L'affaire *Deutsche Telekom* (D.T.) est l'exemple type de situation dans laquelle l'autorité de régulation indépendante met en oeuvre une mesure *ex ante* qui ne s'avère pas, en elle-même, suffisante pour garantir l'exercice d'une concurrence efficace et laisse, dès lors, une place pour l'intervention *ex post* d'une instance chargée de sanctionner les comportements anti-concurrentiels. La doctrine qualifie donc cette affaire d'« hypothèse de compétence cumulée entre A.R.N. et autorités de concurrence »³⁵. En l'espèce, la Commission a infligé par une décision du 21 mai 2003 des sanctions pécuniaires à Deutsche Telekom pour les tarifs pratiqués à l'égard de ses concurrents concernant l'accès à la boucle locale qui étaient plus élevés que ceux consentis aux acheteurs finaux³⁶. D.T. prétendait cependant que son comportement ne pouvait pas porter atteinte aux dispositions de l'article 82 T.C.E. dans la mesure où les tarifs avaient été préalablement approuvés par le régulateur allemand des télécommunications, Reg.T.P.³⁷. La

³³ Voir, par exemple, l'article 1, alinéa 2 de 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

³⁴ Voir pour un cas saisi par la régulation *ex ante* puis par le droit de la concurrence, l'affaire des « forfaits France Télécom » au cours de laquelle l'A.R.T. avait émis un avis négatif sur les propositions tarifaires de l'opérateur historique. Elle a ensuite saisi le Conseil de la concurrence d'une demande de mesures provisoires pour empêcher la mise en oeuvre de ces tarifs, ce qu'a fait le Conseil en enjoignant France Télécom de suspendre son offre en attendant la mise en place des conditions permettant aux autres opérateurs de proposer des offres alternatives ; Avis de l'Autorité de régulation des télécommunications, n° 00-1026, du 4 octobre 2000, sur les décisions tarifaires de France Télécom n° 00-090 relative à la commercialisation des contrats Ligne Locale et Ligne France, n° 00-249 relative à la création des contrats Ligne Locale et Ligne France Professionnel, n° 00-115 relative à une promotion sur la Ligne Locale réservée aux étudiants n° 00-230, 00-233 et 00-234 relatives à la nouvelle offre tarifaire Ligne Internet (J.O.R.F. n° 287 du 12 décembre 2000, p. 19675) ; Décision n° 00-MC-19, du 5 décembre 2000, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications ; sur ce point, Charbit N. : « Les objectifs du régulateur, entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », in Frison-Roche M.-A. (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 61, 63.

³⁵ « *Hypothesis of cumulative jurisdiction of NRAs and competition authorities* », Petit N. : « *The proliferation of national regulatory authorities alongside competition authorities : a source of jurisdictional confusion ?* », in Geradin D., Muñoz R., Petit N. : « *Regulation through Agencies in the EU. A new paradigm of European governance* », Ed. Edward Elgar, 2005, p. 192.

³⁶ Décision de la Commission du 21 mai 2003, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaires COMP/C-1/37, 451, 37.578, 37.579), notifiée sous le numéro C(2003) 1536, (J.O.U.E., n° L 263, du 14 octobre 2003), p. 9.

³⁷ RegTP, régulateur allemand des télécommunications avant la création de la *Bundesnetzagentur*, régulateur multi-sectoriel. Sur les éléments invoqués par D.T., voir la décision de la Commission du 21 mai 2003, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaires COMP/C-1/37, 451, 37.578, 37.579), notifiée sous le numéro C(2003) 1536, (J.O.U.E., n° L 263, du 14 octobre 2003), pt 53.

Commission, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour³⁸, a néanmoins posé en principe que le droit de la concurrence continue à s'appliquer lorsque la régulation sectorielle n'empêche pas les opérateurs de se livrer à un comportement autonome pouvant empêcher, restreindre ou fausser la concurrence³⁹. Le raisonnement de la Commission a été récemment confirmé, en tous points, par le Tribunal de première instance⁴⁰. Cette position est naturellement relayée par les autorités nationales de concurrence qui ont repris la logique de la décision de la Commission du 21 mai 2003 pour sanctionner des comportements ayant fait l'objet d'une mesure *ex ante* de la part du régulateur sectoriel⁴¹.

L'ensemble de la conception européenne de l'enchevêtrement des deux droits pourrait apparaître, de prime abord, tout à fait logique si le droit comparé ne démontrait pas que d'autres systèmes s'en démarquent en adoptant une position visant à cloisonner régulation sectorielle et sanction des comportements anti-concurrentiels⁴². En effet, la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis, dans l'affaire *Trinko*⁴³ est interprétée comme excluant l'application des règles de concurrence aux opérateurs d'un secteur qui ont fait l'objet de la mise en oeuvre de mesures spécifiques de régulation sectorielle⁴⁴. Dès lors, la divergence de

³⁸ Notamment pt. 34, C.J.C.E., 11 novembre 1997, *Commission et France c/ Ladbroke Racing*, aff. C-359/95, concl. G. Cosmas, 13 mai 1997, Rec. 1997, p. I-6265 ; Boutard-Labarde M. C., « Droit communautaire (Concurrence) », *J.C.P. G.*, 1998 I 109 ; Idot, L., *Europe*, Janvier 1998, p. 18 ; Jowell D., « *Commission and France versus Ladbroke Racing Limited (PMU)-Joined cases C-359 and 379/95P* », *E.C.L.R.*, 1998, p. 302.

³⁹ Décision de la Commission du 21 mai 2003, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, précitée, pt 54.

⁴⁰ T.P.I.C.E., 10 avril 2008, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff., T-271/03, non encore publié.

⁴¹ Voir, en ce sens, la décision du Conseil de la concurrence n° 04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en oeuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom (B.O.C.C.R.F., n° 1, du 21 janvier 2005) qui cite explicitement au point 201 la décision de la Commission du 21 mai 2003 et son raisonnement. Cette décision a été annulée par la Cour d'appel de Paris (C.A. Paris, 12 avril 2005, Idot L., *Europe*, janvier 2005, p. 20.) mais non sur le fondement d'une incompétence du Conseil de la Concurrence. Ce dernier arrêt a fait l'objet d'une cassation et d'un renvoi (Cass. Com., 10 mai 2006, *Association Etna contre France Télécom et SFR*, n° 05-14501, Bulletin 2006 IV n° 115 p. 116 ; Chagny M., « La pratique de ciseau tarifaire dans la téléphonie devant la Cour de cassation : à propos de l'objet de la preuve à administrer », *Communication Commerce électronique*, 2006, n° 9, p. 40 ; Decocq G., « Les conditions d'utilisation du test de ciseau tarifaire », *Contrats concurrence consommation*, 2006, n° 7, p. 31 ; Dumarcay M., « Niveau de preuve requis en cas de pratique de ciseau tarifaire », *R.L.C.*, 2006, n° 8, p. 29 ; Wachsmann A., « Affaire Ténor : La Cour de cassation casse et renvoi l'affaire devant la Cour d'appel », *Concurrences (Thomson)*, 2006, n° 3, p. 97). Le Conseil de la concurrence affirme aussi de manière générale que « l'existence d'un cadre réglementaire spécifique assurant la régulation de l'ouverture à la concurrence du secteur ne place pas celui-ci en dehors du champ d'application du livre IV du code de commerce », décision n° 05-D-59, du 7 novembre 2005, relative à des pratiques mises en oeuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit, *D.*, 2005, A.J. 3012.

⁴² Une partie de la doctrine espagnole considère que les activités régulées ne devraient pas être soumises au droit de la concurrence : Pedraz Calvo M., Rubi Navarrete J. : « *Delimitación de competencias entre los órganos horizontales de defensa de la competencia y los órganos regulatorios sectoriales* », *Anuario de la competencia* 2001, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 134.

⁴³ *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis Trinko*, 13 janvier 2004, 540 U.S., (2004), n° 02-682.

⁴⁴ En ce sens, Petit N. : « *The proliferation of national regulatory authorities alongside competition authorities : a source of jurisdictional confusion ?* », in Geradin D., Muñoz R., Petit N., *Regulation through Agencies in the EU. A new paradigm of European governance*, précité, p. 195. Voir aussi: Canivet G. : « Approche comparée Europe/Etats-Unis sur les rapports entre droit de la régulation et droit de la concurrence dans les industries de

vues entre jurisprudence européenne et jurisprudence nord-américaine suscite en elle-même la question de la possible insuffisance de la régulation *ex-ante* sur le vieux continent, ce qui impliquerait la nécessité d'une intervention postérieure des autorités de concurrence.

En sens inverse, l'application des règles *antitrust* empêche-t-elle l'intervention postérieure d'une régulation sectorielle ? La conception communautaire de la régulation sectorielle, qui vise à n'introduire de mesures de régulation *ex ante* que lorsque le droit de la concurrence ne suffit pas à assurer l'existence d'un marché ouvert⁴⁵, ne va pas dans ce sens. Dès lors, en attendant que la seule mise en oeuvre du droit *antitrust* soit suffisante pour assurer une concurrence praticable, l'intervention des deux types de règles reste nécessaire. Cela apparaît d'autant plus logique que le droit de la régulation ne se limite pas à une action *ex ante*, mais postule aussi une compétence dans le domaine du règlement des conflits. Dès lors, il apparaît que l'intervention d'autorités de concurrence n'empêche pas une saisine ultérieure de l'autorité sectorielle. C'est aussi ce que considère le régulateur des télécommunications en France. En effet, dans sa décision du 2 mars 2001, l'A.R.T. estime que le législateur « a entendu organiser des compétences complémentaires au bénéfice de la concurrence dans le secteur des télécommunications. Il ne découle ni de la lettre, ni de l'esprit des dispositions législatives précitées que l'existence d'une décision du Conseil de la concurrence puisse faire obstacle à ce que l'autorité exerce les pouvoirs qui lui sont dévolus par le législateur lorsqu'elle est compétemment saisie sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 36-8 »⁴⁶. L'A.R.T. précise cependant que la décision du Conseil de la concurrence en question n'a ni le même objet, ni le même effet que la décision de règlement du différend et que l'auteur de la saisine est distinct. Cette considération, proche des critères de l'autorité de chose jugée, vise très pratiquement à éviter que les décisions de ces instances

réseaux : le point de vue du juge » disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr> ; Naugès S. : « L'articulation entre le droit commun de la concurrence et le droit de la régulation sectorielle », *A.J.D.A.*, 2007, p. 672, qui considère que la Cour Suprême « a freiné les tentatives d'ingérence du droit commun de la concurrence dans la régulation sectorielle en affirmant l'autonomie de ces deux branches du droit » ; Choné P. : « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.) : « Les engagements dans les systèmes de régulation », précité, p. 61.

⁴⁵ Voir par exemple le considérant 27 de la directive 2002/21/CE, précitée. De même, selon la Commission, « la décision de recenser un marché parmi ceux pour lesquels une éventuelle réglementation *ex ante* se justifierait doit dépendre également d'une évaluation de l'efficacité suffisante du droit de la concurrence à réduire ou à supprimer ces barrières ou à rétablir une concurrence effective », recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2001/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.U.E. n° L 114, du 8 mai 2003, p. 45), pt. 15.

⁴⁶ Décision n° 01-253 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 2 mars 2001 se prononçant sur un différend entre Liberty Surf Télécom et France Télécom relatif aux conditions tarifaires de l'offre ADSL Connect ATM, p. 6.

ne fassent « doublon » ainsi qu'à dissuader les opérateurs d'abuser de la possibilité de mettre en concurrence l'A.N.C. et les ARI.

Dès lors, le droit de la régulation et le droit *antitrust* sont d'applicabilité cumulée pour assurer l'ouverture des marchés de services publics organisés en réseaux. La question qui se pose est celle de déterminer, au cas par cas, quelles sont les règles les plus adaptées pour assurer l'objectif de libéralisation tout en évitant une hypothèse de concurrence des droits. En l'absence de règles de conflit, une coopération des régulateurs est nécessaire pour solutionner ce problème. Une autre justification de la nécessité de la coopération entre les A.R.N. et les A.N.C. tient à la perméabilité entre le droit de la régulation et le droit *antitrust*.

3 La perméabilité entre le droit de la régulation et le droit *antitrust*

Pour démontrer la perméabilité entre ces deux types de règles, il convient de se poser la question de savoir si le droit de la concurrence inclut une part de régulation et si le droit de la régulation fait appel à des considérations issues des règles *antitrust*. En d'autres termes, pour résoudre la première partie de ce problème, les instances chargées de maintenir la concurrence sur un marché se limitent-elles à cette fonction ou contribuent-elles à l'introduction d'une dose de concurrence, participant ainsi à l'objectif et à la fonction de régulation ? Le Conseil de la concurrence français, en faisant usage de la théorie des « facilités essentielles »⁴⁷, ne se limite pas à sanctionner un abus de position dominante, mais

⁴⁷ Selon la théorie des facilités essentielles ou infrastructures essentielles, « une entreprise qui contrôle et exploite une installation (services ou infrastructures) à partir de laquelle elle assure un service ne peut, sans abuser de sa position dominante, refuser sans justification objective l'accès à cette installation à ses concurrents pour exercer leurs activités sur le marché concerné ou accorder l'accès à des conditions discriminatoires. Un tel comportement est prohibé par les dispositions [relatives au droit de la concurrence] », in « Les entretiens de l'Autorité. Le droit des télécommunications : bilan et perspectives », 23 mars 1999, *L.P.A.*, 10 septembre 1999, n° 81, p. 3. Pour une première application de cette théorie en France, voir : CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 30 juin 1998, *Héli-Inter assistance*, n° 97/24419 ; Maleurie-Vignal M., *Contrats Concurrence Consommation*, 1998, n° 12, p. 11 ; dans le domaine des communications électroniques : CA Paris, 1^{er} ch., sect. A, 1^{er} septembre 1998, *SFR c/ France Télécom*, n° 98/12345, *D.*, aff. 1998, p. 1559 ; dans le domaine de l'électricité : CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 27 janvier 1998, *EDF*, n° 97/04323, B.O.C.C.R.F. du 17 février 1998 ; Blazy S. et Adam C., *A.J.D.A.*, 1998, n° 5, p. 435 ; Sablière P., *C.J.E.G.*, 1998, n° 544, p. 251, *D.*, aff., 1998, p. 326. Sur la notion d'infrastructures essentielles qui « irrigue les régulation sectorielles », voir : « La notion d'infrastructure essentielle dans la régulation sectorielle », in La Lettre de l'ARCEP, janvier – février 2008, p. 21 ; Bazex M. : « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles » *Rev. conc. et consom.*, 2001, n°119, p. 37. En droit communautaire : C.J.C.E., 6 avril 1995, *RTE et ITP c/ Commission*, dit « Magill », aff. C-241/91, concl. Gulmann C., 1^{er} juin 1994, *Rec.*, p. I-743 ; Blaise J. B., Robin-Delaine C., *R.A.E.*, 1995, n° 3, p. 107 ; Blaise J. B., *R.T.D.E.*, 1996, p. 747 ; Bonnet G., *R.T.D.E.*, 1995, p. 835 ; Carreau C., « Droit d'auteur et abus de position dominante: vers une éviction des législations nationales? (A propos de l'affaire Magill) », *Europe*, Juillet 1995, p. 1 ; voir aussi : Wengarten F. : « La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire », *C.J.E.G.*, 1998, p. 472 ; Furese M. : « The "essential facilities" doctrine in community law », *E.C.L.R.*, 1995, p. 469. Glasl D. : « Essential facilities doctrine in EC antitrust law: a contribution to the current debate », *E.C.L.R.*, 1994, p. 306.

« s'immiscer de façon très nette dans l'équilibre de certains marchés » en participant à l'ouverture de l'accès aux réseaux⁴⁸. L'examen des décisions du Conseil de la concurrence français démontre, par exemple, que celui-ci participe à l'édification de marchés concurrentiels. En effet, dans une décision du 27 février 2002, l'autorité de concurrence enjoint France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur Extranet permettant d'accéder aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'A.D.S.L. que celles dont dispose sa filiale Wanadoo Interactive⁴⁹. Cette dernière disposant du réseau des agences de France Télécom pouvait facilement vendre son abonnement Internet et fournir rapidement aux clients l'information sur la faisabilité de la connexion à l'A.D.S.L. Les autres fournisseurs d'accès ne disposaient pas de ces facilités. Par ailleurs et selon le dossier, France Télécom aurait tardé à améliorer la fiabilité de l'information donnée aux autres fournisseurs d'accès sur l'éligibilité des lignes téléphoniques. Dès lors, le Conseil de la concurrence, dans sa décision, confirmée par la cour d'appel de Paris⁵⁰, enjoint France Télécom de suspendre la commercialisation de l'offre d'accès dans ses agences commerciales jusqu'à ce que l'outil Extranet soit disponible pour l'ensemble des fournisseurs d'accès. Cette décision contribue à la construction d'un marché concurrentiel des télécommunications par le biais d'une injonction de faire qui est aussi « l'unique moyen de mettre fin à une discrimination structurelle susceptible d'affecter les opérateurs et le marché »⁵¹. Dans le même sens, le Conseil de la concurrence « grâce à son pouvoir d'injonction, de suppression ou de modification des stipulations contractuelles, peut à sa guise remodeler le contrat »⁵² et, de ce fait, joue un rôle de régulation. En effet, le droit de la concurrence ne se limite plus à la sanction des comportements anti-concurrentiels, mais de nouvelles procédures peuvent être mises en place comme l'acceptation d'engagements, la transaction ou des mesures conservatoires, utiles pour influencer, entre autres, l'ouverture d'un marché régulé⁵³.

Si le droit de la concurrence implique une part de régulation, le droit de la régulation implique aussi, sans aucun doute, une part de concurrence. En témoigne de manière frappante

⁴⁸ En ce sens, Chérot J.-Y. : « Rapport introductif », in « La régulation : quelles structures ? Quels objectifs ? », précité, p. 3 ; Boy L. : « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », précité, p. 7.

⁴⁹ Décision n° 02-MC-03 du 27 février 2002, relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France.

⁵⁰ C.A. Paris, 9 avril 2002, n° 2002/04508.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Boy L. : « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », précité, p. 9. Sur les pouvoirs du conseil de la concurrence sur les contrats, voir : Frison-Roche M.-A. : « Contrat, concurrence, régulation », *R.T.D. Civ.*, 2004, p. 451.

⁵³ Articles L. 464-1 et suivants du code de commerce.

la possibilité, relevée pour l'A.R.T. par le Conseil Constitutionnel, de « trancher des litiges relevant du droit de la concurrence »⁵⁴ qui, « au cas où les opérateurs n'auront pas choisi de saisir l'Autorité de régulation, (...) seront portés (...) devant le Conseil de la concurrence »⁵⁵. Dès lors, si dans le cadre d'un règlement des différends, le législateur a prévu que l'opérateur pouvait saisir au choix le régulateur sectoriel ou l'autorité de concurrence, c'est bien la matérialisation du fait qu'une même affaire peut être résolue par des instruments sectoriels ou par le droit de la concurrence. En effet, la résolution des litiges relatifs à l'accès aux réseaux est très proche, sinon équivalente à l'hypothèse de l'abus de position dominante fondé sur la théorie des infrastructures essentielles. De plus, le droit de la régulation emprunte les principes et méthodes du droit de la concurrence entendu au sens large, lorsqu'il s'agit d'analyser les marchés pertinents et de désigner les opérateurs bénéficiant d'une position dominante⁵⁶. En effet, conformément aux dispositions communautaires⁵⁷, l'ARCEP, comme les autres ARI⁵⁸, doit déterminer, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, les marchés du secteur des communications électroniques pertinents⁵⁹. Elle établit ensuite la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés au regard des critères de la notion de position dominante dégagés en droit de la concurrence⁶⁰, et introduits dans le C.P.C.E.⁶¹. En ce sens, les notions utilisées en droit de la concurrence sont très souvent prises en compte par les ARI. Dès lors, il y a une place pour la régulation dans le droit de la concurrence, comme le laisse entendre le Professeur Jean-Yves Chérot, et sans aucun doute une place pour le droit de la concurrence

⁵⁴ Décision n° 96-378 du 23 juillet 1996, précitée, considérant n° 23.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Voir l'article L 37-1 du C.P.C.E.

⁵⁷ Articles 14 et 16, de la directive 2002/21/CE, précitée.

⁵⁸ Voir par exemple l'article 19 du décret-loi n° 259, du 1^{er} août 2003, « *Codice delle comunicazioni* » (G.U. n° 214, du 15 septembre 2003) en Italie, et l'article 10 de la *ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003), en Espagne.

⁵⁹ Article L 37-1 C.P.C.E.

⁶⁰ Selon la directive cadre, la position dominante est caractérisée lorsqu'une entreprise, individuellement ou conjointement avec d'autres est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs (article 14 de la directive 2002/21/CE, précitée). La Cour de Justice, dès 1979, a défini la position dominante comme « une situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs », pt. 38 de C.J.C.E., 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. C-85/76, concl. G. Reischl, Rec., p. 461 ; Dhaeyer B., « L'article 86 du traité de Rome et les contrats d'approvisionnement assortis de rabais de fidélité », *J.T.*, 1979, p. 401 ; Krsjak P., « Décision de principe de la Cour de justice relative à la position dominante selon l'art. 86 du traité CEE », *La vie judiciaire*, 1979, n° 1727, p. 1 ; Laurent, Ph., « Quelques éclaircissements sur l'abus de position dominante », *Gaz. Pal.*, 1980, III, p. 64.

⁶¹ Article L 37-1 C.P.C.E. : « Est réputé exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques tout opérateur qui, pris individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs ».

dans le droit de la régulation mis en oeuvre par les autorités sectorielles⁶². Les deux types de règles sont donc perméables, ce qui rend difficile leur mise en oeuvre par des autorités spécialisées.

Dès lors, l'application cumulée de règles, dont les frontières sont floues et concourent toutes à la réalisation d'un objectif ultime de concurrence praticable sur un marché en voie de libéralisation, justifie le recours à des mécanismes de coopération entre autorités. Les législateurs nationaux, conscients des difficultés inhérentes à l'application du droit de la régulation et du droit des pratiques anticoncurrentielles sur le même secteur en transition, n'ont cependant pas tous opté pour la même conception de la répartition des compétences entre les instances chargées de les mettre en oeuvre. Les pays de tradition romano-germanique ont confié de manière exclusive l'application des règles du droit *antitrust* dans ces secteurs à leurs A.R.N. Le législateur du Royaume-Uni a organisé un système de compétences concurrentes entre les ARI et les A.N.C. En d'autres termes, le choix s'est fait entre la spécialisation et la concurrence des compétences. Cependant, quelle que soit la solution trouvée, l'interrégulation reste nécessaire dans la mesure où ceux qui mettent en oeuvre la règle ne sont pas spécialistes à la fois du droit de la concurrence et du droit sectoriel.

B L'indifférence du choix opéré par les Etats membres

Le droit communautaire, selon le principe d'autonomie institutionnelle, ne s'intéresse pas au problème de l'organe chargé de mettre en oeuvre les règles sectorielles ou de concurrence. En effet, les directives relatives aux domaines des communications électroniques et de l'énergie imposent uniquement que les Etats membres désignent un ou plusieurs organismes chargés d'exercer les fonctions d'autorités de régulation⁶³. Dès lors, l'autorité de

⁶² En témoigne la prise en compte de notions de droit de la concurrence par les autorités de régulation sectorielles dans l'analyse des marchés de produits et de services. La Commission plaide, dans sa recommandation, pour une application subsidiaire du droit de la régulation si le droit de la concurrence ne peut pas remédier à des défaillances persistantes sur le marché : Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2001/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.U.E. n° L 114, du 8 mai 2003, p. 45), respectivement points 17 et 16. Dans le sens inverse, Guy Canivet développe le point de « l'imprégnation du droit de la concurrence par les méthodes de la régulation sectorielle », Canivet G. : « Approche comparée Europe/Etats-Unis sur les rapports entre droit de la régulation et droit de la concurrence dans les industries de réseaux : le point de vue du juge » disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr>.

⁶³ Article 2, directive 2002/21/CE, précitée ; article 25, alinéa 1, directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 57) ; article 23, alinéa 1, directive

concurrence, comme ce fut le cas en Allemagne, aurait pu être désignée comme A.R.N. En sens contraire, l'autorité de régulation sectorielle peut, conformément à la directive postale, être chargée de mettre en oeuvre le droit *antitrust* dans le secteur⁶⁴. Ce dernier texte laisse explicitement aux Etats membres l'opportunité de décider si l'autorité sectorielle sera, ou non, chargée d'assurer le respect des règles de la concurrence dans le secteur postal. Finalement, la comparaison entre les directives de libéralisation des services publics organisés en réseaux démontre que le droit communautaire n'est ni hostile à la spécialisation des ARI, ni à l'accroissement de leur champ de compétences en droit de la concurrence. La constante vision téléologique des instances communautaires s'oriente simplement vers une harmonisation cohérente entre application des droits sectoriel et *antitrust*.

Par conséquent, les législateurs nationaux ont dû faire un choix entre l'intégration de la régulation dans les compétences de l'autorité de concurrence, la spécialisation des autorités ou la concurrence des compétences de sanction des comportements *antitrust*. La première solution a été adoptée en Allemagne, mais faute de succès, abandonnée au profit de la deuxième solution comme, désormais, l'ensemble des pays de tradition romano-germanique. Ainsi, en France, en Italie et depuis peu en Espagne, les ARI n'ont pas à connaître des questions de répression des atteintes au droit de la concurrence. En Allemagne, en revanche, depuis 2005⁶⁵, l'A.N.C. applique les règles *antitrust* sauf en ce qui concerne les abus de position dominante et les discriminations prohibées, qui restent de la compétence de l'ARI, si elles relèvent strictement du cadre de la loi sur l'agence de réseau fédérale. Enfin, outre-manche, la troisième solution a fait florès. Le droit *antitrust* est, dans le domaine des services publics organisés en réseaux, à la fois mis en oeuvre par les ARI et l'A.N.C.

2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 37).

⁶⁴ Article 1, paragraphe 20, la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (J.O.U.E., n° L 52, du 27 février 2008, p. 3).

⁶⁵ Loi du 7 juillet 2005, sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, (« *Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen* ») (BgbI. I P. 2009).

1 L'abandon de l'unification des compétences en Allemagne

De 1998 à 2005, le législateur allemand a chargé l'autorité de la concurrence (« *Bundeskartellamt* ») de la régulation du domaine énergétique. En effet, la loi du 24 avril 1998, définissant les nouvelles règles juridiques applicables au secteur de l'énergie⁶⁶, n'a pas créé de régulateur spécialisé mais a mis en place un système dans lequel les compétences de l'autorité de concurrence étaient censées assurer la fonction de régulation du marché. Cette dernière ne méritait donc pas d'être individualisée au sein d'une institution *ad hoc*. La doctrine allemande considérait aussi qu'il revenait aux entreprises d'infrastructures de réseaux d'assurer directement, sous le contrôle de l'Office fédéral des cartels (« *Bundeskartellamt* »)⁶⁷, la régulation des activités de fourniture dans un cadre concurrentiel, conformément aux textes sectoriels et *antitrust*⁶⁸.

Cependant, ce système hybride, à mi-chemin entre ce qui pourrait être qualifié de régulation par une autorité de concurrence et d'autorégulation⁶⁹, a montré ses faiblesses assez rapidement. En effet, le *Bundeskartellamt* n'a pas fait preuve de l'efficacité souhaitée dans la mesure où cette autorité ne disposait pas des moyens nécessaires pour mettre fin à l'ensemble des pratiques susceptibles de restreindre la concurrence dans le secteur énergétique⁷⁰.

⁶⁶ Loi du 24 avril 1998 définissant les nouvelles règles juridiques applicables au secteur de l'énergie, « *Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts* », (B.G.B.I., I, p. 730).

⁶⁷ Pour une opinion doctrinale, voir, par exemple, l'intervention de Dieter Wolf, Président du *Bundeskartellamt*, qui expliquait qu'il n'était pas favorable à la création d'autorités sectorielles dans le domaine de l'énergie puisque celles-ci deviennent captives, Wolf D. : « La régulation et la concurrence en Allemagne », in Frison-Roche M.A., Cohen-Tanugi L. (dir.) : « La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels », Colloque D.G.C.C.R.F. du 25 mars 1998, *L.P.A.*, 10 juillet 1998, n° 82, p. 34 ; voir aussi : Courivaud H., *L'introduction de la concurrence dans les activités de réseaux électriques : éléments de comparaison entre la France et l'Allemagne*, thèse, Paris Sud XI, décembre 2000, p. 151.

⁶⁸ Loi du 27 juillet 1957 relative aux restrictions de concurrence, modifiée (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB)) (BgbI. I S. 1081).

⁶⁹ L'autorégulation a fait l'objet de la définition suivante : « On entend par autorégulation la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de conduite ou accords sectoriels) » ; in Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et Commission, « Mieux légiférer » (J.O.C.E., n° C 321, du 31 décembre 2003, p. 1). Voir aussi : Cafaggi F. : « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », in « La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? », colloque organisé par l'ENA, le 29 janvier 2004, *R.F.A.P.*, n° 109, p. 23.

⁷⁰ En ce sens, Tuot T. : « Il n'y aura pas de marché ouvert sans régulateur », *L.P.A.*, 23 octobre 2002, n° 212, p. 4.

L'unification des compétences de régulation sous l'empire de l'autorité de concurrence, telle que pratiquée en Allemagne ou dans d'autres pays⁷¹ aurait pu se produire en France. L'hypothèse a d'ailleurs été envisagée. Cependant, le Conseil de la concurrence s'est révélé assez réticent face à cette option comme en témoigne l'esprit général de son rapport du 28 avril 1998⁷². Il convient certainement de se ranger derrière cette opinion. En effet, outre l'inadaptation technique d'une instance chargée de sanctionner les comportements *antitrust* à la complexité des fonctions de la régulation, il faut mettre en avant l'intérêt de la dissociation de ces deux autorités. Sans revenir sur les définitions du droit de la régulation et du droit *antitrust*, il est possible d'estimer que, globalement, une autorité de concurrence agit dans une optique purement concurrentielle (même si elle contribue parfois à réguler des marchés) et qu'une ARI agit en gardant pour ligne de mire l'équilibre entre concurrence et missions de service public. Dès lors, la confrontation entre une vision strictement concurrentielle et une vision de régulation apparaît salutaire pour assurer une ouverture complète des marchés. En ce sens, l'unification des compétences, tout du moins au regard de la configuration actuelle des services publics en réseaux dans les Etats membres évoqués, ne semble pas être une solution adaptée. D'ailleurs, à partir de 2005⁷³, l'Allemagne a abandonné cette conception de la régulation et s'est dotée d'un régulateur spécialisé. Elle rejoint donc les autres pays de tradition romano-germanique ayant opté pour la spécialisation des compétences.

2 La spécialisation des compétences dans les pays de tradition romano-germanique

Evoquer la spécialisation des compétences dans les pays de tradition romano-germanique ne veut pas dire que les ARI ne prennent pas en compte les règles et notions de droit de la concurrence, mais seulement qu'elles ne sont pas chargées de mettre en oeuvre ces règles⁷⁴.

⁷¹ Voir par exemple l'Australie et la Nouvelle-Zélande (cette dernière ayant abandonné ce système pour celui de l'autorité sectorielle).

⁷² Conseil de la concurrence, avis n° 98-A-05 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, spéc. p. 30 à 33.

⁷³ Loi du 7 juillet 2005, sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, précitée.

⁷⁴ C'est-à-dire de sanctionner les comportements anti-concurrentiels sur le fondement des règles de concurrence. Pour la prise en compte des règles du droit de la concurrence par les ARI, voir *supra*, p. 559 et s.

En France, le législateur a opéré une stricte spécialisation des compétences entre les autorités sectorielles et générales. En effet, les travaux réalisés en vue de la réforme de l'organisation des télécommunications de 1996 précisait déjà qu'il n'y avait aucune raison d'exclure du champ de compétence du Conseil de la concurrence « les problèmes de concurrence pouvant se poser, en matière de télécommunications, dans des termes de droit commun : abus de position dominante, refus de vente, ententes et autres pratiques entravant la libre concurrence »⁷⁵. La loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996⁷⁶ organise en ce sens une stricte répartition des compétences selon les vues convergentes du Gouvernement et du Parlement sur le « refus de construire un droit spécifique de la concurrence pour les télécommunications »⁷⁷. Dès lors, le régulateur des télécommunications, puis des communications électroniques et des postes, conformément au principe de spécialité, n'intervient que dans le champ de compétences défini par le C.P.C.E. La même logique a été adoptée pour la CRE au regard de la loi de 2000⁷⁸. De son côté, le Conseil de la concurrence conserve sa compétence générale pour sanctionner les abus de position dominante et ententes restreignant la concurrence.

L'étude des décisions des ARI françaises démontre d'ailleurs un strict respect de ce partage de compétences. Par exemple, saisie dans le cadre d'un règlement de différend entre ICS France et France Télécom, l'A.R.T. se déclare incompétente en estimant qu'« il n'appartient pas à l'Autorité, sur le fondement des compétences qui lui ont été dévolues par les dispositions de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications, de se prononcer sur l'abus allégué de position dominante de France Télécom »⁷⁹. Dans le même sens, la CRE a souvent été amenée à entendre des critiques fondées sur des comportements supposés être constitutifs d'abus de position dominante. Elle y a répondu en invitant explicitement les parties à saisir le Conseil de la concurrence, sachant qu'elle ne pouvait statuer, lorsqu'elle était saisie sur le fondement de l'article 38 de la loi du 10 février 2000 modifiée, sur le caractère anticoncurrentiel d'une pratique⁸⁰.

⁷⁵ « L'avenir de France Télécom, un défi national », Rapport du Sénateur Gérard Larcher, n° 260, Commission des affaires économiques et du plan, 1995-1996, titre II, chapitre II. Sénat, Annexe Séance 29 mai 1996, Doc. Parlem. n° 260.

⁷⁶ Loi n° 96-659, du 26 juillet 1996, de réglementation des télécommunications. (J.O.R.F. du 27 juillet 1996, p. 11384).

⁷⁷ Lasserre B. : « L'autorité de régulation des télécommunications, ART », *A.J.D.A.*, 1997, n° spécial « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation » p. 228.

⁷⁸ Loi n° 2000-108, du 10 février 2000, précitée.

⁷⁹ Décision n° 00-703 de l'Autorité de régulation des télécommunications, du 7 juillet 2000, se prononçant sur un différend entre ICS France et France Télécom relatif à l'exécution d'un contrat de vente en gros de trafic international.

⁸⁰ Décision de la Commission de régulation de l'énergie, du 27 mai 2004, se prononçant sur un différend qui oppose la SARL DE LA TORRE à Electricité de France (EDF) relatif aux conditions de raccordement d'une

L'Allemagne et l'Italie ont aussi opté pour une stricte spécialisation des compétences entre l'autorité chargée de la régulation du secteur et celle chargée de mettre en oeuvre les règles de concurrence. L'Allemagne présente cependant une spécificité de taille par rapport aux autres Etats membres. Si le *Bundkartellamt* avait, avant la loi du 7 juillet 2005⁸¹, compétence exclusive en matière de concurrence dans les services publics organisés en réseaux⁸², il n'en est plus ainsi. En effet, les articles 19 et 20 de la loi sur les restrictions de concurrence⁸³, attribuant compétence au *Bundkartellamt* pour sanctionner les abus de position dominante et pratiques discriminatoires, ne s'appliquent pas dès lors que la loi sur l'agence de réseau fédérale contient des dispositions spécifiques de régulation dans les domaines concernés, c'est-à-dire l'énergie, les postes, télécommunications et chemins de fer⁸⁴. Par conséquent, l'autorité de concurrence allemande ne peut plus être saisie sur le fondement des articles précités à partir du moment où la *Bundesnetzagentur* détient une compétence exclusive selon les dispositions légales. En d'autres termes, la loi spéciale déroge à la loi générale. Au regard des articles 19 et 20 de la loi sur les restrictions de concurrence, qui prohibent, en substance, les abus de position dominante et les pratiques discriminatoires, la séparation de compétences telle que conçue en Allemagne apparaît fondée sur une conception assez optimiste du droit de la régulation. En effet, selon cette conception, l'ensemble des abus, notamment relatifs à l'accès aux réseaux, peut être appréhendé par l'autorité de régulation sectorielle par le biais des mesures *ex ante*, ainsi que de la procédure de règlement des différends, sans que les règles de concurrence n'aient à s'appliquer. La loi du 7 juillet 2005 organisant cette dérogation précise enfin que, pour le reste, les compétences du *Bundkartellamt* sont inchangées. Ainsi, il demeure compétent, dès lors que l'on sort du champ d'application de la loi sur l'agence fédérale de réseaux, en ce qui concerne le contrôle des concentrations ou les ententes restreignant la concurrence.

centrale thermique au réseau public de distribution, p. 13 ; voir aussi la Décision de la Commission de régulation de l'énergie, du 4 juin 2004, se prononçant sur un différend qui oppose la Société Clariant Huningue à la SAEML Hunélec relatif aux conditions financières d'acheminement de l'énergie électrique pour son usine de fabrication de produits chimiques, p. 11.

⁸¹ Loi du 7 juillet 2005, sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, précitée.

⁸² En ce sens, Gérardin D. : « L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau, analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation », *C.D.E.*, 1999, p. 46.

⁸³ Loi du 27 juillet 1957 relative aux restrictions de concurrence, modifiée, précitée : article 19 : « Abus d'une position dominante sur le marché. (1) Est interdit le fait par une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché (...) » ; article 20 : « Interdiction des pratiques discriminatoires et des entraves déloyales. (1) Il est interdit aux entreprises qui occupent une position dominante sur le marché, (...) d'empêcher, directement ou indirectement et de manière inéquitable, une autre entreprise d'accéder à un marché normalement accessible à des entreprises similaires ou de lui infliger, de façon directe ou indirecte, un traitement discriminatoire injustifié par rapport à ces entreprises similaires ».

⁸⁴ Article 111 de la loi du 7 juillet 2005, sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, précitée.

En Italie, la spécialisation des compétences est de mise, mais cette fois-ci, selon les mêmes modalités qu'en France et dorénavant en Espagne. En effet, la loi du 14 novembre 1995⁸⁵ ne donne aucune compétence aux autorités de régulation pour sanctionner les infractions aux dispositions générales de concurrence. Celles-ci relèvent par conséquent de l'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* (A.G.C.M.) qui se charge notamment de mettre en oeuvre les dispositions des sections 2 et 3 de la loi du 10 octobre 1990⁸⁶ prohibant les abus de position dominante et les ententes portant atteinte à la concurrence.

Le cumul des compétences sur le champ de l'application des règles de concurrence a fait place à une stricte spécialisation en faveur de l'autorité de concurrence dans le secteur des télécommunications en Espagne⁸⁷. A l'origine de la mise en place de la C.M.T., l'idée était de créer un organe dont la compétence première était de veiller à introduire et sauvegarder une concurrence efficace sur le marché. Par conséquent, la loi de libéralisation des télécommunications⁸⁸ confiait au régulateur sectoriel, de manière assez vague, plusieurs fonctions dans le domaine du droit de la concurrence⁸⁹. La C.M.T. était chargée, non seulement de veiller à la libre concurrence sur le marché des télécommunications, mais aussi d'adopter les mesures nécessaires pour sauvegarder celle-ci. Elle devait enfin exercer un contrôle sur la procédure de concentration des entreprises de ce même marché⁹⁰. Fort de la confusion des compétences entre l'autorité de concurrence et la C.M.T., la loi de 1998 et les actes postérieurs⁹¹ ont tenté d'organiser une répartition plus précise, sans avoir recours à des

⁸⁵ Loi n° 481 du 14 novembre 1995, « *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* » (G.U., n° 270, supplément ordinaire du 18 novembre 1995).

⁸⁶ Loi n° 287, du 10 octobre 1990 « *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato* » (G.U. n° 240 du 13 octobre 1990).

⁸⁷ Dans le domaine énergétique, la C.S.E.N., puis la C.N.S.E., pouvaient prétendre détenir une compétence dans le domaine du droit de la concurrence. En effet, la loi de 1994 disposait que la C.S.E.N. devait veiller à ce que les opérateurs mènent leur activité sans pratiques restrictives de la concurrence ou n'abusent de leur position dominante (article 8, 1) alinéa 15 de la *ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional (LOSEN)*, (BOE, n° 313, du 31 décembre 1994)). La loi de 1997 transformant la C.S.E.N. en C.S.N.E. maintient ce doute dans l'exposé des motifs (*ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico*, (BOE, n° 285, du 28 novembre 1997)). La réforme de 1998 a mis fin à la controverse en imposant à la nouvelle C.N.E. de transmettre à l'autorité de concurrence toute suspicion sur une pratique pouvant retreindre la concurrence : onzième disposition additionnelle, paragraphe 3, alinéa 1, 12), *ley 34/1998 de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

⁸⁸ *Ley 12-1997 de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones* (BOE, n° 99 du 25 avril 1997).

⁸⁹ Voir par exemple González del Valle y Herrero M., *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid, 1999, p. 120.

⁹⁰ Respectivement, lettres c), f) et g), de l'article 1, paragraphe 2, point 2 de la *ley 12-1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones* (BOE n° 99 du 25 avril 1997).

⁹¹ *Ley 11-1998 de 24 de abril, general de telecomunicaciones* (BOE, n° 99 du 25 avril 1998), *ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la ley 16-1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia* (BOE, n° 311, du 29 décembre 1999).

formules générales, pour éviter une intrusion de l'ARI dans le champ d'autres organes⁹². Cependant, ces réformes n'ont pas eu grand succès puisque dans son arrêt du 17 septembre 2002, l'*Audiencia nacional* reconnaît la compétence de la C.M.T. pour qualifier une pratique d'anti-concurrentielle et mettre en oeuvre les mesures tendant à sauvegarder la concurrence sur le marché des télécommunications⁹³.

Il a donc fallu attendre la loi du 3 novembre 2003⁹⁴ pour que l'ordre juridique espagnol connaisse une clarification des compétences respectives de l'autorité de la concurrence et de la C.M.T. Désormais, la première est, comme en France ou en Italie, chargée à titre exclusif de mettre en oeuvre les dispositions tirées du droit *antitrust* issu de la loi du 17 juillet 1989⁹⁵. Le régulateur sectoriel s'est donc vu retirer non seulement la possibilité de prendre des mesures d'application directe sur le fondement de la loi de défense de la concurrence, mais aussi l'opportunité de contrôler les accords de concentration entre entreprises⁹⁶. Cette clarification était appelée de ses vœux par la doctrine, d'autant plus qu'à l'époque des compétences concurrentes, celles-ci n'étaient pas explicitement le fait du législateur mais plutôt de l'incertitude rédactionnelle des textes en vigueur⁹⁷. Au contraire, le Royaume-Uni connaît encore un système de compétences concurrentes, mais organisé sciemment par le législateur.

3 La concurrence des compétences au Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, le système se caractérise par la concurrence des organes chargés de mettre en oeuvre le *Competition Act* de 1998⁹⁸. Cette organisation se justifiait au moment des privatisations et de la mise en place des autorités de régulation sectorielles par le fait que la

⁹² Chillón Medina J.-M. Escobar Roca G., *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Dykinson S.L., 2001, p. 162.

⁹³ *Sentencia de la Audiencia nacional*, du 17 septembre 2002. Sur ce point, voir Terrón Santos D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Comares, 2004, p. 192.

⁹⁴ *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003).

⁹⁵ *Ley 16-1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia* (BOE, n° 170, du 18 juillet 1989).

⁹⁶ Sur ce point, depuis la loi de 2003, la C.M.T. ne donne plus qu'un avis préalable, article 48, 3), f) de la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, précitée.

⁹⁷ Sur les problèmes d'interprétation des compétences respectives du *Servicio de defensa de la competencia* et de la C.M.T., voir par exemple : González-Varas Ibáñez S., *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Comares, Granada 2001, p. 151 ; Torre Cavia M., « *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones* », in Cremades Javier (dir.) *Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley-Actualidad, Ministerio de fomento, Madrid 1997, p. 1125; Alonso Soto R.: « *Los organismos reguladores y la defensa de la competencia: comisión del mercado de las telecomunicaciones v. autoridades de defensa de la competencia* », in Beneyto Pérez J.-M. (dir.) *Regulación y competencia en telecomunicaciones*, Instituto de Estudios Europeos, Dykinson, Madrid, 2002, p. 337 et s;

⁹⁸ *Competition Act 1998* (1998, c. 41). En ce sens, Gérardin D. : « L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau, analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation », *C.D.E.*, 1999, p. 46.

loi sur la concurrence était relativement peu contraignante et efficace⁹⁹. Les règles *antitrust* sont donc rapidement apparues insuffisantes pour encadrer l'activité des *public utilities*. L'octroi de compétences en matière de concurrence aux ARI trouvait donc sa justification dans les enjeux liés à l'ouverture des marchés, encore récemment organisés sous forme de monopole, et la difficulté technique de cette tâche¹⁰⁰. Si la justification conjoncturelle a partiellement disparu, la place privilégiée des ARI par rapport au secteur et la complexité des affaires expliquent encore la continuité du système dans une logique de concurrence des autorités pour appliquer le droit *antitrust*¹⁰¹.

Par conséquent, à l'heure actuelle, tant les régulateurs sectoriels que l'autorité de concurrence peuvent avoir à connaître des abus de position dominante et ententes susceptibles de fausser la concurrence. En effet, l'annexe 10 du *Competition Act* précise, en substance, que les autorités sectorielles de régulation peuvent exercer, concurremment avec l'*Office of fair trading*, les fonctions de la partie I (intitulée « *competence* »), notamment en ce qui concerne les accords, décisions et pratiques concertées ou les abus de position dominante¹⁰². Cette attribution de compétences permet d'ailleurs de dire, en s'appuyant sur les rapports d'activité des régulateurs sectoriels¹⁰³, que ceux-ci sont à la fois des ARI et des autorités nationales de concurrence (spécialisées dans leur secteur) en fonction des règles qu'elles sont chargées d'appliquer. En revanche, ces compétences restent limitées. En effet, les régulateurs outre-

⁹⁹ En ce sens, Isidoro C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en oeuvre*, thèse, L.G.D.J., tome 242, 2006, p. 444.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Les ministères de l'économie et des finances ainsi que du commerce et de l'industrie considèrent que la concurrence des compétences est justifiée dans la mesure où le régulateur a une connaissance approfondie du secteur. Il est aussi le mieux placé pour trouver des solutions aux plaintes fondées sur des comportements contraires au droit de la concurrence et enfin il est capable d'évaluer si les comportements seront régulés de manière plus efficace par le biais du droit sectoriel ou du droit de la concurrence : « *Concurrency is desirable for several reasons – first, the regulator has detailed knowledge of the sector, and may be best placed to understand complaints being made under competition legislation and to come up with appropriate remedies. Second, sectoral regulators are also better placed to spot competition problems in the markets they regulate, even in the absence of specific complaints. Third, and perhaps most importantly, having concurrent powers means that the regulator is able to judge whether conduct will be more appropriately regulated by sector-specific regulation or the use of general competition powers* », « *Concurrent competition powers in sectoral regulation* ». Report by the Department of Trade and Industry and HM Treasury, mai 2006, URN 06/1244, paragraphe 2, alinéa 18. Sur les inconvénients de la concurrence des compétences au regard du règlement n° 1/2003 (règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (J.O.C.E., n° L 1, du 4 janvier 2003, p. 1), voir Godiveau G., *Droit de la libre concurrence : la nouvelle approche de l'Union européenne*, thèse, Bordeaux-IV, 2006, dactyl., p. 480 et s.

¹⁰² *Competition Act 1998* (1998, c. 41), Schedule 10, Part II, 2) (Télécommunications), 3) (Electricité), 4) (Gaz), Part I, Ch. V, § 54. Ces dispositions concernaient, à l'époque le *Director General of Fair Trading* et les *Directors* des ARI qui ont été remplacés, respectivement, par l'*Office of Fair Trading* et les ARI collégiales.

¹⁰³ Voir par exemple : *Oftcom's investigations programme, report on activity between 1 april and 30 september 2007*, 29 novembre 2007, paragraphe 1.4, « *As a national competition authority, Ofcom is empowered to enforce competition law concurrently with the OFT and acts as the competition enforcement authority for the communications sector* », « En tant qu'autorité nationale de la concurrence, OFCom est compétente pour mettre en oeuvre, concurremment avec l'OFT, la loi antitrust, et à agir comme l'autorité de concurrence compétente dans le domaine des communications ».

manche n'ont aucune prérogative dans le domaine des concentrations entre entreprises qui sont exclues du *Competition Act* par son annexe 1. L'*Enterprise Act*¹⁰⁴ dispose, sur ce point, que l'*Office of fair trading* doit, sous certaines conditions définies aux paragraphes 22 et suivants de la loi, faire un rapport à la *Competition commission* qui sera ensuite tenue de mener à bien les investigations¹⁰⁵.

Cependant, l'instauration de compétences concurrentes entre les ARI et les A.N.C. au Royaume-Uni ne solutionne pas plus que la spécialisation des compétences le problème de la nécessité d'expertise. En témoignent l'instauration d'un système de concertation et de répartition préalable des contentieux¹⁰⁶ tout comme la création du *Joint Regulatory Group*¹⁰⁷.

Ainsi, que les Etats membres évoqués aient opté pour un système de spécialisation ou de concurrence des autorités chargées d'appliquer le droit *antitrust*, un problème pratique restait en suspens au regard de l'application cumulée des droits de la régulation et de la concurrence sur des secteurs en transition. Le Professeur Loïc Grard l'évoque en ces termes : « comment fait-on lorsque l'A.R.N. et l'A.N.C. se rencontrent sur un même dossier ou pour que l'A.R.N. et l'A.N.C. se rencontrent sur un même dossier ? C'est le droit national qui répond à ces questions même si désormais le droit communautaire ne s'en désintéresse pas complètement »¹⁰⁸. La solution des difficultés inhérentes à la mise en oeuvre de ces deux types de règles passe donc par la prévention des conflits de compétences, en d'autres termes par la coopération des autorités sectorielles et générales. Cependant, la coopération actuelle présente certaines défaillances qu'il convient de combler par son intensification.

§2 Les outils de l'interrégulation croisée

La mise en place d'une coopération entre les autorités de régulation sectorielles et les autorités nationales de concurrence est la manifestation de la spécificité, de la complémentarité et de l'expertise propre reconnues à chacune d'entre elles. Cette collaboration des autorités, évoquée *a minima* par le droit communautaire (A) et transposée, souvent avec un champ plus large, par les législateurs nationaux (B), a « permis d'élaborer

¹⁰⁴ *Enterprise Act 2002* (2002, c. 40).

¹⁰⁵ Sur l'articulation des compétences de l'O.F.T. et de la *Competition commission*, voir : Godiveau G., *Droit de la libre concurrence : la nouvelle approche de l'Union européenne*, précitée, p. 318 et s.

¹⁰⁶ Voir *infra* p. 587 et s.

¹⁰⁷ Voir *infra* p. 608 et s.

¹⁰⁸ Grard L. : « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », in Grard L. (dir.) : « Autorités de régulation et droit européen », précité, p. 12.

une régulation sectorielle en amont et en aval cohérente, efficace et harmonieuse »¹⁰⁹. Cependant, l'analyse des outils de l'interrégulation croisée révèle, en prenant en considération les solutions des Etats membres, qu'une réflexion peut être engagée sur leur amélioration (C). L'optique serait d'éviter, grâce à une interrégulation fluidifiée par la réunion périodique des régulateurs, toute divergence dans la mise en oeuvre des règles d'ouverture des marchés.

A Une coopération minimale suscitée par le droit communautaire

Comme le souligne le Professeur Loïc Grard, le droit communautaire ne se désintéresse pas complètement de l'instauration d'une coopération entre les ARI et les A.N.C.¹¹⁰, dans la mesure où les instances communautaires ont pris conscience de la complémentarité des deux droits et, partant, des autorités en charge de les mettre en oeuvre.

Ainsi, la manière de résoudre le problème de l'application du droit de la régulation et/ou du droit *antitrust* a ceci d'atypique qu'elle ne peut pas prendre appui sur l'instauration d'un système de conflit de normes, dans la mesure où ces règles connaissent des frontières floues et peuvent toutes être utilisées pour introduire une dose de concurrence sur ces marchés. Dès lors, la solution se trouve dans l'organisation d'une prévention des conflits par la coopération entre les autorités. En effet, « si dans la conception classique le droit international privé met l'accent sur les conflits de lois, soit les relations entre les normes, mettant les questions des liens entre les juges ou entre les autorités au second plan, tout simplement parce que dans le contexte classique chacun restait chez soi, l'ordre communautaire semble désormais prendre les choses par l'autre bout en mettant l'accent sur les liens entre les acteurs, celui entre les normes devant en découler »¹¹¹.

Dans cette optique, le droit communautaire impose, dans certaines directives de libéralisation des marchés, la coopération entre autorités de régulation et autorités de concurrence nationales sur des sujets déterminés. Cette coopération, même si l'élément n'est pas explicite dans les textes, pourrait trouver un fondement dans la nécessité de garantir l'effet utile des règles de concurrence.

¹⁰⁹ Fichet C. : « De la régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », *L.P.A.*, 17 octobre 2003, n° 208, p. 3.

¹¹⁰ Grard L. : « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », in Grard L. (dir.) : « Autorités de régulation et droit européen », précité, p. 12.

¹¹¹ Poillot-Peruzzetto S. : « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », in Idot L., Poillot-Peruzzetto S. (dir.), « Internormativité et réseaux d'autorités, l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations », Toulouse, 24 octobre 2003, *L.P.A.*, 6 octobre 2004, n° 200, p. 23.

Dans le secteur des communications électroniques, le trente cinquième considérant de la directive cadre¹¹² dispose que « les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales en matière de concurrence devraient se communiquer les informations nécessaires à l'application des dispositions de la présente directive et des directives particulières, afin de pouvoir coopérer pleinement ». L'article 3 alinéa 4 du même texte impose donc aux Etats membres d'« assurer, le cas échéant, la consultation et la coopération entre (...) ces autorités [réglementaires nationales] et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence (...) sur des sujets d'intérêt commun ». La communication des informations nécessaires à l'application des directives du « paquet télécom » ainsi que la confidentialité de celles-ci sont aussi abordées. Dès lors, la méthode de la consultation et de la coopération réciproque des ARI et des A.N.C. est de mise dans le secteur des communications électroniques. Elle a une portée générale et devient nécessaire dès lors que des sujets d'intérêt commun sont évoqués devant l'une ou l'autre autorité. De manière plus spécifique, l'article 16 de la directive cadre, évoquant la procédure d'analyse de marché, organise une procédure de coopération¹¹³. Si cette disposition laisse une marge de manoeuvre aux Etats membres, puisque le terme « le cas échéant » est utilisé, elle n'en demande pas moins aux autorités sectorielles d'effectuer une analyse des marchés pertinents en coopération avec les autorités nationales de la concurrence.

Dans la même idée, mais sans caractère contraignant cette fois, le treizième considérant de la directive « accès »¹¹⁴ propose la coopération entre ARI et A.N.C., en quelque sorte pour déterminer la limite entre marché régulé et marché concurrentiel. En effet, sur le point spécifique des obligations relatives à l'accès et à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications, les textes doivent être réexaminés dans l'optique de réduire progressivement la réglementation sectorielle *ex ante* au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché. Cependant, les instances communautaires soulignent que la concurrence peut se développer à des rythmes différents selon les segments du marché et selon les Etats membres. Dès lors, elles demandent aux autorités nationales sectorielles et de concurrence de « coordonner leurs actions pour faire en sorte que le remède le plus approprié

¹¹² Directive 2002/21/CE, précitée.

¹¹³ Article 16 de la directive 2002/21/CE, précitée : « Dès que possible après l'adoption de la recommandation ou de sa mise à jour éventuelle, les autorités réglementaires nationales effectuent une analyse des marchés pertinents, en tenant le plus grand compte des lignes directrices. Les Etats membres veillent à ce que cette analyse soit effectuée, le cas échéant, en coopération avec les autorités nationales chargées de la concurrence ».

¹¹⁴ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (J.O.C.E. n° L 108 du 24/04/2002 p. 7) dite directive « accès ».

soit appliqué »¹¹⁵. Ces considérations, même si elles ne sont pas reprises dans les dispositions contraignantes de la directive, démontrent que l'objectif communautaire de faire transiter les services publics en réseaux vers un régime concurrentiel, ne peut se faire sans la collaboration des ARI et des A.N.C., qui sont les plus à même de déterminer, en fonction de leur connaissance à la fois des outils de la régulation et des potentialités du droit de la concurrence, quelles sont les mesures idoines pour faciliter cette évolution.

Toujours au confluent des droits de la régulation sectorielle et de la concurrence, les autorités sont censées coopérer sur les problématiques liées au dégroupage de l'accès à la boucle locale. Le règlement correspondant confie aux A.R.N. la responsabilité d'intervenir pour assurer une concurrence équitable ainsi que l'efficacité économique et des avantages maximaux pour les utilisateurs finals¹¹⁶. En ce sens, elles veillent à ce que la tarification de l'accès dégroupé à la boucle locale favorise l'établissement d'une concurrence loyale et équitable. A cet égard, le onzième considérant juge important, selon ses termes, que les autorités de concurrence soient consultées à l'heure de l'évaluation des règles de tarification. La raison est simple : il s'agit d'éviter, de la part de l'opérateur détenant ce circuit reliant l'abonné au répartiteur, un abus de position dominante. En ce sens, la coopération avec les A.N.C. est nécessaire.

Dans le domaine postal, la directive du 10 juin 2002 n'instaure aucune procédure de coopération entre les autorités de régulation et les autorités de concurrence nationales¹¹⁷. Le secteur est-il configuré de telle sorte que le droit de la concurrence n'a pas vocation à s'appliquer ? Une réponse négative s'impose avec évidence. En témoigne la récente modification opérée par la directive du 20 février 2008, non encore transposée en droit interne, qui prévoit une clause générale de coopération entre les ARI et les A.N.C sur des sujets d'intérêt commun¹¹⁸. Sans se limiter à cette lacune, récemment comblée, les Etats membres ayant mis en place une autorité de régulation indépendante chargée des activités postales ont prévu une procédure d'interrégulation avec l'autorité de concurrence.

¹¹⁵ *Ibid.*, treizième considérant.

¹¹⁶ Règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale. J.O.C.E. n° L 336 du 30 décembre 2000, p. 4.

¹¹⁷ Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 juin 2002, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté (J.O.C.E. n° L 176 du 5 juillet 2002 p. 21).

¹¹⁸ Article premier paragraphe 20 de la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (J.O.U.E., n° L 52, du 27 février 2008, p. 3).

Le domaine énergétique fait aussi office de parent pauvre sur le thème de la coopération entre A.R.N. et A.N.C. En effet, rien n'est prévu, que ce soit dans les dispositions relatives au secteur gazier ou au secteur électrique¹¹⁹. La question est contournée en demandant seulement aux Etats membres de mettre en place « des mécanismes appropriés et efficaces de régulation, de contrôle et de transparence afin d'éviter tout abus de position dominante au détriment notamment des consommateurs et tout comportement prédateur »¹²⁰. L'absence de la mention d'une coopération entre les autorités apparaît d'autant plus paradoxale que les directives reconnaissent que « d'importantes lacunes subsistent et [qu'] il reste possible d'améliorer le fonctionnement de ce marché ; des dispositions concrètes sont notamment nécessaires pour garantir des conditions de concurrence équitables au niveau de la production et réduire le risque de domination du marché et de comportement prédateur »¹²¹. L'explication réside à n'en pas douter dans le principe d'autonomie procédurale qui pousse les instances communautaires à n'imposer de règles de coopération que dans les cas strictement indispensables aux objectifs des directives de libéralisation. Or, celles-ci n'impliquent pas un degré d'ouverture des marchés aussi important que pour le secteur des communications électroniques. Cependant, les régulateurs énergétiques eux-mêmes soulignent le manque de collaboration avec les autorités de concurrence. Ils estiment, en effet, que la surveillance des marchés dans certains pays est partagée entre les ARI et les A.N.C., ce qui ne garantit pas que l'ensemble du marché soit correctement couvert. Ils souhaitent dès lors une meilleure coopération formelle entre ces instances sur les affaires de concurrence, ceci organisé par le droit national, dans l'optique d'utiliser les instruments les mieux adaptés pour encourager la concurrence¹²².

¹¹⁹ Cependant, il est un domaine dans lequel la proposition de directive relative aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel évoquait la complémentarité des ARI et des A.R.N., mais celui-ci n'impliquait pas nécessairement une disposition textuelle pour être mis en oeuvre : « Le rôle des autorités nationales indépendantes de réglementation est essentiel pour garantir un accès non discriminatoire au réseau, parce qu'elles ont le pouvoir de fixer ou d'approuver les tarifs de transport et de distribution avant leur entrée en vigueur. L'intervention des autorités chargées de la concurrence ne peut être que postérieure aux cas de distorsion de concurrence », proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 96/92/CE et 98/30/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel, (COM (2001) 125 final) (J.O.C.E., n° E 240, du 28 août 2001, p. 60).

¹²⁰ Article 23 alinéa 8, directive 2003/54/CE, précitée ; article 25 alinéa 8, directive 2003/55/CE, précitée.

¹²¹ Considérant n° 2, directive 2003/54/CE, précitée ; considérant n° 2, directive 2003/55/CE, précitée.

¹²² « *In many countries (exceptions are The Netherlands, Spain, UK) regulators note that market surveillance is somewhat blurred by the fact that two authorities (general competition authority and sector regulator) are monitoring and controlling parts of the market. There is no guarantee that the whole market is covered in that system and regulatory gaps might exist. Better formal co-operation on competition issues (clearly set up in national laws) seems necessary to use the most efficient instruments to foster competition* », in *Commission staff working document, report on progress in creating the internal gas and electricity market, technical annex to the report from the Commission to the Council and the European Parliament, 2005*, p. 87.

La perspective d'une révision des directives actuellement en vigueur laisse-t-elle augurer une intensification, sous l'impulsion communautaire, des relations entre A.R.N. et A.N.C. ? La réponse s'oriente plutôt vers un *statu quo* dans le domaine des communications électroniques. Les dispositions actuelles risquent de perdurer, notamment en ce qui concerne la coopération évoquée précédemment dans le cadre de l'article 16 sur l'analyse de marché¹²³. Aucune disposition nouvelle n'est envisagée. En revanche, dans le domaine énergétique, des mesures de coopération sont désormais en projet, allant *a priori* plus loin que ce qui a déjà été réalisé dans le secteur des communications électroniques. Les propositions de réforme des directives énergétiques¹²⁴ prévoient ainsi une coopération entre les A.R.N. et les A.N.C.¹²⁵ pour la promotion d'une concurrence effective. Celles-ci devront aussi coopérer pour le contrôle du respect de certaines obligations et la surveillance des distorsions ou restrictions de concurrence éventuelles. Le cas échéant, l'A.R.N. devra communiquer toutes les informations utiles et déférer les affaires qui le justifient à l'A.N.C. Des enquêtes communes pourront aussi être réalisées sur le fonctionnement des marchés énergétiques¹²⁶.

Cet ensemble de propositions doit être accueilli avec satisfaction, dans la mesure où il répond aux attentes des régulateurs nationaux. Cependant, pour l'instant, l'étude du droit communautaire démontre ce que Stéphane Rodrigues qualifie d'absence d'homogénéité sur la question des relations entre les A.R.N. et les autorités de la concurrence dans le secteur des services publics¹²⁷. En effet, il ne prescrit qu'une coopération minimale sur certains domaines. Les Etats membres, parfois par anticipation, ont donc organisé des procédures pour prévenir tout conflit entre les autorités sectorielles et les autorités de la concurrence, en allant souvent bien au-delà des exigences communautaires.

¹²³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, (COM (2007) 697 final), pt. 17.

¹²⁴ Proposition de la Commission, du 19 septembre 2007, directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (COM (2007) 528 final) ;

¹²⁵ Proposition de la Commission, du 19 septembre 2007, modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, précitée ; proposition de la Commission, du 19 septembre 2007, de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (COM (2007) 529 final).

¹²⁶ Proposition de la Commission, du 19 septembre 2007, modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, précitée, p. 9, 35, 39, 40 et 41 ; proposition de la Commission, du 19 septembre 2007, modifiant la directive 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, précitée, p. 9, 37, 43, 44 et 45.

¹²⁷ Rodrigues S. : « Apport(s) du droit communautaire au droit de la régulation des services publics », in Marcou G., Moderne F., (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, tome I, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2005, p. 120.

B L'organisation de la coopération prise en charge par le droit national

La mise en place d'un système de coopération entre les ARI et les autorités de concurrence a parfois été conçue dès la création des régulateurs sectoriels. Il en fut ainsi en Italie et en France, même si les procédés de consultation ont évolué au gré de l'ouverture des marchés et, par conséquent, des nécessités d'une interrégulation¹²⁸. Dans ces deux pays, la coopération a été favorisée par l'existence d'un seul interlocuteur, l'autorité de concurrence, qui prenait la forme d'une autorité administrative indépendante. Dès lors, les textes institutifs des ARI françaises et italiennes intègrent un ensemble de dispositions visant à mettre en place une réelle consultation entre celles-ci et l'autorité de la concurrence correspondante, à savoir le Conseil de la concurrence et l'*Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

En Allemagne, par contre, la prise de conscience de la nécessité d'une interrégulation est assez récente. En effet, seul le domaine des télécommunications connaissait l'institution d'un régulateur sectoriel indépendant, le Reg.T.P.¹²⁹, par ailleurs critiqué non seulement par le *Bundeskartellamt*, mais aussi par les pouvoirs publics et la doctrine¹³⁰. Dans les secteurs de la poste et de l'énergie, jusqu'à la création, en 2005, de la *Bundesnetzagentur*, la régulation sectorielle était exercée par le Ministre et le *Bundeskartellamt*. La coopération entre les deux institutions indépendantes est désormais prévue par les textes¹³¹.

Enfin, il faut souligner la particularité de l'Espagne qui disposait, avant la réforme de 2007¹³², de deux autorités compétentes pour connaître de la procédure de sanction des atteintes portées au droit des pratiques anti-concurrentielles. En effet, le *Servicio de defensa de la competencia*, organe purement administratif intégré au Ministère de l'économie et des finances, était chargé, au titre de la loi du 17 juillet 1989¹³³, de l'instruction et de l'investigation sur les saisines relatives aux comportements contraires aux règles *antitrust*. Une fois l'instruction réalisée, les informations recueillies et les diverses responsabilités déterminées¹³⁴, le *Servicio de defensa de la competencia* transmettait l'affaire à une autorité administrative indépendante. Celle-ci, dénommée *Tribunal de defensa de la competencia*,

¹²⁸ Voir par exemple, en Italie, les articles 8 et 19 du décret-loi n° 259, du 1^{er} août 2003, « *Codice delle comunicazioni* » (G.U. n° 214, du 15 septembre 2003).

¹²⁹ Loi du 25 juillet 1996, relative aux télécommunications, « *Telekommunikationsgesetz* » (B.G.B.I., I, p. 1120).

¹³⁰ Voir, par exemple, Wolf D. : « La régulation et la concurrence en Allemagne », *L.P.A.*, 10 juillet 1998, n° 82, p. 8.

¹³¹ Loi du 13 juillet 2005 sur l'alimentation en gaz, en électricité, et relative à la garantie d'approvisionnement, « *Gesetz über die Elektrizitäts und Gasversorgung Energiewirtschaftsgesetz* » (Bgb1., I P. en 1970 (3621)), article 58 intitulé « coopération avec les autorités de cartel ».

¹³² *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia* (BOE n° 159, du 4 juillet 2007, p. 28848).

¹³³ *Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia* (BOE, n° 170, du 18 juillet 1989).

¹³⁴ Article 37, *ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia*, précitée.

était chargée de statuer sur la recevabilité de l'affaire et, en cas de réponse positive, de la résoudre. A cette époque, la coopération entre les ARI et les autorités de concurrence était prévue de manière très hétérogène et relativement insuffisante dans les textes sectoriels¹³⁵. Depuis la réforme de la *Ley de defensa de la competencia*¹³⁶, les compétences du *Servicio de defensa de la competencia* et celles du *Tribunal de defensa de la competencia* sont transmises à la nouvelle autorité indépendante dénommée *Comisión nacional de la competencia*. La nouvelle *ley de defensa de la competencia* reprend et remodèle tout le système espagnol d'interrégulation croisée dans un article consacré exclusivement à la coopération entre la Commission récemment créée et les régulateurs sectoriels¹³⁷. Désormais, les rapports entre les ARI et l'autorité de concurrence sont très équilibrés et apparaissent à la hauteur des nécessités de l'ouverture des marchés.

Au Royaume-Uni, la conception de l'interrégulation croisée est assez différente. En effet, au lieu d'avoir des autorités spécialisées, ARI et A.N.C. sont généralement compétentes pour mettre en oeuvre le droit de la concurrence. Dès lors, leur système se fonde, non pas sur des règles strictes de répartition des compétences et de saisines réciproques, mais sur un système de détermination préalable de l'autorité la plus à même de prendre en charge l'affaire jusqu'à son terme.

Ces quelques précisions faites, il convient d'aborder en premier lieu le système de coopération entre les régulateurs sectoriels et l'autorité de concurrence nationale dans les pays de tradition romano-germanique, avant d'évoquer le procédé envisagé au Royaume-Uni basé sur un système de répartition des affaires au regard de l'autorité la plus à même de les traiter.

¹³⁵ Voir les articles 10 et 48 alinéa 3, e) et f), de la *ley 32/2003, de 3 noviembre, ley general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003) ; de même la onzième disposition additionnelle, alinéa 3, douzième paragraphe, *ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).

¹³⁶ *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia* (BOE n° 159, du 4 juillet 2007).

¹³⁷ Article 17 intitulé « *Coordinación con los reguladores sectoriales* », *ley 15/2007, de 3 de julio*, précitée.

1 Le formalisme dans les pays de tradition romano-germanique : la saisine réciproque

Les pays de tradition romano-germanique ont mis en place un système de saisine réciproque¹³⁸. Une fois le comportement qualifié juridiquement, le cas échéant, l'affaire est transmise à l'autorité compétente (saisine contentieuse). Si le comportement mis en cause a été dirigé vers la bonne autorité, dans certains cas, les législateurs nationaux ont prévu des procédures d'avis.

Le principe de la consultation pour avis suppose que l'autorité saisie l'est à bon droit mais que la matière implique l'expertise d'une autre autorité. Les textes en vigueur organisent deux types d'avis : les uns sont obligatoires, de manière générale ou sur un thème déterminé, et les autres sont facultatifs.

• Consultations obligatoires

En premier lieu, les avis obligatoires sont, en France, sollicités par les ARI sur des thèmes particuliers¹³⁹. Dans le domaine des télécommunications, il s'agit, entre autres¹⁴⁰, de la mise en oeuvre de la procédure imposée par le droit communautaire¹⁴¹ de détermination des marchés pertinents du secteur des communications électroniques, pour dresser ensuite la liste des opérateurs y exerçant une influence significative¹⁴². Les autres Etats membres ont aussi transposé l'article 16 de la directive « cadre » en prévoyant une consultation obligatoire de l'autorité de concurrence¹⁴³.

¹³⁸ L'ensemble des dispositions relatives à la saisine réciproque est souvent complété par une procédure de transfert d'informations dont la confidentialité doit parfois être préservée. Voir par exemple en Allemagne, loi du 13 juillet 2005, précitée, article 58, alinéa 4.

¹³⁹ La CRE doit saisir obligatoirement pour avis le Conseil avant d'approuver les règles, ou la modification des règles d'imputation, des périmètres comptables et des principes déterminant les relations financières entre les activités des opérateurs, que ceux-ci proposent pour mettre en oeuvre la séparation comptable (article 25, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée (J.O.R.F., n° 35, du 11 février 2000, p. 2143)).

¹⁴⁰ L'ARCEP est aussi tenue de saisir le Conseil de la concurrence, pour avis, lorsqu'elle impose des modalités d'accès ou d'interconnexion aux opérateurs de sa propre initiative (Article L 34-8 a) C.P.C.E.) ou modifie des accords d'itinérance locale déjà conclus (Article L 34-8-1 C.P.C.E.).

¹⁴¹ Article 16 de 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

¹⁴² Articles L 37-1, D 301 et D 302 C.P.C.E. Le Conseil de la concurrence intervient dans les deux phases de la détermination des marchés pertinents et de la détermination des opérateurs exerçant une influence significative sur chacun des marchés.

¹⁴³ En Italie, voir l'accord de collaboration entre l'A.G.Com et l'A.G.C.M. du 28 janvier 2004 pour la mise en oeuvre de la procédure prévue à l'article 16 de la directive 2002/21 (précitée) : « *Accordo di collaborazione fra*

Outre cette procédure spécifique imposée par le droit communautaire, les systèmes espagnol, italien et allemand¹⁴⁴ ont mis en place un dispositif général de consultation obligatoire, par les ARI, de l'autorité de concurrence. En vertu de ce dispositif, les régulateurs sectoriels sollicitent son avis avant l'adoption de toute mesure susceptible d'avoir une influence sur les conditions de concurrence relatives au marché régulé¹⁴⁵.

Inversement, pour ces trois derniers Etats, l'autorité de concurrence demande obligatoirement un avis aux régulateurs concernés sur les conduites susceptibles de porter atteinte à la concurrence dans les secteurs concernés¹⁴⁶.

Le Conseil de la concurrence français doit aussi, de manière générale, consulter l'ARCEP sur les pratiques dont il est saisi dans les domaines des activités postales¹⁴⁷ et des communications électroniques¹⁴⁸. En revanche, dans le domaine énergétique rien n'est prévu au sujet d'une saisine obligatoire de la CRE par le Conseil de la concurrence lorsqu'il a à connaître d'une pratique intervenant dans les domaines de l'électricité ou du gaz¹⁴⁹. Dans ce cas, il faut avoir recours à la procédure de consultation facultative.

- Consultations facultatives

l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di comunicazioni elettroniche », article 3, point 1, disponible sur www.agcom.it.

¹⁴⁴ Loi du 13 juillet 2005, précitée, article 58, voir aussi Isidoro C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en oeuvre*, précitée, p. 475.

¹⁴⁵ Article 17, *ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia* (BOE n° 159, du 4 juillet 2007, p. 28848) « *los reguladores sectoriales solicitarán informe a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados* ».

¹⁴⁶ En Espagne, article 17 *ley 15/2007, de 3 julio*, précitée, « *La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia. (...) La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los artículos 1 a 3 de la presente Ley* ». En Italie, article 1, alinéa 5, c), 11, loi n° 249, du 31 juillet 1997, « *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo* », (G.U., n° 177, supplément ordinaire n° 154/L, du 31 juillet 1997). En Allemagne, cette procédure prend en compte les compétences respectives du *Bundeskartellamt* et de la *Bundesnetzagentur*, loi du 13 juillet 2005, précitée, article 58, alinéas 1 et 2.

¹⁴⁷ Article L 5-8 C.P.C.E.

¹⁴⁸ Article L 36-10 C.P.C.E.

¹⁴⁹ Alors même que l'article 3 de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000 (précitée) précise, ce qui n'est pas négligeable, que « Le Conseil de la concurrence (...) concoure(nt) à l'exercice des missions incombant à la CRE ».

La coopération générale entre la CRE et le Conseil de la concurrence sur demande du dernier dépend du bon vouloir du Conseil de la concurrence, qui utilisera ou non la procédure de saisine facultative prévue à l'article 39 de la loi de 2000. Dès lors, la CRE peut ne pas être amenée à délivrer son expertise si le Conseil de la concurrence ne l'estime pas nécessaire. En cas contraire, le régulateur énergétique est tenu de collaborer de manière active en joignant à son avis tous les éléments utiles à l'instruction de l'affaire qui sont en sa possession¹⁵⁰. Si cette différence entre régimes reste inexpliquée, elle a au moins le mérite de calquer la procédure générale de consultation de la CRE par le Conseil de la concurrence sur celle du Conseil par l'ensemble des ARI.

En effet, les Présidents de l'ARCEP et de la CRE, qu'ils agissent respectivement dans le cadre du secteur postal, des communications électroniques ou de l'énergie, peuvent saisir le Conseil de la concurrence pour avis sur toute question relevant de sa compétence¹⁵¹. En Espagne, une procédure facultative de coopération est prévue sur les sujets d'intérêt commun avec échange d'informations et d'avis. L'avis peut être demandé par l'autorité en charge de l'affaire, mais aussi émis d'office lorsqu'une autorité l'estime nécessaire¹⁵². Une telle procédure est aussi prévue en Italie, mais elle ne concerne que l'hypothèse d'une demande d'avis à l'A.G.C.M. sur sollicitation de l'A.G.Com dans le champ d'application du code des communications¹⁵³. Toutes ces dispositions ne sont évidemment applicables que lorsque la question ne relève pas des cas de consultation obligatoire ou contentieuse.

- La saisine contentieuse

La saisine contentieuse suppose que l'autorité ayant à connaître en premier lieu d'une affaire estime que celle-ci relève d'une autre autorité. En ce sens, est créé un système de renvoi d'une autorité vers l'autre. La première saisie jouant en quelque sorte un rôle de « vigie »¹⁵⁴ dans le secteur des services publics organisés en réseaux.

¹⁵⁰ Article 39, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, précitée.

¹⁵¹ Articles L 5-8 et L 36-10 C.P.C.E. ; article 39, loi n° 2000-108, du 10 février 2000, précitée.

¹⁵² Article 17 alinéas 1 et 2, *ley 15/2007, de 3 de julio*, précitée.

¹⁵³ Voir en ce sens l'accord de collaboration entre l'A.G.Com et l'A.G.C.M. du 28 janvier 2004, « *Accordo di collaborazione fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di comunicazioni elettroniche* », article 3, point 1, disponible sur www.agcom.it. Décret-loi n° 259, du 1^{er} août 2003, « *Codice delle comunicazioni* » (G.U. n° 214, du 15 septembre 2003).

¹⁵⁴ Terme utilisé à propos du rôle de l'ARCEP en matière de concurrence dans Fages F., Rodrigues S. : « La loi du 20 mai 2005 : la nouvelle régulation des activités postales », *A.J.D.A.*, 10 octobre 2005, p. 1899.

Ainsi, selon des formules différents, mais dont l'objectif est identique, les présidents de l'ARCEP et de la CRE saisissent le Conseil de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont ils peuvent avoir connaissance¹⁵⁵, notamment lorsqu'un différend leur est soumis¹⁵⁶. Pour des raisons pratiques cette saisine peut être introduite dans le cadre d'une procédure d'urgence, auquel cas le Conseil est tenu de se prononcer dans les trente jours¹⁵⁷. Il en est de même en Espagne et en Italie¹⁵⁸.

Les autorités de concurrence des Etats évoqués sont aussi tenues de communiquer aux régulateurs sectoriels toute saisine entrant dans leur champ de compétences¹⁵⁹.

Il faut aussi relever, en Espagne, un système permettant l'échange de points de vue et la concertation dans l'optique de prévenir les divergences d'interprétations. En effet, les présidents des ARI et de la *Comisión nacional de la competencia* doivent se réunir au moins une fois par an pour analyser les orientations générales guidant l'action de leurs organismes. Ils doivent aussi mettre en place des mécanismes formels ou informels pour coordonner leurs activités. Ce dernier élément est d'un intérêt tout particulier pour permettre une analyse des problèmes liés à la porosité entre régulation sectorielle et concurrentielle et prévoir une interrégulation toujours plus fluide et adaptée aux nécessités des marchés de services publics en réseaux. Il se peut que l'Espagne, sur ce point, ait été inspirée par le système mis en place au Royaume-Uni.

¹⁵⁵ Selon les articles L 5-8 et L 36-10 du C.P.C.E., 39 de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, précitée.

¹⁵⁶ La précision ne concerne que le secteur postal, article L 5-8 du C.P.C.E.

¹⁵⁷ Articles L 5-8 et L 36-10 du C.P.C.E.

¹⁵⁸ Respectivement, article 17, alinéa 2, a), *ley 15/2007, de 3 de julio*, précitée ; article 2, alinéa 33, loi n° 481 du 14 novembre 1995, « *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità* » (G.U., n° 270, supplément ordinaire du 18 novembre 1995).

¹⁵⁹ Selon les articles L 5-8 et L 36-10 du C.P.C.E., 39 de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, précitée.

2 Le consensualisme au Royaume-Uni : la répartition préalable des contentieux

Consensualisme et répartition des affaires au cas par cas sont les deux traits caractéristiques du système mis en place au Royaume-Uni. En effet, des actes bilatéraux organisent la concertation entre les ARI et l'A.N.C. pour déterminer quel droit sera le plus efficace sur une affaire déterminée. Un acte de valeur législative vient aussi organiser la répartition préalable des dossiers relevant du droit de la concurrence entre les régulateurs sectoriels et l'autorité *antitrust*. Enfin, l'ensemble de cette procédure est supervisé par un groupe composé des représentants de toutes les autorités qui se réunit tous les deux mois dans l'optique de donner une certaine cohérence aux activités des ARI dans le domaine du droit de la concurrence.

Ainsi, en premier lieu, un ensemble d'actes bilatéraux organise les relations entre chaque régulateur et l'*Office of fair trading* sur le point de savoir quelles sont les dispositions les plus adaptées à la résolution d'un cas : droit de la régulation sectorielle ou droit *antitrust*. Ces accords bilatéraux prennent la forme de *Letters* ou *Memorandum of Understanding*, qui n'engagent que les parties signataires¹⁶⁰. Ils préconisent une répartition au cas par cas des affaires qui peuvent être appréhendées à la fois par la régulation *ex ante* (modification des licences par exemple) et par le droit de la concurrence (sanction ou prévention des comportements anti-concurrentiels). Une information obligatoire et réciproque est prévue dès réception d'une affaire pouvant raisonnablement être traitée par les deux types de règles. L'O.F.T. et le régulateur sectoriel se rencontrent ensuite pour « prendre une décision sur la législation pertinente à mettre en oeuvre »¹⁶¹. Si le droit de la concurrence est le plus à même d'apporter une solution au litige, il faut dès lors déterminer quelle entité doit l'appliquer. S'il s'agit du droit de la régulation, l'autorité sectorielle a une compétence exclusive. Quelle que soit la solution retenue, l'autorité qui n'a pas de responsabilités dans la procédure émet un avis qui précède la mise en oeuvre de toute mesure par l'autre autorité. Par conséquent, il s'agit bien ici d'un règlement préalable et consensuel, à la fois des hypothèses de conflits de droits, mais aussi de conflits de compétences. Sa résolution passe par une étude casuistique de la solution la plus efficace pour atteindre l'objectif fixé d'un marché concurrentiel. Ces

¹⁶⁰ Voir l'accord entre Postcomm et l'O.F.T., « *Memorandum of understanding between Postcomm and the Office of fair trading* », 13 décembre 2004 ; de même celui entre OFCom et l'O.F.T., « *Letter from the Office of Fair Trading (OFT) setting out OFT/Ofcom concurrency arrangements* » du 18 décembre 2003, disponibles sur www.offt.gov.uk/.

¹⁶¹ « *Memorandum of understanding between Postcomm and the Office of fair trading* », précité, pt. 15.

accords bilatéraux sont complétés par une autre procédure, concomitante ou postérieure, pour décider quelle est l'autorité la mieux placée pour mettre en oeuvre, s'il y a lieu, les règles relatives aux sanctions des comportements *antitrust*.

En effet, en second lieu, une procédure de détermination de l'autorité compétente pour appliquer les règles de concurrence a dû être élaborée, conformément au *Competition Act* de 1998¹⁶². Le cadre juridique des relations entre les régulateurs sectoriels et l'O.F.T. est donc posé dans un *Statutory Instrument* qui privilégie une résolution préalable et consensuelle des cas de compétences concurrentes¹⁶³. Ce texte n'organise cependant pas uniquement les rapports entre les ARI et l'A.N.C., il s'étend aussi aux relations entre les régulateurs sectoriels si jamais l'application du droit de la concurrence¹⁶⁴ touche à deux ou plusieurs domaines régulés¹⁶⁵.

Le *Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2004*¹⁶⁶ prévoit que si une autorité¹⁶⁷ projette de mettre en oeuvre une procédure relative au droit *antitrust* et qu'elle considère qu'une autre autorité peut avoir une compétence concurrente, elle doit dès lors l'informer. Ensuite, les autorités sont tenues de trouver un accord sur celle qui prendra en charge l'affaire. Une fois cet accord trouvé, l'autorité qui sera désignée aura compétence exclusive pour mener à bien la suite de la procédure.

Si aucun consensus n'a pu être trouvé dans un délai raisonnable, l'*Office of fair trading* doit en informer le *Secretary of State*. Celui-ci joue un rôle d'arbitre en cas de conflit et est tenu de désigner l'autorité compétente sous huit jours. De plus, dans l'optique d'éviter toute procédure parallèle, lorsque deux ou plusieurs entités sont susceptibles d'intervenir sur un même cas, aucune d'entre elles ne doit entamer de procédure avant l'obtention d'un accord commun ou la résolution du conflit devant le *Secretary of State*.

¹⁶² *Competition Act 1998* Part I, Ch. V, § 54, points 4 et 5.

¹⁶³ Le *Statutory Instrument* est un « règlement ou acte édicté par un ministre en vertu d'une habilitation conférée par un texte de loi ; ordonnance (équivalent) », Kinder-Gest P., *Droit anglais*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993, p. 664. *Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2004* (S.I. 2004, n° 1077).

¹⁶⁴ Il s'agit uniquement des mesures relatives aux abus de position dominante et aux ententes restreignant la concurrence, tout comme l'application des articles 81 et 82 T.C.E.

¹⁶⁵ Sur l'interrégulation sectorielle au Royaume-Uni, voir *infra* p. 609 et s.

¹⁶⁶ *Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2004* (S.I. 2004, n° 1077) remplace l'ancien cadre juridique : *Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2000* (S.I. 2000, n° 260).

¹⁶⁷ Il peut s'agir de l'*Office of Fair Trading* ou des régulateurs sectoriels : OFCom, OFGEM, OFWat, O.R.R. et Postcomm.

Lorsqu'une autorité régulièrement saisie n'a pas jugé nécessaire d'informer les autres autorités disposant de compétences concurrentes de sa prise en charge d'une affaire et que les premières investigations révèlent que l'une d'entre elles serait mieux placée pour traiter le cas, alors, un système de transfert a été prévu. Dans cette hypothèse, les entités concernées peuvent convenir ensemble d'un accord transférant l'affaire de l'une à l'autre. Cette procédure ne peut intervenir que préalablement à toute répartition consensuelle ou arbitrage par le *Secretary of State*. De plus, dans un optique de cohérence et de gain de temps, si un dossier est transféré d'une autorité vers une autre, le personnel ayant pris en charge l'affaire dès ses débuts suit celle-ci en étant intégré dans l'équipe de travail de la nouvelle autorité compétente.

Le *Statutory Instrument*, s'il organise la procédure préalable pour éviter tout conflit de compétence n'indique pas, et ce n'est pas son rôle, quels sont les principes directeurs de répartition des affaires. Il faut, par conséquent, se référer aux *Concurrency Guidelines* élaborées par l'*Office of fair trading* pour obtenir des précisions sur ce point¹⁶⁸. Il en résulte que la logique guidant la répartition des compétences se fonde sur le principe de l'efficacité d'action. En effet, d'office ou par le biais d'un accord, l'autorité qui prend en charge une affaire est celle qui est la mieux placée pour traiter le problème, au regard de ses prérogatives. De plus, il ressort de ces lignes directrices une volonté de privilégier la compétence du régulateur sectoriel pour mettre en oeuvre le droit de la concurrence, dans la mesure où celui-ci dispose d'une connaissance approfondie du secteur. En revanche, la compétence de l'O.F.T. est préférée lorsque les investigations sont complexes, qu'elles nécessitent des moyens humains conséquents, ou que l'affaire touche plusieurs secteurs régulés¹⁶⁹.

En dernier lieu, pour éviter d'avoir recours à une procédure d'arbitrage en cas d'échec de la phase consensuelle, un organe informel vient superviser le système de répartition des contentieux, il s'agit du *Concurrency Working Party* (C.W.P.). Créé en 1997, le C.W.P. réunit tous les deux mois l'ensemble des représentants des régulateurs sectoriels disposant de compétences concurrentes dans la mise en oeuvre du *Competition Act 1998*. Le groupe est présidé par un représentant de l'*Office of fair trading*. Ces entrevues permettent de faciliter le

¹⁶⁸ Il existe plusieurs types de *Concurrency Guidelines* dont notamment : « *Concurrent application to regulated industries* », OFT 145, 2004, 39 pp. ; « *Application to the energy sector* », OFT 428, 2005, 34 pp. ; « *The application in the telecommunications sector* », OFT 417, 2005, 39 pp.

¹⁶⁹ Sur ces principes de répartition de compétences, voir : « *Letter from the Office of Fair Trading (OFT) setting out OFT/Ofcom concurrency arrangements* » du 18 décembre 2003, disponible sur www.offt.gov.uk/.

processus d'accord, prévu par le *Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2004*¹⁷⁰, tout en étant un vecteur de discussions sur les affaires d'intérêt commun. L'objectif recherché est la mise en oeuvre cohérente, par toutes les autorités, des règles relatives aux comportements *antitrust*. En effet, le système des compétences concurrentes n'empêche pas le constat d'une approche différente du droit de la concurrence par les régulateurs sectoriels¹⁷¹. Depuis l'entrée en vigueur de l'*Enterprise Act*¹⁷², le C.W.P. dispose de responsabilités plus élargies, notamment sur la coordination des plaintes touchant de manière significative les consommateurs (« *super-complaints* »). Les derniers travaux des ministères de l'économie et des finances et du commerce et de l'industrie¹⁷³ vont aussi dans le sens d'une supervision accrue de la part du C.W.P. En effet, le rapport édicté recommande l'élaboration par ce groupe d'un programme de travail mettant en évidence les divergences d'approches entre autorités sur le droit de la concurrence. De plus, le C.W.P. devrait définir l'ensemble des formalités nécessaires pour un échange toujours plus fluide de « bonnes pratiques » et d'expertises entre les régulateurs sectoriels et l'O.F.T.¹⁷⁴.

Finalement, le système de compétences concurrentes implique, dans une situation où droit de la concurrence et régulation *ex ante* ont vocation à s'appliquer, de choisir la mesure la plus adaptée et l'autorité la mieux à même de la mettre en oeuvre. La procédure de répartition préalable des contentieux outre-manche doit être retenue et valorisée dans le cadre d'une analyse comparée de la coopération entre les ARI et les autorités de concurrence dans les Etats membres évoqués.

§3 L'approfondissement nécessaire de l'interrégulation croisée

Plusieurs niveaux d'analyse peuvent être envisagés pour dégager les carences du système actuel et appréhender les meilleures méthodes d'approfondissement. Il serait possible d'évaluer en termes quantitatifs la pratique de l'interrégulation croisée. Cependant, l'ensemble des acteurs institutionnels apparaît satisfait des outils de coopération¹⁷⁵ et les

¹⁷⁰ *Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2004* (S.I. 2004, n° 1077) remplace l'ancien cadre juridique : *Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2000* (S.I. 2000, n° 260).

¹⁷¹ En ce sens, « *Concurrent competition powers in sectoral regulation* ». *Report by the Department of Trade and Industry and HM Treasury*, mai 2006, URN 06/1244, paragraphe 3, alinéa 5.

¹⁷² *Enterprise Act 2002* (2002, c., 40), section 11 : « *Super-complaints to O.F.T.* ».

¹⁷³ « *Concurrent competition powers in sectoral regulation* ». *Report by the Department of Trade and Industry and HM Treasury*, mai 2006, URN 06/1244.

¹⁷⁴ *Ibid.*, recommandations n° 1 et 2, paragraphe 6, alinéa 3.

¹⁷⁵ Voir par exemple, les propos de l'ancienne Présidente du Conseil de la concurrence Marie-Dominique Hagelsteen ainsi que la position de l'ARCEP, dans « Les entretiens de l'Autorité. Le droit des télécommunications : bilan et perspectives », 23 mars 1999, *L.P.A.*, 10 septembre 1999, n° 81, p. 3 et s. Plus

chiffres restent relativement muets, dans la mesure où ils dépendent du nombre variable d'affaires¹⁷⁶. Ainsi, une analyse qualitative apparaît plus opportune. Elle démontre, certaines carences dans les outils de l'interrégulation croisée (A). En effet, les avis sur lesquels repose une majeure partie de la procédure mise en place dans les pays de tradition romano-germanique ne lient ni l'émetteur, ni le destinataire. Par conséquent, la procédure de saisine, tel que conçue en Europe continentale, est difficilement conciliable avec la sécurité juridique des opérateurs. Par conséquent, il faudrait envisager l'hypothèse du regroupement périodique des représentants des régulateurs sectoriels et de l'autorité de concurrence pour assurer une certaine cohérence dans l'ouverture des marchés (B). Sur ce point la récente initiative espagnole et l'expérience britannique peuvent servir de référence pour proposer un approfondissement de l'interrégulation.

récemment l'opinion conjointe du président de l'ARCEP et de celui du Conseil de la concurrence, in « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, fait au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, 27 juin 2007, p. 67; Au Royaume-Uni, pour le Department of Trade and Industry, Lambert A. : « *Of tel's Experience of the Competition Act 1998* », at DTI/Linklaters 12th Annual Seminar on Competition law, 2 novembre 2001, disponible sur www.dti.gov.uk/; Pour OFCom, *Memorandum submitted by Ofcom, House of Commons, Trade and Industry Committee, twelfth report*, 18 octobre 2007.

¹⁷⁶ Pour le cas français, il ressort des différents rapports d'activité du Conseil de la concurrence et des autorités sectorielles une consultation régulière entre ces institutions. En effet, l'ARCEP, au cours de l'année 2006 a consulté cinq fois l'autorité de concurrence dans le cadre des analyses de marché (avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-01, 06-A-05, 06-A-10, 06-A-11 et 06-A-21), mais n'a jamais estimé nécessaire de le consulter dans le cadre d'une saisine facultative. Le Conseil de la concurrence, en revanche, tenu de recueillir l'avis de l'ARCEP sur les sujets relatifs aux postes et communications électroniques, a utilisé cette procédure sept fois (par exemple : avis n° 06-0528 de l'ARCEP du 23 mai), dont une fois dans le cadre d'une procédure ayant abouti à une décision d'acceptation d'engagements au titre de l'article L 464-2 du code de commerce (décision numéro 06-D-20 du 13 juillet 2006). Dans le secteur énergétique, la CRE a demandé trois avis au Conseil de la concurrence (avis n° 06-A-12, du 30 juin 2006 ; avis n° 06-A-15, du 20 juillet 2006, Europe, juillet 2007, Com., n° 195 ; avis n° 06-A-23, du 21 décembre 2006) sur l'exigence de séparation comptable. De son côté, le Conseil de la concurrence peut saisir la CRE mais ne l'a fait, pour la première fois, qu'en 2007 (La lettre de la CRE, Décryptages, mai/juin 2007, n° 3, p. 5). Dans le domaine de la saisine contentieuse, les sources d'informations officielles ne révèlent qu'avec parcimonie dans quelle mesure le Conseil de la concurrence est saisi par les régulateurs, ou ces derniers connaissent d'une affaire sur communication de l'autorité *antitrust*. Il est seulement possible de relever que la CRE a saisi le Conseil de la concurrence en 2006 sur des pratiques commerciales contestables d'une entreprise locale de distribution d'électricité (Rapport annuel Commission de régulation de l'énergie, 2006, partie I, p. 17). Pour mettre en perspective ces données, il faut relever que sur l'année 2006, douze avis ont été échangés entre l'ARCEP et le Conseil de la concurrence, et deux entre ce dernier et la CRE, alors que le Conseil de la concurrence considère que le domaine des postes et communications électroniques est son quatrième plus gros marché d'intervention, celui de l'énergie le sixième (classement : Edition/médias/presse, BTP/Construction, Distribution (détail et gros), Télécoms/Postes, Véhicules, Production et distribution d'électricité de gaz et de chaleur, in Rapport public Conseil de la concurrence, 2006, p. 20). Cependant, aucune décision de sanction n'a été prise dans ces secteurs, ce qui pourrait démontrer l'efficacité de la régulation *ex ante*. Quelle peut être la conclusion à tirer de ces chiffres ? Eu égard à l'importance des marchés et à leur ouverture croissante à la concurrence, il n'est possible que d'aller dans le sens d'un échange fluide et toujours plus approfondi d'expertise entre les autorités pour faire face, notamment dans le domaine énergétique, à une possible augmentation des affaires impliquant une coopération obligatoire ou facultative.

A Les carences des outils de l'interrégulation croisée

Outre l'absence d'homogénéité entre les législations sectorielles¹⁷⁷, l'analyse de la procédure de saisine démontre que les avis ne lient ni leur destinataire, ni leur émetteur. Dès lors, l'incertitude liée à ce constat impose d'envisager d'autres solutions comme, par exemple, l'« avis déterminant »¹⁷⁸. Ce type d'avis a l'avantage de renforcer l'influence de l'expertise émise. Cependant, il n'empêche pas des divergences de positions, ce qui crée une insécurité pour les opérateurs. La question se pose donc de savoir quelle est la place accordée à la sécurité juridique appréhendée du point de vue des opérateurs dans les domaines interrégulés.

1 L'insécurité liée à la fonction de l'avis

Dans les procédures d'interrégulation croisée, il est incontestable que la fonction principale des avis réside dans l'expertise qui peut être apportée à l'autorité qui la reçoit. Mais cette expertise ne lie ni l'autorité qui la livre ni l'autorité qui la reçoit. Il s'agit donc d'une « coordination égalitaire »¹⁷⁹ puisque « aucune procédure d'avis conforme, signe de subordination, n'a été envisagée »¹⁸⁰. Par conséquent, la décision finale reste de la responsabilité de son auteur et n'est pas dédoublée¹⁸¹. En effet, les consultations échangées prennent la forme d'avis simples qui n'ont de force que celle que le destinataire veut bien leur accorder. L'autorité de régulation indépendante n'est pas liée par l'expertise de l'autorité de la concurrence, quand bien même il s'agirait de consultations obligatoires. En témoignent, en France, les divergences entre l'ARCEP et le Conseil de la concurrence sur la détermination

¹⁷⁷ L'analyse générale de la procédure de saisine démontre son manque d'homogénéité. En effet, en France, contrairement aux communications électroniques et aux postes, dans le secteur énergétique, le Conseil de la concurrence n'est pas obligatoirement tenu de saisir la CRE lorsqu'il a à connaître d'une pratique intervenant dans les domaines de l'électricité ou du gaz. La procédure n'est donc que facultative. Aucune explication logique ne peut être avancée pour justifier la différence entre les régimes.

¹⁷⁸ Frison-Roche M.-A. : « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, chron., p. 616.

¹⁷⁹ Gard L. : « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, études en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Pedone, 2004, p. 89.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 89.

¹⁸¹ En ce sens, Fichet C. : « De la régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », *L.P.A.*, 17 octobre 2003, n° 208, p. 3. Les lignes directrices de la Commission précisent d'ailleurs que « la coopération entre les A.R.N. et les A.N.C. sera essentielle, mais ce sont les A.R.N. qui assument la responsabilité juridique de la conduite des analyses à effectuer », lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, pt. 135 (J.O.C.E., n° C 165, du 11 juillet 2002, p. 6).

des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché¹⁸². De même, le Conseil de la concurrence ne se sent pas lié, non seulement par les avis que les régulateurs lui délivrent¹⁸³, mais aussi par ceux qu'il rend aux autorités sectorielles. Il l'a d'ailleurs exprimé dans son avis relatif à l'analyse des marchés de gros et de détail de la téléphonie fixe, dans lequel il rappelle que « la délimitation des marchés issue du présent exercice ne préjuge pas de l'examen que les autorités de concurrence pourraient être amenées à faire dans le cadre de procédures contentieuses sur la base de situations réellement constatées, et non prospectives, afin de déterminer le marché pertinent »¹⁸⁴.

Par conséquent, si les expertises techniques délivrées par les régulateurs sectoriels ne lient pas l'autorité de concurrence et que les avis de celle-ci n'ont pas plus d'effet sur les décisions des ARI, une affaire ou un comportement soumis à régulation *ex ante* peut être appréhendé *a posteriori* par le droit *antitrust*¹⁸⁵. Comme évoqué précédemment, l'hypothèse n'est pas d'école¹⁸⁶. En effet, en France, un tarif régulé, c'est-à-dire ayant fait l'objet d'une validation préalable par l'autorité de régulation le déclarant insusceptible de fausser le jeu de la concurrence, a été condamné par le Conseil de la concurrence quelques années plus tard, allant d'ailleurs à l'encontre de l'avis de l'A.R.T. sollicité dans le cadre de la procédure contentieuse. L'autorité de la concurrence estime que la structure des prix « fixe vers mobile » et « mobile vers mobile » présente un caractère anormal et condamne les sociétés France Télécom et SFR respectivement à des amendes de dix-huit et de deux millions d'Euros¹⁸⁷. Il en résulte, pour les opérateurs, une insécurité juridique de taille au regard des sanctions prononcées. Considérant les possibles divergences d'analyses entre les autorités de concurrence et les autorités de régulation, ainsi que l'insécurité juridique qui en résulte, le

¹⁸² Sur ce point, voir Ingeborg K. : « L'Autorité de régulation des télécommunications et le Conseil de la concurrence », in Boy L. (dir.), *Les pouvoirs de l'Autorité de régulation des télécommunications*, GIP Mission de recherche droit et justice, novembre 2000, p. 12.

¹⁸³ Encore moins, selon Sabine Naugès, par les analyses concurrentielles menées par les autorités de régulation, in Naugès S. : « L'articulation entre le droit commun de la concurrence et le droit de la régulation sectorielle », *A.J.D.A.*, 2007, p. 672.

¹⁸⁴ Le Conseil de la concurrence continue son argumentation en écrivant qu'« il ne peut d'ailleurs être exclu qu'une analyse de la substituabilité des services et de la situation de la concurrence conduise le Conseil de la concurrence à délimiter les marchés plus étroits que ceux sur lesquels il s'interroge dans le présent avis », Avis du Conseil de la concurrence, n° 05-A-05, du 16 février 2005, relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L 37-1 du C.P.C.E., portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe.

¹⁸⁵ Tout l'intérêt de la procédure anglo-saxonne réside dans le fait qu'elle prévient, par la consultation anticipée, ce genre de problèmes.

¹⁸⁶ Voir *supra* p. 560 et s.

¹⁸⁷ Voir la décision du Conseil de la concurrence n° 04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en oeuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom (B.O.C.C.R.F., n° 1, du 21 janvier 2005), et l'avis n° 99-1127 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 22 décembre 1999 relatif à la demande d'avis du Conseil de la concurrence sur la saisine présentée par l'association TENOR relative à la situation du marché français des communications fixes vers mobiles.

Professeuse Marie-Anne Frison-Roche propose donc d'introduire le mécanisme de l'« avis déterminant »¹⁸⁸.

2 L'hypothèse inadaptée de l'avis déterminant

Ce type d'avis devrait être suivi par l'autorité réceptrice, pour autant que celle-ci ne puisse « avancer précisément une raison qui lui soit propre, justifiant que l'avis ne soit pas repris »¹⁸⁹. Il faudrait déduire de la procédure d'avis déterminant que l'autorité qui ne suit pas les positions de l'expertise qu'elle a reçue, devrait, pour s'en départir, motiver explicitement les raisons de la divergence de vues avant de prendre une décision non conforme à l'avis. Cependant, en l'état, cette procédure ne fait que renforcer la considération faite à l'expertise de l'autorité consultée. Certes, elle tend à réduire les divergences d'opinion entre ARI et A.N.C. par la contrainte procédurale, mais elle n'apporte pas de solution définitive en termes de sécurité juridique pour les opérateurs.

Dans cette dernière optique, l'avis déterminant devrait impliquer que l'autorité émettrice soit liée par l'expertise qu'elle a donnée. Elle ne pourrait donc s'en détacher dans une procédure ultérieure et l'avis lui serait opposable. Cette conception de l'avis déterminant permettrait, en cas de divergence entre celui-ci et la décision finale, aux opérateurs de se préparer, par exemple, à une intervention *ex post* des autorités de concurrence alors que l'ARI est déjà intervenue sur leur comportement. Grâce à ces éléments, la technique de l'avis déterminant présenterait sans conteste des avantages au regard de la sécurité juridique¹⁹⁰. Elle matérialiserait aussi la conception de la décision interrégulée au sens strict du terme, dans la

¹⁸⁸ Frison-Roche M.-A. : « Le droit de la régulation », précité, p. 616 ; soutenu par Grard L. : « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », précité, p. 89.

¹⁸⁹ Frison-Roche M.-A. : « Le droit de la régulation », précité, p. 616.

¹⁹⁰ Il s'agit en l'espèce de la sécurité juridique au sens général du terme. Sur la sécurité juridique en tant que principe général du droit communautaire, voir : Auby J.-B., Dero-Bugny D. : « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime », in Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J., *Droit administratif européen*, Bruylant, 2006, p. 473 ; Fromont M. : « Le principe de sécurité juridique », *A.J.D.A.*, 1996, p. 178 ; Sur la sécurité juridique en tant que principe général du droit français, voir : CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n° 288460, Rec., p.154, concl., Aguila Y., *R.F.D.A.*, 2006, p. 463 ; Barbière J.-F., « L'indépendance des commissaires aux comptes devant le Conseil d'Etat », *Bulletin Joly Sociétés*, juin 2006, p. 711 ; Belorgey J.-M., *J.C.P. G.*, 2006 II 10113 ; Camby J.-P., « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle », *R.D.P.*, 2006, p. 1169 ; Cassia P., « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *D.*, 2006, p. 1190 ; Clamour G., « Une autre facette de l'arrêt KPMG : l'effet utile du droit communautaire de la concurrence », *R.L.C.*, 2006, n° 9, p. 60 ; Landais C. et Lenica F., « Sécurité juridique : la consécration », *A.J.D.A.*, 2006, p. 1028 ; Met-Domestici A., « La sécurité juridique : consécration nouvelle d'une exigence ancienne. Précisions sur les enjeux de la reconnaissance par le Conseil d'Etat du principe de sécurité juridique », *R.R.J.*, 2007, p. 1873 ; Moderne F., « Sécurité juridique et sécurité financière », *R.F.D.A.*, 2006, p. 483 ; Simon D., « Le principe de confiance légitime est-il soluble dans la sécurité juridique ? », *Europe*, mai 2006, p. 9 ; Tesoka L., *A.J.D.A.*, 2006, p. 2214 ; Woehrling J.-M., *R.D.P.*, 2007, p. 285.

mesure où l'avis d'une autorité indépendante participerait de manière contraignante à la décision de l'autorité compétente en dernier ressort. Cette procédure serait donc très intéressante en se plaçant du point de vue des opérateurs¹⁹¹.

Cependant, les objectifs de la sécurité juridique sont parfois difficilement conciliables avec la rapidité et l'évolution du système de régulation. D'une part, si jamais la procédure de l'avis déterminant telle que proposée était mise en place, les relations entre les autorités de régulation et les autorités de concurrence passeraient du terrain du consensuel au terrain du conflictuel. En effet, l'avis déterminant et la décision motivée feraient apparaître au grand jour et sans équivoque les divergences d'opinion. Ceci alors même que les consultations sont souvent émises sur l'hypothèse prospective d'une atteinte à la concurrence et non sur la base de situations réellement constatées¹⁹². L'avis déterminant impliquerait aussi que l'autorité *antitrust* soit liée, dans une situation contentieuse, par son expertise antérieure et relative à une analyse prospective. Cet élément ne va pas dans le sens de l'efficacité de la répression des comportements anti-concurrentiels. D'autre part, cette solution serait susceptible d'engendrer des difficultés pratiques au regard des délais généralement imposés pour rendre un avis. L'autorité qui demande l'avis, sachant que celui-ci sera déterminant, n'envisagera aucune issue au problème tant que l'autorité consultée n'aura pas remis son expertise. De plus, celle-ci, considérant le fait qu'elle sera liée par l'avis émis, prendra le plus de temps possible pour mûrir sa réflexion. De surcroît, ses avis seront formulés de telle façon qu'ils puissent permettre une certaine marge de manoeuvre postérieure pour pouvoir appréhender les comportements anti-concurrentiels. En effet, la technicité des marchés envisagés est telle que l'évolution de leur structure est très rapide ce qui implique qu'une solution donnée à une certaine période n'est pas obligatoirement valable plus tard¹⁹³. Dès lors, seule une clause imposant de se conformer à son propre avis si la situation du marché est identique permettrait de lier l'émetteur. En attendant, la procédure de l'avis déterminant, en se plaçant du côté des autorités sectorielles et de concurrence, ne va pas dans le sens d'une régulation efficace, rapide et évolutive des marchés. Ainsi, souplesse de la régulation et sécurité juridique sont

¹⁹¹ En effet, ceux-ci reprochent au système actuel de les soumettre parfois à une double régulation concurrentielle et critiquent cette superposition génératrice d'incertitude régulatrice, in « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, fait au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, 27 juin 2007, p. 66.

¹⁹² En ce sens, Avis du Conseil de la concurrence, n° 05-A-05, du 16 février 2005, relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L 37-1 du C.P.C.E., portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe.

¹⁹³ En ce sens, voir les propos de l'A.R.T. dans l'avis n° 99-1127 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 22 décembre 1999 relatif à la demande d'avis du Conseil de la concurrence sur la saisine présentée par l'association TENOR relative à la situation du marché français des communications fixes vers mobiles : « Considérant ces évolutions, les griefs énoncés par l'association Ténor s'agissant des appels entrants d'origine nationale, paraissent relever d'une situation aujourd'hui dépassée ».

difficilement conciliables. Il faut donc envisager une autre solution pour prévenir les divergences de positions entre ARI et A.N.C.

B Une solution à explorer, le regroupement formel ou informel des autorités

Certains soulignent que « la consultation réciproque [des ARI et des A.N.C.] ne peut plus suffire à constituer une interrégulation »¹⁹⁴. En effet, il résulte des mécanismes aujourd'hui en vigueur que des divergences de vues entre autorités de concurrence et autorités sectorielles peuvent apparaître. Dès lors, les opérateurs peuvent jouer sur cet élément en portant leur requête devant l'organisme le plus favorable à leurs attentes. Le regroupement périodique des représentants des autorités peut être, au regard de l'expérience des autres Etats membres, une solution envisageable pour approfondir l'interrégulation.

1 Les inconvénients liés à l'absence de procédure inter-institutionnelle

L'actuelle absence de procédure inter-institutionnelle empêchant, à coup sûr, une divergence d'interprétation entre autorités sectorielles et autorités de concurrence pousse les opérateurs à jouer sur plusieurs tableaux. En effet, comme le souligne Bruno Lasserre, « les acteurs économiques auront vite fait en effet – et comment le leur reprocher ? – de “tester” chacune d'entre elles, voire de faire jouer l'une contre l'autre »¹⁹⁵. En se plaçant dans le cas d'un opérateur auquel un accès au réseau est refusé, ou qui estime qu'il y a une discrimination pour accéder à ce réseau, il y aura probablement un choix à faire. En effet, en France, le législateur autorise à la fois l'opérateur à demander que le différend soit réglé devant l'autorité sectorielle et à saisir le Conseil de la concurrence pour abus de position dominante¹⁹⁶. Dès lors, si la qualification juridique du comportement est ambiguë, l'opérateur va opter en fonction de l'orientation des décisions de l'un et de l'autre. Il s'agirait en quelque

¹⁹⁴ Babusiaux C. : « La conception de la régulation dans la réforme du droit de la concurrence par la loi N.R.E. », in Frison-Roche M.-A. (dir.), « Droit de la régulation : questions d'actualité », Rencontres Petites affiches du 6 février 2002, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n° 110, p. 16.

¹⁹⁵ Lasserre B. : « L'autorité de régulation des télécommunications, ART », *A.J.D.A.*, 1997, n° spécial « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation », p. 228.

¹⁹⁶ Comme le souligne le Conseil de la concurrence : « Rien ne s'oppose à ce qu'un opérateur saisisse le Conseil et soutienne parallèlement l'ouverture de négociations sous l'égide de l'autorité sectorielle », décision n° 05-D-59, du 7 novembre 2005, relative à des pratiques mises en oeuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit, *D.*, 2005, A.J. 3012. Dans le même sens, « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, précité, p. 67.

sorte d'un « *authority shopping* »¹⁹⁷. L'opérateur prendra comme paramètre l'efficacité et la rapidité des deux autorités. En ce sens, « la grande technicité plaide vraisemblablement en faveur de l'autorité sectorielle, l'étendue des pouvoirs en faveur du Conseil de la concurrence »¹⁹⁸. Enfin, le choix de l'autorité à saisir dépend aussi du comportement. Il apparaît cohérent de saisir le Conseil de la concurrence, dans une optique de répression, pour un comportement dont les effets sont irréversibles et pour lequel la durée du contentieux n'a pas d'importance primordiale¹⁹⁹. En revanche, lorsque les effets ne sont pas encore irréversibles et que l'objectif de la saisine est de pénétrer le marché sans entrave et le plus rapidement possible, le choix se portera sur l'autorité de régulation ou sur une demande de mesures conservatoires devant l'autorité de la concurrence²⁰⁰. Ainsi, multiples sont les variables à prendre en compte lorsqu'un opérateur se sent victime d'un comportement l'empêchant d'avoir accès à un marché, en jouant à la fois sur la pratique institutionnelle des régulateurs et leurs possibles divergences de points de vue.

Les législateurs des Etats membres ne se sont quand même pas désintéressés des problèmes liés aux divergences d'appréciation entre régulateurs sectoriels et autorité de concurrence, dans la mesure où une harmonisation est prévue par le recours contentieux devant une même juridiction²⁰¹. En France, il en est ainsi entre les décisions de règlement de différends des régulateurs et les décisions du Conseil de la concurrence sous la compétence de la cour d'appel de Paris. Cependant, les autres actes du régulateur ne pouvant être invoqués que devant le Conseil d'Etat, la séparation du contentieux de la régulation pourrait poser des problèmes de divergence de jurisprudences. De plus, n'est-il pas possible d'imaginer qu'une recommandation d'un régulateur suggère aux opérateurs un comportement déterminé et que le Conseil de la concurrence sanctionne une entreprise pour avoir adopté ce comportement ?

¹⁹⁷ L'expression est inspirée du rapport de l'Independent Regulatory Group (I.R.G.), I.R.G. position paper : « *collaboration between national regulatory authorities and national competition authorities of the independent regulators group's (I.R.G.) member's countries* », 25 novembre 2002. Sur l'I.R.G., voir *infra*, p. 693 et s.

¹⁹⁸ Grad L. : « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », précité, p. 90. Voir aussi, Dupuis-Toubol F. : « Le juge en complémentarité du régulateur », in Frison-Roche M.-A., Marimbert J. (dir.), « Régulateurs et juges », Forum de la régulation, du 15 octobre 2001, *L.P.A.*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 17.

¹⁹⁹ Selon Frédérique Dupuis-Toubol, la durée nécessaire à l'obtention d'une décision est un élément déterminant « car dans la plupart des affaires de régulation économique, il ne s'agit pas seulement pour le demandeur de gagner, mais aussi de gagner dans un délai très court ». L'auteur remarque « la durée extrêmement longue de règlement des affaires par le Conseil de la concurrence : le délai moyen de traitement au fond d'un dossier étant à ce jour de quatre ans et demi » ; Dupuis-Toubol F. : « Le juge en complémentarité du régulateur », in Frison-Roche M.A. Marimbert J. (dir.), « Régulateurs et juges », précité, p. 22.

²⁰⁰ Sur le choix de l'autorité à saisir en fonction du caractère réversible ou irréversible du comportement, Terrón Santos D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Editorial Comares, 2004, p. 195.

²⁰¹ Sur ce point, pour les autres Etats membres dont le recours contentieux est assuré par une même juridiction, mais aussi pour la France qui connaît l'inconvénient relatif de la dualité juridictionnelle, voir *supra* p. 479 et s.

Dans ce cas, l'unique recours serait d'engager la responsabilité de l'Etat au motif que la recommandation du régulateur a suggéré un comportement contraire aux règles de la concurrence²⁰². Enfin, le délai nécessaire pour résoudre un contentieux devant le juge ne correspond pas à l'évolution rapide des secteurs régulés. Dès lors, quelle solution pourrait être envisagée pour éviter, par la coopération en amont, le recours à une harmonisation juridictionnelle ? L'interrégulation croisée pourrait être fluidifiée en adoptant une méthode de regroupement organique des autorités.

2 Le regroupement des autorités inspiré du Royaume-Uni et de l'Espagne

Le Professeur Loïc Grard a souligné l'absence, en France, mais il en est de même en Italie et dans une moindre mesure en Allemagne²⁰³, de « solution organique de regroupement »²⁰⁴. Assurer la cohérence de la régulation et du droit *antitrust* par une solution institutionnelle est tout à fait envisageable, dans la mesure où le système anglo-saxon l'a déjà expérimenté de manière informelle à travers le *Concurrency Working Party* (C.W.P.). En Espagne, une réunion annuelle des régulateurs sectoriels et de l'A.N.C. est aussi prévue, notamment pour mettre en place des mécanismes de coordination de leurs activités. Ces différentes formules pourraient remédier aux possibles divergences de vues entre ARI et A.N.C. poussant les opérateurs à se diriger vers l'entité la plus adaptée et la plus favorable à leurs objectifs.

Si la logique des procédures de l'avis simple ou de l'avis déterminant ne sont pas satisfaisantes lorsqu'elles sont évaluées au regard de la sécurité juridique, certains se sont alors posés la question de savoir comment éviter des divergences d'interprétation entre les autorités sectorielles et de concurrence²⁰⁵.

²⁰² Une recommandation d'une A.A.I., si elle n'est pas toujours attaquantable, est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, voir *supra* p. 533 et s. ; CE, 31 mars 2003, *SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, précité. Voir aussi : Rouyère A. : « La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation », *R.L.C.*, août/octobre 2005, n° 4, p. 109.

²⁰³ La configuration multi-sectorielle de la *Bundesnetzagentur* implique *de facto* la réunion des régulateurs sectoriels.

²⁰⁴ Grard L. : « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », précité, p. 89.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 89.

Il serait possible d'envisager la solution de l'association aux travaux des régulateurs sectoriels d'un membre de l'autorité de la concurrence et inversement²⁰⁶. Cependant, si cette logique est concevable en l'état, elle se heurte à deux considérations. D'une part, il apparaît que la confrontation entre une optique purement concurrentielle et une optique de régulation (concilier l'exercice de la concurrence avec les missions d'intérêt général) est salutaire. Dès lors, l'échange de personnel, par effet d'assimilation, rompt cette confrontation. Il s'agit de la même logique que celle avancée précédemment pour dissuader de la solution visant à confier à l'A.N.C. les compétences de régulation²⁰⁷. D'autre part, elle ne prend pas en considération la porosité des secteurs. Certes, le droit *antitrust* est un complément nécessaire au droit de la régulation sectorielle. Mais, en prenant l'exemple de la régulation des communications électroniques, il est possible de remarquer que celle-ci touche aussi au domaine de l'audiovisuel, à des problèmes de réseaux énergétiques et parfois même à la régulation des transports ferroviaires²⁰⁸. Par conséquent, envisager la présence d'un membre d'une autorité, susceptible d'être concernée par une affaire, aux travaux de celle qui aura à prendre une décision finale à son sujet, implique la présence d'un membre du Conseil de la concurrence, d'un représentant du C.S.A., de la CRE et peut-être un jour d'une entité de régulation des transports²⁰⁹. La logique arrive bien vite à rencontrer celle de la régulation multi-sectorielle dont l'avantage est de fusionner les moyens grâce à la proximité de tous les experts compétents sur ces domaines²¹⁰.

Les solutions anglo-saxonne et espagnole apparaissent plus adaptées. En effet, une réunion informelle des représentants des régulateurs sectoriels et de l'autorité de concurrence peut être le moyen de mettre en commun un ensemble d'affaires, de points de vues et de méthodes, pour assurer une certaine cohérence entre les mesures de régulation *ex ante* et *ex post*. Certes, le système de la concurrence des compétences de mise en oeuvre du droit de la concurrence, tel que conçu au Royaume-Uni, justifie d'autant plus cette réunion. Cependant, si l'Espagne a aussi adopté cette solution il est difficile de douter de son utilité dans les pays de tradition romano-germanique. En témoigne l'organisation régulière de rencontres

²⁰⁶ Cette solution a déjà été adoptée en France puisque le président de l'A.M.F. siège au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) et le président de la Commission bancaire est membre du collège de l'A.M.F., in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 76.

²⁰⁷ Voir *supra* p. 568 et s.

²⁰⁸ Sur ces points, voir *infra*, p. 601 et s.

²⁰⁹ Il existe déjà une entité, rattachée au ministre chargé des transports, qu'il n'est pas possible de qualifier d'autorité de régulation (elle ne dispose que de compétences consultatives) mais dont l'existence pose peut-être la première pierre d'une future régulation du secteur ferroviaire : la mission de contrôle des activités ferroviaires (créée par le décret n° 2003/194, du 7 mars 2003, relatif à l'utilisation du réseau ferré national, (J.O.R.F., n° 57, du 8 mars 2003, p. 4063), spéc., article 29).

²¹⁰ Sur ce point, voir *infra*, p. 618 et s.

bilatérales entre les présidents des ARI françaises et les représentants du Conseil de la concurrence. Pourquoi ne pas généraliser cette pratique ? Certains avanceront l'argument de l'accumulation des strates décisionnelles, mais aucune institution nouvelle n'est nécessaire dans la mesure où il ne s'agirait que de rencontres périodiques. Cette assemblée de représentants des autorités pourrait, à l'image de ce qui se fait au Royaume-Uni²¹¹, édicter des recommandations si un commun accord se dégagait sur de nouvelles méthodes à mettre en oeuvre, pour assurer une cohérence entre régulation sectorielle et droit des pratiques anti-concurrentielles.

Par une solution informelle de rencontres périodiques entre les régulateurs et l'autorité de la concurrence, le passage d'un marché en voie de libéralisation au stade de la concurrence efficace pourrait se faire en évitant toute divergence de vues, en d'autres termes en garantissant une certaine sécurité juridique pour les opérateurs. Les mêmes problèmes de cohérence se posent entre les différentes régulations sectorielles. Dès lors, il convient d'observer les remèdes mis en oeuvre par les Etats membres pour favoriser l'interrégulation sectorielle, c'est-à-dire la coopération entre régulateurs de secteurs d'activité différents, mais qui ont aussi vocation à exercer ensemble leur office. Cette démarche préalable pousse à proposer une reconfiguration de l'interrégulation sectorielle vers un système endogène qui amènera, peut-être, dans les années à venir, à la création d'une « autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux ».

²¹¹ En tenant compte, par exemple, du dernier rapport du *Select Committee on regulators, House of Lords, Select Committee on Regulators*, « *UK Economic Regulators* », Vol. I, HL Paper 189-I, 13 novembre 2007.

Section II : L'interrégulation sectorielle à reconfigurer

La nécessité de prévoir des mécanismes de coopération entre régulateurs de secteurs différents est la conséquence, en premier lieu, de l'éventuelle application de deux droits sur un même secteur. En effet, l'ensemble d'un secteur ne peut pas toujours être pris en charge par une seule et même autorité de régulation. Elle résulte aussi, en second lieu, de la confusion entre secteurs et marchés. La diversification des activités des opérateurs et l'évolution technologique (par exemple les offres multi-services²¹² ou la télévision par câble) pousse toujours plus loin la convergence entre les secteurs qui subissent, dès lors, la nouvelle logique des marchés. Par conséquent, l'intervention d'un régulateur dans son champ de compétences peut avoir une influence sur le secteur voisin.

Cette « porosité »²¹³ prend toute son ampleur dans le domaine des communications électroniques, intimement lié à l'audiovisuel²¹⁴, et dans celui de l'énergie, qui regroupe à la fois le gaz et l'électricité. De plus, les nouvelles technologies permettant d'utiliser les réseaux électriques à basse tension pour acheminer des communications implique aussi la « rencontre du droit de l'électricité et du droit des télécommunications »²¹⁵. Enfin, les réseaux ferrés ne sont pas étrangers aux secteurs précédemment évoqués dans la mesure où certains ouvrages de haute tension, détenus par des sociétés de transport ferroviaire, font partie du réseau électrique²¹⁶. De même, les gestionnaires et/ou propriétaires de réseaux ferroviaires disposent

²¹² Les offres multiservices impliquent par exemple dans le domaine des communications électroniques l'accès ADSL, la télévision, la téléphonie fixe et mobile. Dans le secteur énergétique, elle s'étend au gaz, à l'électricité et services associés pour les industries.

²¹³ Terme employé par Marie-Anne Frison-Roche in : « Le droit de la régulation », *D.*, 2001 chron., p. 615.

²¹⁴ Comme l'explique Lucien Rapp les secteurs sont liés dès lors qu'« un réseau de communication audiovisuelle – réseau câblé par exemple – permet d'acheminer des services de télécommunications et qu'à l'inverse un réseau de télécommunications est techniquement en mesure de transporter des services de communications audiovisuelle », Rapp L. : « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *A.J.D.A.*, 2004, p. 2047. Sur la convergence de ces secteurs, voir aussi : Cambini C., Ravazzi P., Valletti T., *Il mercato delle telecomunicazioni, dal monopolio alla liberalizzazione negli stati uniti e nella UE*, Il Mulino, 2003, p. 87.

²¹⁵ En ce sens, Jeanneney P.-A. : « Télécommunications et électricité : les courants porteurs en ligne », in « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *A.J.D.A.*, 2005, p. 1216. De même, selon Bertrand Quélin, « l'offre par les électriciens de capacités à haut débit dépendra à la fois de la régulation de leur activité d'origine et de celle des télécommunications, Quélin B. : « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », in « La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? », colloque organisé par l'ENA, le 29 janvier 2004, *R.F.A.P.*, n° 109, p. 79.

²¹⁶ Sur ce point, voir Richer L. : « Accès au réseau de transport d'électricité : les ouvrages de la SNCF font partie du réseau de transport d'électricité », in « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *A.J.D.A.*, 2004, p. 78. Voir aussi : CA Paris, 10 décembre 2002, *Régie autonome des transports parisiens c/ EDF*, précité, et Tuot T. : « Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends », *R.F.D.A.*, 2003, p. 319.

d'infrastructures de communications électroniques²¹⁷. Par conséquent, les supports permettant la diffusion que ce soit d'énergie ou d'informations (publiques ou privées) ont une tendance croissante à devenir inter-opérables, ce qui fait émerger la nécessité d'une interrégulation sectorielle.

Le droit communautaire peut être regardé comme absent du domaine de l'interrégulation sectorielle. En effet, s'il a prévu une coopération minimale entre A.R.N. dans le domaine des communications électroniques, la généralité des termes et l'improbable qualification des entités chargées de la régulation du secteur de l'audiovisuel d'A.R.N. (au sens du droit communautaire) font douter de sa portée²¹⁸. Néanmoins, la directive cadre laisse dans son quatorzième considérant une porte ouverte pour l'échange d'informations entre A.R.N., et impose aux Etats membres, dans les dispositions contraignantes, de veiller « à ce que les informations soumises à une autorité réglementaire nationale puissent être mises à la disposition d'une autre autorité réglementaire (...) du même Etat membre »²¹⁹. De plus, il est possible de dégager une obligation de coopération générale dans l'article 7 alinéa 2 qui dispose que « les autorités réglementaires nationales contribuent au développement du marché intérieur en coopérant entre elles ». Cette formule entretient une confusion sur le point de savoir s'il s'agit d'A.R.N. du même Etat membre ou d'A.R.N. d'Etats différents, mais s'agissant de droit communautaire il faut supposer l'élément d'extranéité. Enfin, aucune procédure de ce type n'est prévue dans les autres directives relatives aux postes et à l'énergie, ce qui laisse les législateurs nationaux face à la responsabilité de l'organisation de l'interrégulation sectorielle.

Les Etats membres n'ont pas résolu le problème de l'interdépendance des secteurs de la même manière. De plus, en fonction des domaines, plusieurs méthodes ont pu être mises en oeuvre au sein du même Etat. Cependant, deux traits caractéristiques peuvent être dégagés parmi les solutions envisagées. En premier lieu, la technique de la coopération entre autorités de secteurs différents : l'interrégulation entre autorités sectorielles (§1). En second lieu, la création d'une seule et même entité chargée de la régulation des secteurs susceptibles d'être

²¹⁷ Réseau ferré de France, comme ses homologues européens, dispose d'un réseau de télécommunications numériques dédié aux besoins des professionnels du transport ferroviaire. Un nouveau réseau va être créé, le GSM-R (*Global System for Mobile Communication Railway*) qui permettra de connecter le système français avec les autres réseaux européens.

²¹⁸ En effet, aucun texte ne qualifie formellement les autorités de régulation de l'audiovisuel d'A.R.N., sauf à considérer qu'elles répondent à la définition de « l'organisme ou les organismes chargés par un Etat membre d'une quelconque des tâches de réglementation assignées dans la présente directive et dans les directives particulières », article 2, g), directive 2002/21/CE, précitée.

²¹⁹ Article 5 alinéa 2, directive 2002/21/CE, précitée.

interdépendants : la régulation multisectorielle. Elle apparaît comme une solution alternative à l'interrégulation sectorielle (§2) qui, considérant l'évolution probable de la régulation des marchés, débouche logiquement sur l'hypothèse très sérieusement envisageable de la généralisation d'une « autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux ».

§1 L'interrégulation entre autorités sectorielles

La mise en oeuvre d'une interrégulation entre autorités sectorielles rappelle les techniques utilisées pour assurer une interrégulation croisée. Cependant, la première est simplifiée par rapport à la seconde. En effet, il n'y a que très peu de problèmes de délimitation des compétences entre autorités sectorielles dans la mesure où il s'agit de régulations verticales²²⁰. Dès lors, à supposer qu'une affaire relative au secteur audiovisuel soit déposée devant le régulateur des communications électroniques, celui-ci, par une déclaration d'incompétence, renverra indirectement le requérant vers l'autorité chargée de l'audiovisuel. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'interrégulation sectorielle, les domaines de compétences sont bien délimités par le législateur et la coopération se résume finalement à un échange d'expertise. Celle-ci peut prendre deux formes. En premier lieu, les autorités sectorielles peuvent se saisir mutuellement pour une demande d'avis et ainsi faire valoir leurs positions lorsqu'une décision dépend de plusieurs secteurs. Cette procédure légale est complétée par la création d'un groupe assurant en permanence la liaison entre les autorités sectorielles concernées. La coopération est donc bilatérale (A). Cette procédure peut être évoquée en prenant comme exemple la France dans le domaine des communications électroniques. En effet, aucune interrégulation n'est possible dans les autres Etats étudiés dans la mesure où ils disposent d'une autorité chargée à la fois de la régulation des communications électroniques et du contrôle des contenus des diffusions, ou alors ne disposent pas d'une structure juridique interne permettant la coopération entre les autorités compétentes sur ces deux domaines²²¹. De plus, le secteur énergétique est exclu de cette

²²⁰ Seulement peut-on évoquer certains risques de compétences concurrentes, comme le fait André Delion, Delion A. : « Notion de régulation et droit de l'économie », in *Annales de la Régulation*, Volume I (2006), Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, L.G.D.J., 2006, p. 23 et 42.

²²¹ Au Royaume-Uni, la garantie de la pluralité dans la fourniture de programmes, la qualité et la diversité des services de radio et de télévision sont sous la surveillance d'OfCom, il n'y a donc pas de place pour une coopération entre autorités sectorielles. Il en est de même en Italie avec A.G.Com. En Espagne, la C.M.T. assure (mais uniquement pour l'introduction de la concurrence dans le secteur), avec le Ministre, certaines compétences de régulation relatives au domaine de l'audiovisuel. En Allemagne, l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle est garanti par des instances locales représentées au niveau fédéral par leur association l'*Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten* (A.L.M.). Gérard Marcou souligne, entre autres à propos de l'Allemagne et de l'Espagne, le problème de « la dissociation du niveau de compétence pour les communications électroniques d'une part, et pour l'audiovisuel d'autre part », ainsi que les difficultés de coordination qui en

réflexion puisque l'ensemble des Etats membres a opté pour une solution de régulation multisectorielle²²². En second lieu, cette procédure peut être complétée par un mécanisme visant à assurer une cohérence de l'ensemble des actions menées par les régulateurs nationaux dans le cadre d'un groupe se réunissant périodiquement. Il s'agit par conséquent d'une interrégulation multilatérale (B). L'exemple du Royaume-Uni, seul Etat membre à avoir choisi cette solution, peut servir à avancer l'hypothèse d'une propagation de ce modèle.

A La coopération bilatérale entre autorités sectorielles

Le secteur des communications électroniques et celui de l'audiovisuel sont étroitement liés. Cet état de fait trouve son origine dans l'évolution technologique qui associe indubitablement la gestion des contenus à celle des réseaux (ou contenants). L'affirmation était vraie à l'époque des premières initiatives visant à créer un régulateur indépendant des télécommunications²²³. Elle s'est confirmée lors du vote de la loi instituant l'A.R.T.²²⁴ et elle reste d'actualité malgré les efforts conjugués des instances communautaires et du législateur français pour cloisonner les secteurs²²⁵. La convergence des secteurs s'illustre par exemple en observant que certaines décisions administratives prises par le ministre compétent suivent un avis du C.S.A. mais aussi de l'ARCEP²²⁶. De plus, des membres des deux autorités administratives indépendantes participent à la composition de l'Agence nationale des fréquences²²⁷ qui intervient à la fois sous l'empire de la réglementation relative à

résultent. Marcou G. : « Régulation et service public, les enseignements du droit comparé », in Marcou G., Moderne F., (dir.) : « Droit de la régulation, service public et intégration régionale », tome I, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2005, p. 40. Voir aussi : « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, fait au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, 27 juin 2007, annexe 2 ; Geradin D., Petit N. : « *The development of agencies at EU and national levels : conceptual analysis and proposals for reform* », Jean Monnet Working Paper, 01/04, p. 20.

²²² Sur ce point, voir *infra*, p. 614 et s.

²²³ Sur ce point voir *supra* p. 257 et s.

²²⁴ En ce sens, Chevallier J. : « La nouvelle réforme des télécommunications, ruptures et continuité », *R.F.D.A.*, 1996, p. 937. Voir aussi, Braconnier S. : « La régulation des Services Publics », *R.F.D.A.*, 2001, p. 55.

²²⁵ En ce sens, Rapp L. : « Le droit des communications entre réglementation et régulation », précité, p. 2047. La Commission a toujours été consciente de la convergence de ces secteurs, voir : Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'informatique, et les implications pour la réglementation, décembre 1997, COM (97) 623 final. Selon Marie-Anne Frison-Roche, « la convergence en matière de télécommunications et d'audiovisuel rend moins évidente la distinction (...) entre le contenant et le contenu, ce qui remet en discussion la distinction entre l'ARCEP (le contenant) et C.S.A. (le contenu) », in Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome II, chapitre I, pt 4.

²²⁶ Article 21 de la loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication (J.O.R.F. du 1^{er} octobre 1986, p. 11755) et article L 41-1 du C.P.C.E. Sur la convergence des deux secteurs, voir les explications détaillées, in « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, précité, p. 82 et s.

²²⁷ L'Agence nationale des fréquences est un établissement public administratif qui a pour fonction d'assurer la planification, la gestion et le contrôle de l'utilisation, y compris privative, du domaine public des fréquences

l'audiovisuel et de celle relative aux communications électroniques. Dès lors, au regard de cette convergence, une étroite coopération entre autorités sectorielles est nécessaire. Elle se matérialise, d'une part, moyennant une procédure d'avis réciproque et, d'autre part, à travers la création d'un groupe de liaison entre l'ARCEP et le C.S.A.²²⁸.

1 L'échange d'avis entre autorités sectorielles

Le législateur français s'est emparé du problème de la convergence en prévoyant une procédure de coopération entre certaines autorités administratives indépendantes. Cependant, à la différence d'autres Etats membres, il n'a jamais franchi le pas d'une fusion des régulateurs des communications électroniques et de l'audiovisuel. L'évocation de ce thème fait encore l'objet de polémiques²²⁹, ce qui laisse augurer une longue vie à l'interrégulation entre autorités sectorielles françaises. Ainsi, tant le code des postes et communications électroniques que la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication²³⁰ prévoient un système de coopération entre l'ARCEP et le C.S.A.

Ces échanges peuvent prendre plusieurs formes. En premier lieu, le C.S.A. est tenu, lorsqu'il est saisi dans le cadre d'un règlement de différend dont les faits sont susceptibles de restreindre l'offre de services de communications électroniques, de demander un avis à

radioélectriques sous réserve de l'application de l'article L 41 du C.P.C.E. ainsi que des compétences des administrations et autorités affectataires de fréquences radioélectriques, selon l'article L 43 du C.P.C.E. Voir aussi les articles 20-2, 30-1 de la loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication (J.O.R.F. du 1^{er} octobre 1986, p. 11755).

²²⁸ Le C.S.A., autorité administrative indépendante sectorielle n'est pas à proprement parler une autorité indépendante de régulation des services publics organisés en réseaux, tel que conçu dans l'étude, dans la mesure où son objectif premier n'est pas l'introduction de la concurrence dans un marché anciennement monopolistique. En effet, comme le souligne Jacqueline de Guillenchmidt, le C.S.A. est une autorité qui relève à la fois de celles dont l'objet est la protection des libertés publiques, mais aussi de celles dont la fonction réside dans la garantie du bon fonctionnement économique du marché (De Guillenchmidt J. : « Le sectoriel et le général dans le droit de la régulation », in Frison-Roche M.-A. (dir.), « Droit de la régulation : questions d'actualité », précité, p. 58). De plus, le secteur sur lequel le C.S.A. exerce son office, dans la mesure où il est inclus, dans d'autres Etats membres, dans la régulation des réseaux de communications électroniques (OFCom et A.G.Com), peut y être intégré pour les besoins de l'étude.

²²⁹ En effet, suite à une controverse au sujet des propos relatés d'un membre de l'ARCEP par le journal *Les Echos*, le représentant du régulateur a dû publier un démenti sur la présentation de son exposé comme une revendication de l'ARCEP tendant à étendre ses compétences à la régulation des contenus : ARCEP, communiqué de presse, 21 novembre 2007. Voir aussi le rapport Retailleau qui estime que fusionner l'ARCEP et le C.S.A. serait une « fausse bonne solution » et constate que les deux autorités y sont réticentes, in « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, précité, p. 116 : « Faut-il fusionner l'ARCEP avec le C.S.A. ? ».

²³⁰ Loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication (précitée), modifiée notamment par la loi n° 2004-575, du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique (J.O.R.F., n° 143, du 22 juin 2004, p. 11168) et par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (J.O.R.F., n° 159, du 10 juillet 2004, p. 12483).

l'ARCEP qui se prononce dans un délai fixé à un mois²³¹. En second lieu, et il faut relever sa particularité, le C.S.A. doit demander l'avis conforme de l'ARCEP lorsqu'il exerce son pouvoir d'autorisation d'usage de certaines ressources radioélectriques²³². Le régulateur des communications électroniques dispose donc d'un pouvoir de blocage qui se démarque de la procédure traditionnelle de l'avis simple. En dernier lieu, un système de renvoi de demandes est organisé lorsqu'elles ont été adressées devant une autorité incompétente²³³, mais il ne s'agit pas là d'un mécanisme comparable à ce qui a été qualifié précédemment de saisine contentieuse²³⁴. Sur ce point, d'ailleurs, rien n'est prévu comme dans le domaine de l'interrégulation croisée. En effet, qu'il s'agisse du C.S.A. ou de l'ARCEP, ni l'un ni l'autre n'est tenu de saisir son homologue lorsqu'il est amené à connaître d'une affaire pouvant relever d'une infraction, par exemple, à la législation connexe.

De son côté, l'ARCEP a une obligation assez vaste de consultation du C.S.A. En effet, lorsqu'il exerce son pouvoir réglementaire, le régulateur des communications électroniques doit demander un avis au C.S.A. si ses décisions ont un effet notable sur la diffusion de services de radio et de télévision. De manière plus spécifique, l'autorité de régulation doit aussi recueillir l'avis du C.S.A. lorsque les faits à l'origine du différend dont elle est saisie sont susceptibles de restreindre de façon notable l'offre de services de communication audiovisuelle. Ces obligations sont formulées dans des termes assez vagues et généraux, ce qui pourrait poser quelques inconvénients contentieux dans l'hypothèse où l'ARCEP n'estime pas que les effets soient suffisamment « notables » sur la diffusion de services de radio et de télévision pour impliquer un avis du C.S.A. Pour finir, l'ARCEP est tenue de solliciter un avis auprès du Conseil supérieur de l'audiovisuel dans le cadre de la détermination des marchés pertinents du secteur des communications électroniques, de l'établissement de la liste des opérateurs réputés y exercer une influence significative ainsi qu'à l'heure de déterminer les obligations auxquelles ils sont soumis²³⁵. L'A.A.I. compétente dans le secteur de

²³¹ Article 17-1 de la loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, modifiée, précitée.

²³² Article 23 de la loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, précitée : « Lorsqu'un service de communications électroniques utilise des fréquences ou bandes de fréquences dont l'assignation a été confiée au Conseil supérieur de l'audiovisuel en application de l'article L 41 du Code des postes et des communications électroniques, l'autorisation d'usage de la ressource radioélectrique ne peut être donnée par le conseil qu'après avis conforme de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. (...) Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux services de communications électroniques utilisés pour la diffusion de services de communication audiovisuelle.

²³³ Article 136, de la loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, précitée.

²³⁴ Voir *supra* p. 585 et s.

²³⁵ Voir l'article L 37-1 du C.P.C.E. ainsi que le décret n° 2004-1301, du 26 novembre 2004, relatif aux dispositions applicables aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques en application des articles L 37-1 à L 38-3 du code des postes et des communications électroniques (J.O.R.F., n° 278, du 30 novembre 2004, p. 20321). Cette coopération s'exerce principalement sur le dix-huitième marché de gros concernant les services de radiodiffusion destinés à livrer un

l'audiovisuel est donc étroitement associée à l'ensemble de cette procédure lorsqu'il existe des connexions avec ses propres attributions²³⁶. Cette association passe aussi par le Groupe de liaison entre les deux autorités.

2 Le Groupe de liaison entre l'ARCEP et le C.S.A.

Trouvant probablement son origine dans la convergence des secteurs des communications électroniques et de l'audiovisuel²³⁷, ou dans les risques de recoupement des compétences respectives des deux autorités compétentes²³⁸, un Groupe de liaison a été créé entre l'ARCEP et le C.S.A. Né en 2002 sous l'acronyme GLAC, il se réunit environ une fois par mois sous la co-présidence d'un membre du collège de chaque autorité. De manière informelle, il « atteste de la nécessité d'un dialogue entre les deux autorités »²³⁹.

Selon les propos du C.S.A., le Groupe de liaison est un lieu d'échanges qui « aborde des sujets de fond ou des points de doctrine d'intérêt commun »²⁴⁰. De plus, « l'ensemble des travaux s'effectue dans le respect des règles de fonctionnement et d'indépendance de chacune des deux instances »²⁴¹.

L'ordre du jour du Groupe de liaison concerne essentiellement les questions de gestion des fréquences, de télévision mobile personnelle, de nouveaux services, d'évolutions réglementaires nationale, européenne, ou du droit de la concurrence²⁴². Il peut aussi préparer

contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux, par exemple, la décision de l'ARCEP n° 06-0160, du 6 avril 2006, portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché, et la décision de l'ARCEP n° 06-0161, du 6 avril 2006, portant sur les obligations imposées à TDF en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur le marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels.

²³⁶ Voir l'article L 37-1 du C.P.C.E. ainsi que le décret n° 2004-1301, du 26 novembre 2004, relatif aux dispositions applicables aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques en application des articles L 37-1 à L 38-3 du code des postes et des communications électroniques (J.O.R.F., n° 278, du 30 novembre 2004, p. 20321).

²³⁷ Sur ce point, Hubert J.-M. : « L'autorité française de régulation des télécommunications », in Frison-Roche M.A., Cohen-Tanugi L. (dir.) : « La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels », Colloque D.G.C.C.R.F. du 25 mars 1998, *L.P.A.*, 10 juillet 1998, n° 82, p. 34.

²³⁸ Sur ce point, Delion A. : « Notion de régulation et droit de l'économie », précité, p. 23 et 42.

²³⁹ « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, précité, annexe 2.

²⁴⁰ C.S.A., Rapport public 2006, p. 146.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Par exemple la fusion entre TPS et Canal Satellite selon le rapport « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, fait au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, 27 juin 2007, annexe 2. Voir sur cette fusion les avis qui ont été émis suite aux réunions du GLAC : avis n° 06-0528, de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, du 23 mai 2006, relatif à une demande d'observations du rapporteur général du Conseil de la concurrence portant sur

la position française devant certaines instances internationales²⁴³. Pour 2007, par exemple, le GLAC devait aborder certains sujets comme la télévision sur les mobiles, le déploiement de nouveaux réseaux, le débat sur la mise en place d'un régulateur européen des télécommunications²⁴⁴, ou le dossier du dividende numérique²⁴⁵.

L'idée d'un groupe de liaison permanent entre deux autorités administratives indépendantes doit être encouragée²⁴⁶. Elle n'est d'ailleurs pas une initiative isolée. En effet, il existe aussi un organisme de ce type entre le C.S.A. et le Conseil de la concurrence (même s'il s'agit en l'espèce d'interrégulation croisée entre une autorité sectorielle et l'autorité de concurrence) qui se réunit moins souvent mais est construit sur la même logique. Dès lors, la question se pose de savoir si ce modèle de coopération bilatérale préfigure une évolution de l'interrégulation en France telle que le Royaume-Uni l'a mise en oeuvre par la coopération multilatérale.

B La coopération multilatérale entre autorités sectorielles

La coopération entre autorités sectorielles au Royaume-Uni n'est, pour l'instant, pas formalisée. En effet, si le législateur anglo-saxon a prévu bien avant ses homologues européens la nécessité d'externaliser la fonction de surveillance de certains marchés de *public utilities*, la seule approche de l'interrégulation émane des autorités sectorielles elles-mêmes. Ainsi, le *Joint Regulators Group* (J.R.G.) a été conçu sans aucune intervention législative ni ministérielle, mais à l'initiative des autorités qui se considéraient comme des « régulateurs économiques »²⁴⁷ dans le domaine des *public utilities*. Cette instance est informelle dans la mesure où elle n'a aucun cadre juridique particulier. Elle est simplement l'occasion de réunions périodiques des autorités de régulation dans une optique d'échange de bonnes pratiques et de coopération. Son statut et ses fonctions risquent cependant d'évoluer au regard

les concentrations constituées par l'acquisition du contrôle exclusif des sociétés TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal dans le secteur de la télévision payante ; avis du Conseil supérieur de l'Audiovisuel, du 23 mai 2006, relatif à la demande d'avis du Conseil de la concurrence portant sur la prise de contrôle exclusif de TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal / Groupe Canal +.

²⁴³ Par exemple la position de la France devant la Conférence régionale des radiocommunications numériques, C.S.A., Rapport public 2006, p. 147.

²⁴⁴ Sur le régulateur européen des télécommunications, voir *infra* p. 757 et s.

²⁴⁵ Voir sur ce point les positions respectives du C.S.A. et de l'ARCEP suite à la consultation publique lancée par cette dernière, in La Lettre de l'Autorité, n° 58, novembre – décembre 2007.

²⁴⁶ Dans le même sens, Marie-Anne Frison-Roche y voit une solution minimale pour intensifier l'interrégulation procédurale entre les autorités administratives indépendantes, in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome II, chapitre I, section 2, pt. 2.1.6.

²⁴⁷ Voir *House of Lords, Select Committee on Regulators*, « *UK Economic Regulators* », Vol. I, HL Paper 189-I, 13 novembre 2007, pt. 6.7.

des recommandations émises par le *Select Committee on Regulators*²⁴⁸. Celui-ci prévoit de formaliser et de structurer les procédés d'interrégulation mis en place dans le J.R.G. En tenant compte de ces données, la question de l'adaptation de cette méthode en Europe continentale peut être posée.

1 Le Joint Regulators Group

Les « régulateurs économiques » des *public utilities*, ont pris l'initiative de se réunir périodiquement au sein d'un groupe appelé le *Joint Regulators Group* (J.R.G.). De manière informelle, les *Chairmen* ou *Chiefs Executive* des autorités sectorielles participent à une table ronde tous les trois mois pour discuter des affaires d'intérêt commun et informer leurs homologues des développements récents de leur propre secteur. Sont présents, entre autres, les représentants d'OFGEM, d'Ofcom, de Postcomm et de l'O.F.T.²⁴⁹. Les réunions sont présidées par un régulateur sectoriel différent chaque année, qui assure aussi le secrétariat du groupe et publie, sur le site Internet de sa propre autorité, les échanges tenus lors des séances. Celles-ci se déroulent sous la forme suivante : un ordre du jour est déterminé sur un point d'intérêt commun qui est discuté par les régulateurs, chaque représentant d'une instance prend ensuite la parole pour évoquer les événements marquants qui ont jalonné les trois mois écoulés dans son secteur, puis un tour de table est organisé pour prendre les avis de chaque intervenant.

Ces réunions périodiques témoignent de la prise de conscience, par les autorités sectorielles, de l'interdépendance entre les régulations sectorielles, mais fait aussi une place au droit de la concurrence, dans la mesure où ces instances sont aussi chargées de le mettre en oeuvre²⁵⁰. Les sujets traités sont assez variés. Au-delà des thèmes nécessitant un échange de vues pour préparer une décision interrégulée, les autorités sectorielles abordent des problématiques communes. Il peut s'agir, par exemple, du renforcement des techniques d'interrégulation²⁵¹, de l'intégration des considérations de développement durable tout comme

²⁴⁸ Il s'agit de la dénomination convenue: *House of Lords, Select Committee on Regulators*, « *UK Economic Regulators* », précité.

²⁴⁹ D'autres institutions sont aussi représentées : *Office of Rail Regulation* (O.R.R.), *Office of Water Services* (Ofwat), *Water Industry Commission for Scotland*, *Northern Ireland Authority for Utility Regulation* (NIAUR), *Civil Aviation Authority* (C.A.A.), *Office of the PPP Arbiter* (OPPPA).

²⁵⁰ Sur ce point, voir *supra* p. 573 et s.

²⁵¹ « *The role of the JRG, opportunities for working together more effectively* », J.R.G., minutes, réunion du 28 mars 2007, sujet n° 5.

des attentes des consommateurs dans les politiques de régulation²⁵², ou même des inconvénients engendrés par les objectifs de productivité imposés par le gouvernement sur l'indépendance des régulateurs²⁵³.

Dans le cadre du rapport du *Select Committee on Regulators*²⁵⁴, l'initiative des autorités sectorielles créant le J.R.G. a été évoquée par les différents acteurs des marchés régulés. Il en résulte, d'une part, une opinion assez mitigée des autorités sectorielles. En effet, certains estiment que les réunions du J.R.G. sont une occasion suffisante pour mettre en oeuvre une coopération sectorielle, assurer la communication et la coordination entre autorités²⁵⁵. D'autres sont moins positifs sur l'évaluation des réunions du J.R.G. et soulignent son manque de transparence²⁵⁶. En revanche, les autorités sectorielles affichent unanimement leur satisfaction sur le travail accompli dans le cadre de la coopération informelle entre régulateurs²⁵⁷. Cette opinion est probablement due aux relations bilatérales que ceux-ci organisent en marge de toute structure juridique. D'autre part, les opérateurs consultés dans le cadre du rapport estiment, de manière globale, que la coopération entre autorités sectorielles n'est pas à la hauteur de leurs attentes²⁵⁸. En effet, s'il y avait une volonté d'échanges et d'apprentissage mutuel, les opérateurs estiment qu'elle n'est jamais allée assez loin²⁵⁹.

Par conséquent, le *Joint Regulators Group* n'a pas encore atteint le but espéré par les acteurs des marchés de *public utilities*. La question qui se pose alors est celle de savoir si une réunion de tous les représentants des autorités sectorielles est propice à la coopération qui est le plus souvent bilatérale. Il y a, au Royaume-Uni, une dissociation entre les sujets traités par le J.R.G. et les nécessités de coopération spécifique entre régulateurs. En témoigne la pratique des comités *ad hoc*. Les autorités sectorielles, lorsqu'elles ont à traiter d'un sujet d'intérêt commun se réunissent dans le cadre d'un groupe de travail pour mutualiser leurs efforts et expertises sur certains dossiers. La pratique est assez fréquente entre l'OFGEM et l'Ofwat. De même, Postcomm a recours à ce genre de comités *ad hoc*, et sa représentante explique au

²⁵² « *Economic regulators and sustainable development* », J.R.G., minutes, réunion du 8 décembre 2006, sujet n° 2 ; « *Promoting consumer power* », J.R.G., minutes, réunion du 22 septembre 2006, sujet n° 2.

²⁵³ « *Better Regulation issues* », J.R.G., minutes, réunion du 22 septembre 2006, sujet n° 2.

²⁵⁴ *House of Lords, Select Committee on Regulators*, « *UK Economic Regulators* », Vol. I, HL Paper 189-I, 13 novembre 2007.

²⁵⁵ *Ibid.*, pt. 6.8.

²⁵⁶ *Ibid.*, pt. 6.8.

²⁵⁷ *Ibid.*, pt. 6.11.

²⁵⁸ *Ibid.*, pt. 6.11.

²⁵⁹ *Ibid.*, pt. 6.11.

Select Committee que l'échange de bonnes pratiques ainsi que d'informations est très efficace pour résoudre certaines affaires²⁶⁰.

Cependant, comme le souligne le Professeur Grard, « l'interrégulation sauvage crée des situations contre-productives, l'objectif devient donc de susciter un minimum de mise en réseau des régulateurs, pour parvenir à une régulation ordonnée qui engendre des situations interrégulées »²⁶¹. Il est probable que le *Select Committee* se soit placé dans cette optique dans la mesure où il préconise l'approfondissement du travail en commun des autorités sectorielles au sein du J.R.G., mais avec un cadre juridique plus formalisé.

2 Vers l'institutionnalisation d'un « forum des régulateurs » ?

Il ressort du rapport du *Select Committee* que le J.R.G. devrait être institutionnalisé pour devenir un réel forum de partage de bonnes pratiques. Pour ce faire, le rapport recommande de formaliser et de structurer les procédés d'interrégulation. De plus, les travaux qui sont réalisés au sein du J.R.G. devraient trouver une orientation claire et cohérente. La création d'un site Internet ainsi que la publication d'un rapport annuel sont conseillés pour assurer une transparence et une visibilité des procédures d'interrégulation mises en oeuvre. Au regard de ces recommandations, il est clair que le *Select Committee* conçoit le J.R.G. comme le nouveau cadre juridique de l'ensemble des procédures de coopération entre régulateurs. En effet, il ne reprend en aucun cas, ni ne met en avant, les initiatives des autorités sectorielles visant à créer des comités bilatéraux *ad hoc* pour régler des problèmes particuliers. Ces comités ne sont pas sans rappeler le Groupe de liaison entre l'ARCEP et le C.S.A. qui a, quant à lui, une vocation générale et permanente²⁶². Au regard de l'ensemble de ces constatations, l'idée de la création d'un organe regroupant périodiquement les autorités sectorielles peut être avancée pour l'Europe continentale.

Cependant, l'objet de cette proposition n'est en aucun cas de critiquer la coopération actuelle de ces instances²⁶³, mais plutôt de faciliter la cohérence de leur action. De plus, elle ne porterait pas préjudice aux actuelles procédures de saisine prévues par le législateur, dans

²⁶⁰ *Ibid.*, pt. 6.9, 6.10.

²⁶¹ Grard L. : « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », précité, p. 85.

²⁶² La participation à des groupes intersectoriels n'est pas inconnue en France puisque dans le secteur bancaire et financier, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, la Commission bancaire et l'A.M.F. se rencontrent au sein d'une structure de ce type.

²⁶³ Surtout dans la mesure où des Groupes de liaison ont déjà été institués, sur ce point, voir *supra* p. 607 et s.

la mesure où celles-ci sont un gage formaliste et public de l'avis des autorités sectorielles sur des points précis.

Dans la trame de ce qui a été avancé précédemment, le regroupement des autorités sectorielles pour des réunions périodiques pourrait se faire en présence de l'autorité de concurrence. Ainsi, pour ne pas dédoubler les réunions, une seule instance pourrait être créée sous forme de « Forum des régulateurs », par exemple. Elle serait l'occasion de traiter de problématiques d'intérêt commun, au sens institutionnel du terme, d'envisager les affaires ayant une implication inter-sectorielle, et de veiller à la cohérence entre régulation sectorielle et application du droit de la concurrence. Le « Forum des régulateurs » inciterait aussi la création, en son sein, de groupes de liaison permanents regroupant les autorités sectorielles qui sont amenées à collaborer régulièrement sur certaines affaires. De même, pour les secteurs qui connaissent des problématiques communes de manière ponctuelle, l'idée de la création de comités *ad hoc* peut être retenue dans le cadre de la structure générale du « Forum des régulateurs ».

L'intérêt de ces réunions apparaît évident au regard de l'interpénétration des marchés. En effet, le secteur des communications est lié à la fois à celui de l'audiovisuel²⁶⁴, de l'électricité et des transports²⁶⁵. Les deux derniers connaissent aussi des problématiques communes. Dès lors, s'il existe déjà des formes d'interrégulation par échanges d'avis, une coopération plus régulière serait envisageable, notamment pour harmoniser l'ensemble des vues sur les problèmes à venir et assurer par anticipation des réponses identiques sur les politiques de régulation qui seront mises en oeuvre.

De plus, ces réunions seraient l'occasion de donner une certaine visibilité notamment auprès des parlementaires et du gouvernement. Il s'agirait donc de réunir les experts de secteurs différents, mais qui fonctionnent sur la même logique, pour alerter les pouvoirs constitués des perspectives à venir. Enfin, la réunion des régulateurs offrirait aux autorités sectorielles une certaine représentativité, ainsi que l'occasion de mettre en avant les réformes nécessaires à l'élargissement de leur pouvoirs ou à la garantie de leur indépendance. En effet, n'est-il pas possible que la carence de moyens d'action d'un régulateur ait une influence sur

²⁶⁴ Voir par exemple le dossier sur le dividende numérique, La Lettre de l'ARCEP, n° 58, décembre 2007, consacré à ce sujet ; de même, « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, précité, p. 86 et s.

²⁶⁵ Il faut cependant noter que, pour l'instant, aucune autorité sectorielle n'est créée, en France, dans le domaine des transports.

d'autres autorités sectorielles ? La logique du réseau d'autorités implique l'harmonisation des pouvoirs des membres qui la composent.

N'allant pas exactement dans le sens de la création d'un « Forum des régulateurs », les législateurs nationaux ont parfois contourné et résolu une partie du problème de la nécessaire interrégulation en créant des autorités multi-sectorielles. Parmi eux, l'Allemagne a poussé la logique plus loin en créant une sorte de prototype d'« autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux » qui réunit à la fois les communications électroniques, les postes, les chemins de fer et l'énergie. Dès lors, n'est-il pas possible d'envisager que la création d'un « Forum des régulateurs » serait l'étape préliminaire d'une solution à long terme qui serait la généralisation des « autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux » ?

§2 L'autorité de régulation multi-sectorielle comme alternative à l'interrégulation entre autorités sectorielles

Conscients de la porosité et de la convergence entre certains secteurs, les législateurs nationaux ont confié à des autorités de régulation indépendantes la surveillance de plusieurs d'entre eux. Il ne s'agit donc plus de la mise en place de règles de coopération ou de rencontres périodiques, mais d'une « interrégulation endogène »²⁶⁶ par la création d'autorités multi-sectorielles pour éviter les divergences d'interprétation. L'entité étant compétente sur plusieurs secteurs, les règles de coopération deviennent inutiles dans la mesure où le même centre décisionnel a à connaître de l'ensemble des dossiers. Cependant, les Etats membres évoqués ne sont pas tous allés aussi loin dans l'idée de regrouper les secteurs sous l'égide d'une même autorité. Si la formule du régulateur bi-sectoriel est très répandue (A), notamment dans le domaine énergétique, seule l'Allemagne a opté pour la création d'une entité généraliste qui exerce une compétence multi-sectorielle sur les activités de réseau. Celle-ci est décrite comme une « autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux » dont l'hypothèse de généralisation peut être envisagée (B).

A Le cas des ARI bi-sectorielles

Finalement, le cas des ARI bi-sectorielles relève plus de la règle que de l'exception. En effet, au Royaume-Uni, l'Ofcom est compétent dans le domaine des communications

²⁶⁶ Grard L. : « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », précité, p. 88.

électroniques, mais aussi de la surveillance des contenus audiovisuels. Il en est de même pour l'A.G.Com en Italie et, dans une moindre mesure, pour la C.M.T. en Espagne²⁶⁷. De son côté, l'ARCEP n'a pas cette double compétence, mais, principalement pour des raisons d'économie de structures, a vu son champ d'activité s'étendre à la fois dans le domaine des communications électroniques et dans celui des postes. Pour ce qui est de l'énergie, mis à part l'Allemagne, l'ensemble des Etats membres évoqués a mis en place une autorité sectorielle compétente à la fois dans le domaine du gaz et de l'électricité. Cet état des lieux amène à évoquer le cas des ARI bi-sectorielles sous l'angle de la cohérence des regroupements. D'une part, l'unification de deux domaines dans le champ de compétences d'une seule autorité peut être justifiée par la porosité des secteurs. D'autre part, elle peut être la conséquence de considérations principalement économiques.

1 L'unification justifiée par des considérations sectorielles

Le secteur de l'énergie est plus propice à l'étude de l'unification justifiée par la porosité des secteurs dans la mesure où les Etats membres ont mis en avant ce motif pour fusionner leurs structures de régulation. En effet, de prime abord, la logique voudrait que le secteur du gaz et celui de l'électricité soient gérés, en tant que source d'énergie, en commun. Par conséquent, il apparaît souhaitable que la même entité soit chargée de surveiller l'ouverture de ces deux marchés. Les débats des parlementaires français tenus à la veille du vote de la loi de 2003²⁶⁸ ont, dès lors, porté sur la transformation de la Commission de régulation de l'électricité en Commission de régulation de l'énergie, mais jamais sur les motifs de l'unification de ces deux secteurs sous l'égide d'une même autorité.

Il faut donc se rapporter aux études doctrinales pour trouver les motifs de création d'une autorité bi-sectorielle. Sur ce point, le rapport Bergougnoux est éclairant, dans la mesure où il explique que « la connexité croissante des deux secteurs, l'existence de questions transversales à traiter, comme tout ce qui touche à la cogénération ou à la distribution (...) et le développement de l'activité *trading* portant à la fois sur le gaz et l'électricité plaident en faveur de la mise en place d'une régulation mixte »²⁶⁹. En effet, la connexité des secteurs suit celle des marchés dans la mesure où l'utilisation du gaz naturel pour la production

²⁶⁷ La C.M.T. n'est chargée que du développement de la concurrence dans le secteur audiovisuel.

²⁶⁸ Loi n° 2003-8, du 3 janvier 2003, relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (J.O.R.F. n° 3, du 4 janvier 2003, p. 265).

²⁶⁹ Commissariat Général du Plan, rapport Bergougnoux : « Services publics en réseaux : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », avril 2000, §3.

d'électricité va croissante du fait des progrès technologiques (cogénération²⁷⁰, par exemple) et que les offres de services multi-énergies se développent de manière conséquente.

En outre, il ne faut pas négliger les similitudes dans la logique d'ouverture à la concurrence inhérente à ces deux secteurs. En effet, les directives de libéralisation se fondent sur la séparation, au moins comptable, des activités de production et de négoce, d'une part, des activités de transport et des activités de distribution exercées par les opérateurs intégrés, d'autre part. De plus, la garantie d'un accès non discriminatoire aux réseaux est imposée ainsi que l'absence de subventions croisées. Dès lors, les mêmes principes encadrent l'ouverture du secteur du gaz et celui de l'électricité, ce qui ne peut que pousser à confier les secteurs à la même autorité.

Enfin, l'argument de droit comparé a été relativement important pour clore le débat. En effet, tant le rapport Bergougnoux que les débats parlementaires témoignent d'un grand intérêt pour l'expérience des autres Etats membres. L'exemple du Royaume-Uni vient en premier lieu, notamment à travers la fusion des deux entités Ofgas et Offer. Après avoir mis en place, dès 1986, l'Office of Gas Supply (Ofgas) pour réguler le marché captif du gaz, les pouvoirs publics ont décidé, début de 1999, une restructuration des deux administrations l'Ofgas et l'Offer (Office of Electricity Regulation) en une même entité, connue actuellement sous l'acronyme d'OFGEM. La fusion de ces deux entités, d'après le livre vert publié en 1998²⁷¹, a été encouragée à la fois par les industriels, les consommateurs et les régulateurs eux-mêmes.

L'Italie et l'Espagne ont aussi créé une autorité de régulation regroupant à la fois le secteur du gaz et celui de l'électricité. Cependant, l'Italie a prévu cette structure dès la loi de 1997, alors que l'Espagne, comme la France, a plutôt intégré les considérations gazières dans la structure établie de régulation de l'électricité. L'exposé des motifs de la loi de 1998 fournit d'ailleurs l'explication du rapprochement des secteurs énergétiques²⁷². En effet, il ressort de son deuxième paragraphe la nécessité d'un traitement conjoint des industries verticalement intégrées. Selon l'exposé, depuis la production énergétique jusqu'à sa consommation, il existe

²⁷⁰ La cogénération consiste à produire en même temps et dans la même installation de l'énergie thermique (chaleur) et de l'énergie mécanique. L'énergie thermique est utilisée pour le chauffage et la production d'eau chaude. L'énergie mécanique est transformée en énergie électrique et souvent revendue à un distributeur. L'énergie utilisée pour faire fonctionner des installations de cogénération peut être le gaz naturel, le fioul, la géothermie, la biomasse ou l'incinération des ordures ménagères.

²⁷¹ *Department of Trade and Industry, Green paper, « A fair deal for consumers : modernizing the framework for utility regulation », (CCm 3898, 1998), mars 1998.*

²⁷² *Ley 34/1998, de 7de octubre, del sector de hidrocarburos, (BOE, n° 241 du 8 octobre 1998).*

une série de transactions économiques, de transformations physiques et de méthodes de transport qui méritent une appréhension globale puisqu'ils font partie d'une activité économique qui, même si elle peut être segmentée, répond à une logique commune. Dès lors, la loi doit permettre de maintenir une certaine homogénéité dans la manière d'aborder des problèmes identiques. Il en résulte la création de la C.N.E. sur les cendres de l'ancienne *Comisión Nacional del Sistema Eléctrico*.

Enfin, la question qui reste en suspens est celle de savoir si l'argument de la porosité des secteurs pèse plus que celui de la logique commune ou enfin que celui de l'économie de structures²⁷³. Sur ce dernier point, l'ARCEP est un exemple d'autorité bi-sectorielle qui ne trouve sa justification que dans des considérations économiques.

2 L'unification justifiée par des considérations institutionnelles

La loi du 25 mai 2005 relative à la régulation des activités postales confie à l'ancienne A.R.T., transformée en autorité de régulation des communications électroniques et des postes, la surveillance de ce dernier secteur. Si certains contestaient l'existence même d'une autorité de régulation lors des débats parlementaires, une fois l'idée admise, son insertion dans une structure de régulation des communications électroniques n'a plus suscité de controverses²⁷⁴.

Pourtant, le domaine des communications électroniques et celui des postes ne sont plus interdépendants. Il en fut peut-être ainsi lors de la réunion des postes et télécommunications, à la fin du XIX^{ème} siècle²⁷⁵, au sein d'une même administration, mais, en 1971, celle-ci s'est scindée en deux directions générales distinctes pour prendre en compte les particularismes et évolutions techniques de chacun des secteurs. Depuis lors, les deux secteurs sont gérés de façon autonome sans qu'aucune nécessité n'implique un quelconque rapprochement.

²⁷³ François-Michel Gonnot souligne que l'extension au domaine du gaz des compétences de la CRE « avait le mérite de permettre une certaine optimisation des moyens », in rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif aux marchés énergétiques et au service public de l'énergie par M. François-Michel Gonnot, Assemblée nationale, n° 400, du 26 novembre 2002.

²⁷⁴ Commission des affaires économiques du Sénat, rapport n° 162 de M. Pierre Hérisson sur le projet de loi n° 410 relatif à la régulation des activités postales, du 21 janvier 2004, et son examen le même jour. De même, rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi, adopté par le Sénat, n° 1384, relatif à la régulation des activités postales, par M. Jean Prodriol, le 14 décembre 2004.

²⁷⁵ La fusion des postes et télécommunications a été réalisée par une loi du 6 décembre 1873.

Par conséquent, la régulation conjointe de ces deux activités est critiquée²⁷⁶. En effet, le Professeur Frison-Roche, expliquant la nécessaire adéquation entre la législation et la pluralité des secteurs, soulignait en 2004 que « le fait de confier la régulation postale au régulateur des communications électroniques, (...) alors que les deux secteurs sont désormais sans rapport l'un avec l'autre, serait une erreur législative »²⁷⁷. En effet, au regard des nécessités de l'interrégulation, la fusion de ces deux régulations n'a aucun intérêt, mais l'évolution technologique démentira peut-être un jour cette affirmation²⁷⁸.

Dès lors, l'unification de ces deux domaines ne peut s'expliquer que par deux considérations. En premier lieu, l'argument économique s'est imposé. Il était évident que l'ouverture du secteur postal étant récente, elle ne nécessitait que peu de moyens matériels. Il apparaissait donc plus économique de confier ces compétences à une structure existante. Le choix s'est naturellement porté, pour des raisons historiques, sur le régulateur des communications électroniques qui n'a d'ailleurs connu qu'une augmentation de dix pour cent de son personnel en intégrant sa nouvelle fonction. En second lieu, c'est la donnée fonctionnelle qui a influencé cette unification. Très simplement, en termes d'efficacité, le rapprochement de ces deux secteurs semblait assez concevable dans la mesure où il faisait profiter, au domaine des postes, de l'expérience technique acquise dans le domaine des communications électroniques.

Dès lors, au regard du motif purement institutionnel, des interactions entre secteurs, et en prenant conscience du fait que la régulation des réseaux est un phénomène qui, théoriquement, est voué à diminuer d'intensité, voire disparaître²⁷⁹ (d'où une réduction du personnel des régulateurs proportionnelle à la diminution de son activité), n'est-il pas concevable et rationnel de confier l'ensemble de la régulation des services publics organisés en réseaux à une seule et même institution ? La récente expérience allemande créant un régulateur multi-sectoriel peut amener certaines réflexions sur l'utilité de son adaptation dans

²⁷⁶ Voir par exemple, Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 74.

²⁷⁷ Frison-Roche M.-A. : « Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique », in Frison-Roche M.-A. (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 165.

²⁷⁸ De nouveaux services émergent alliant à la fois la technologie des communications électroniques et des services postaux. Il s'agit des services hybrides et des services à valeur ajoutée qui impliquent la transmission de l'image électronique d'un document ou sa conversion dans le format numérique puis sa transmission en un point éloigné, où l'image est imprimée, enveloppée et envoyée au destinataire. Sur ce point, voir le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 18 octobre 2006, sur l'application de la directive postale (directive 97/67/CE modifiée par la directive 2002/39/CE), COM (2006) 595 final, p. 5.

²⁷⁹ Sur ce point, voir *infra* p. 620 et s.

les autres Etats membres, en d'autres termes sur la généralisation de l'« autorité indépendante de régulation des services publics ».

B L'« autorité indépendante de régulation des services publics en réseaux »

La régulation multi-sectorielle est la solution la plus radicale au problème de l'interrégulation sectorielle. En effet, dès lors que plusieurs secteurs sont interdépendants, au lieu de créer un ensemble de règles visant à ce que les décisions finales soient interrégulées, mieux vaut, peut-être, les gérer dans une même structure. L'unique exemple de régulateur multi-sectoriel est allemand. Il s'agit de la *Bundesnetzagentur*. Son analyse permet de lancer l'hypothèse, pour les Etats membres n'ayant pas choisi cette solution, d'une unification des régulateurs sectoriels dans une même structure de régulation des services publics organisés en réseaux.

1 La *Bundesnetzagentur*, prototype de l'« autorité indépendante de régulation des services publics en réseaux »

La loi du 7 juillet 2005²⁸⁰ crée, en Allemagne, la *Bundesnetzagentur*, compétente dans le domaine des télécommunications, des postes, de l'énergie et des chemins de fer²⁸¹. Cette autorité est particulièrement intéressante dans la mesure où elle surveille, dans une structure unique, l'ensemble des secteurs précités. Il eut été concevable de s'attendre à ce que l'organisation interne de l'autorité reflète les divers secteurs régulés. Cependant, il n'en est pas exactement ainsi. La *Bundesnetzagentur* est divisée en neuf départements, dont un spécialisé dans le domaine postal, un dans l'énergie, un dans l'activité ferroviaire et trois dans les télécommunications. Les autres sont des départements intersectoriels. Néanmoins, au regard des compétences de l'autorité, les chambres décisionnelles ne reflètent pas cette division interne. En effet, neuf chambres sont créées en fonction non pas des secteurs, mais des marchés. Dès lors, si certaines sont spécialisées sur des questions relatives aux secteurs de l'électricité ou du gaz (accès aux réseaux et coût d'utilisation), d'autres traitent de problématiques communes comme le service universel dans les postes et communications

²⁸⁰ Loi du 7 juillet 2005, sur l'agence de réseau fédérale de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes et des chemins de fer, (« *Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen* ») (BgbI. I P. 2009).

²⁸¹ Cette dernière activité n'intéresse pas l'étude mais il faut noter que les compétences de la *Bundesnetzagentur* dans le secteur ferroviaire sont très restreintes.

électroniques. Cette organisation répond finalement à l'importance et à la charge des travail relative aux dossiers en cours.

Le particularisme multi-sectoriel de cette autorité implique que l'interrégulation soit assurée au sein même de la *Bundesnetzagentur* avant le prononcé final d'une décision. En effet, la chambre qui est chargée d'édicter une mesure dans un domaine déterminé doit, le cas échéant, consulter les autres chambres de décision. Comme le souligne le Professeur Arnold Rainer, si les perspectives de la chambre consultée sont convaincantes, alors celle qui prend la décision finale peut s'y conformer²⁸². A l'image de ce qui se passe au Royaume-Uni, la procédure de coopération ne connaît aucun formalisme et apparaît consensuelle.

Par cette structure, l'Allemagne anticipe sur l'évolution technologique. En effet, si une affaire implique une décision interrégulée entre l'autorité sectorielle compétente dans le domaine énergétique et celle qui surveille le secteur des communications électroniques, le régulateur multi-sectoriel n'a qu'une consultation informelle à réaliser, alors que les ARI françaises ou italiennes doivent agir en marge des textes qui sont muets sur ce point. L'avantage est de taille dans la mesure où il démontre la capacité d'adaptation des structures institutionnelles nationales face à l'évolution des marchés régulés. Alors que le système allemand et le système anglais (grâce au J.R.G.) n'auront aucun mal à faire face à une situation nouvelle, d'autres Etats membres devraient théoriquement attendre une intervention législative pour édicter une décision interrégulée.

Finalement, l'intérêt de cette autorité multi-sectorielle est, d'une part, économique. En effet, elle permet de mutualiser les moyens humains mais aussi les compétences au sein d'une même entité. Dès lors, elle implique une réduction des coûts ainsi qu'une économie dans les délais nécessaires pour produire une décision interrégulée. D'autre part, la réunion des régulateurs dans une même structure trouve sa justification dans la porosité entre les secteurs ainsi que dans leur logique commune : réguler des marchés en voie de libéralisation sur lesquels interviennent des considérations de service public. Enfin, les nécessités de l'interrégulation sont satisfaites dans la mesure où la décision finale bénéficie toujours d'une expertise des chambres concernées. La sécurité juridique en est donc renforcée. Ces éléments poussent à s'interroger, au regard de l'évolution probable de la régulation des marchés, sur la pertinence d'une adaptation de ce modèle dans les autres Etats membres,

²⁸² Rainer A. : « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », in Lombard M. (dir.) : *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 90.

2 L'hypothèse d'une propagation de l'« autorité indépendante de régulation des services publics en réseaux » au regard du devenir des ARI

Avant d'envisager l'hypothèse de l'adaptation du modèle allemand de l'autorité multi-sectorielle, quelques considérations préliminaires s'imposent sur le devenir de la régulation des services publics organisés en réseaux. De la résolution de cette question dépend l'opportunité de la création d'une autorité multi-sectorielle.

- Le devenir de la régulation et celui des ARI

La doctrine est quasiment unanime sur l'avenir de la régulation dans les domaines envisagés et, partant, de celui des autorités sectorielles²⁸³. Elles devraient disparaître, tout du moins si leur fonction actuelle d'autorité garante de l'introduction de la concurrence dans un marché anciennement monopolistique n'est pas modifiée²⁸⁴. Le terme était prévu dès leur acte de naissance. En effet, en France, le rapport Gaillard précisait que « la fonction de régulation est par nature temporaire. (...) Dès lors que la concurrence se sera installée sur le marché des télécommunications, il n'y aura plus de raisons de maintenir l'existence d'une autorité chargée de le réguler ; (...) à terme le Conseil de la concurrence sera le seul habilité à surveiller le marché des télécommunications »²⁸⁵. Le schéma de cette disparition est d'ailleurs déjà tracé par certains. Une fois le but de l'ouverture des marchés à la concurrence atteint « 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 classiques »²⁸⁶.

²⁸³ Pour une opinion qui semble plus contrastée et ne prévoit cette fin que « dans un certain nombre de cas », voir : Chérot J.-Y. : « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », in M.-A. Frison-Roche (dir.), « Droit de la régulation : questions d'actualité », *L.P.A.*, 3 juin 2002, n° 110, p. 20.

²⁸⁴ Voir sur ce point le rapport Retailleau qui met en valeur non seulement les missions non concurrentielles de l'ARCEP mais aussi les nouveaux enjeux concurrentiels à réguler, « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, précité, p. 71.

²⁸⁵ Rapport de M. Claude Gaillard au nom de la Commission de la production de l'Assemblée nationale, n° 2750, du 30 avril 1996, p. 181.

²⁸⁶ Charbit N. : « Les objectifs du régulateur, entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », in Frison-Roche M.-A. (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 71. Dans le même sens, Dupuis-Toubol F. : « Le juge en complémentarité du régulateur », in Frison-Roche M.A. Marimbert J. (dir.), « Régulateurs et juges », Forum de la régulation, du 15 octobre 2001, *L.P.A.*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 21.

Cependant, Jean Marimbert, en 2001, a essayé de relativiser l'opinion de ceux qui pensaient que la mission des ARI approchait de son terme et que le relais aurait pu être pris par une régulation transversale²⁸⁷. Il estimait qu'il s'en fallait de beaucoup pour que ce stade soit atteint. Son argumentation s'appuyait sur le fait que certains marchés étaient à peine ouverts à la concurrence, mais aussi que d'autres marchés, où une concurrence réelle existait, étaient menacés par la conjoncture économique du secteur rendant vulnérables les opérateurs à peine installés²⁸⁸. Plus récemment, le rapport Retailleau conclut une partie de son étude en estimant que « l'ARCEP n'est pas appelée à disparaître de si tôt du paysage institutionnel français »²⁸⁹, dans la mesure où « l'émergence de nouveaux défis concurrentiels mais aussi la nécessité de remplir des missions non concurrentielles justifient [son] maintien »²⁹⁰.

Néanmoins, les dernières évolutions du secteur des communications électroniques vont dans le sens d'une régulation allégée. Ce faisant, elles pourraient annoncer la fin de la régulation dans ce secteur, certes non immédiate, mais prochaine²⁹¹. En effet, de dix-huit marchés pertinents définis dans la recommandation du 11 février 2003²⁹², celle de 2007 passe à huit, ce qui réduit considérablement la tâche des autorités sectorielles²⁹³. La Commission, en raison des progrès accomplis ces dernières années dans la plupart des Etats membres en matière de concurrence et de choix pour le consommateur, a conclu qu'en principe la moitié des marchés pertinents définis en 2003 ne nécessitaient plus d'intervention des autorités de régulation²⁹⁴. Selon Viviane Reding, Commissaire européen responsable de la société de l'information et des médias, « lorsque des marchés de télécommunications évoluent vers une situation de concurrence effective, la régulation sectorielle devient superflue. Nous devons

²⁸⁷ Marimbert J. : « L'autorité de régulation des télécommunications », *C.J.E.G.*, n° 582, décembre 2001, p. 472. Dans le même sens, rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, Coll. ISUPE, novembre 2003, p. 161.

²⁸⁸ Marimbert J. : « L'autorité de régulation des télécommunications », précité, p. 472.

²⁸⁹ « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, fait au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, 27 juin 2007, p. 78.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ En évaluant l'hypothèse de la suppression de l'ARCEP, le rapport Retailleau donne une fourchette de 5 à 10 ans, *Ibid.*, p. 69.

²⁹² Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.U.E. n° L 114, du 8 mai 2003).

²⁹³ Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.U.E., n° L 344, du 28 décembre 2007, p. 65). Sur ce point, Lucien Rapp explique que « de la réglementation sectorielle, on glisse peu à peu vers une régulation concurrentielle des activités de communication », in Rapp L. : « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *A.J.D.A.*, 2004, p. 2047.

²⁹⁴ Voir « Télécommunications : la Commission veut diviser la régulation par deux et la recentrer sur la concurrence dans le domaine du haut débit », IP/07/1678, du 13 novembre 2007.

plutôt accorder la priorité à la régulation des marchés où persistent des problèmes structurels de concurrence, notamment celui de l'accès aux services de haut débit »²⁹⁵. La nouvelle recommandation relative aux marchés²⁹⁶ n'implique cependant pas que les autorités sectorielles abandonnent tout type de régulation *ex ante*. En effet, si la concurrence est encore gravement entamée dans un Etat membre, l'autorité sectorielle peut, en accord avec la Commission, continuer de prendre des mesures. Cependant, l'objectif ultime reste l'allègement, voire la disparition, de la régulation *ex ante*. Ceci d'autant plus qu'il y a bon nombre d'avantages au passage progressif d'une régulation sectorielle vers le droit commun de la concurrence. En effet, comme l'explique le Professeur Bertrand Quélin, ceci permet de « limiter la régulation amont qui freine, voire paralyse, l'initiative économique et commerciale », mais incite aussi l'autorité sectorielle à se concentrer sur des aspects technico-économiques essentiels qui, souvent, freinent l'introduction de la concurrence sur un marché. Par conséquent, cette réduction de moitié des marchés régulés ne veut pas dire que l'ARCEP disparaîtra demain²⁹⁷, mais uniquement qu'elle risque, d'ici quelques années, d'être amenée à ne plus avoir d'utilité au sens du droit communautaire.

Le domaine postal est dans une situation hybride entre ouverture à la concurrence et domination persistante de l'opérateur historique. En effet, si environ soixante pour cent du secteur est déjà ouvert à la concurrence et que l'échéance de 2010, ou 2012 pour les Etats bénéficiant d'une dérogation, a été fixée pour la suppression du secteur réservé²⁹⁸, il ressort néanmoins que la concurrence émerge à peine sur le marché du courrier²⁹⁹. Cependant, la proposition de révision de la directive postale ne prévoit pas de réelle modification des compétences des A.R.N. mais plutôt une amélioration de leur indépendance organique et un approfondissement de la coopération tout en soulignant que leur rôle est « fondamental, notamment dans les Etats membres où le passage à la concurrence doit être mené à son terme »³⁰⁰.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques, précitée.

²⁹⁷ Voir sur ce point, le rapport Retailleau qui consacre une sous-partie au thème : « Faut-il supprimer l'ARCEP ? L'avenir de la régulation sectorielle », in « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, précité, p. 65.

²⁹⁸ Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (J.O.U.E., n° L 52, du 27 février 2008, p. 3).

²⁹⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 18 octobre 2006, sur l'application de la directive postale (directive 97/67/CE modifiée par la directive 2002/39/CE), COM (2006) 595 final.

³⁰⁰ Voir l'article premier paragraphe 20 et le considérant 47 de la directive 2008/6/CE, précitée.

Il n'en est pas de même dans le domaine énergétique. En effet, l'introduction progressive de la concurrence n'en est qu'à ses débuts. Selon la Commission, « l'Union européenne est encore loin de l'objectif d'un véritable marché intérieur de l'énergie »³⁰¹ dans la mesure où elle ne peut prétendre « pouvoir garantir à toutes les sociétés de l'UE le droit de vendre de l'électricité et du gaz dans n'importe quel Etat membre dans les mêmes conditions que les sociétés nationales existantes, sans subir de discrimination ni de désavantage »³⁰².

Dès lors, il est possible de conclure qu'en fonction des domaines, la libéralisation des marchés de services publics organisés en réseaux n'en est pas au même stade d'avancement. En imaginant une projection dans l'avenir, le secteur des télécommunications risque de rentrer dans la phase d'abandon des mesures de régulation sectorielles au moment même où le secteur énergétique en aura le plus besoin³⁰³. Il n'y a évidemment aucune corrélation entre les deux mouvements, mais l'évolution des marchés risque d'aller dans ce sens. Par conséquent, certaines ARI vont probablement voir leur charge de travail diminuer alors que d'autres auront un besoin croissant de moyens humains et matériels. La question de la mutualisation des ressources vient très logiquement à l'esprit, d'une part, pour éviter au législateur d'avoir à modifier la structure des ARI en fonction de l'évolution des marchés, et d'autre part, pour permettre aux régulateurs surchargés de bénéficier des moyens de ceux qui voient leur activité diminuer. La mutualisation des ressources et des compétences vient donc appuyer l'hypothèse d'une seule « autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux ».

- Propagation du modèle de l'« autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux »

Si les ARI ne vont pas toutes disparaître en même temps, l'observation de l'évolution des secteurs de l'énergie, d'une part, et des communications électroniques, d'autre part, révèle que la régulation du premier risque d'être la plus intense au moment même où celle du second tendra vers son niveau le plus restreint. Dès lors, la création d'une « autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux » regroupant toutes les activités de surveillance des marchés de services publics organisés en réseaux aurait l'avantage de mutualiser les

³⁰¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, du 10 janvier 2007, COM (2006) 841 final, p. 7.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ En ce sens, Christophe Fichet expliquait, en 2003, que : « Au moment même où le secteur de la poste est en voie de libéralisation et où les marchés de l'énergie, électricité et gaz, font l'apprentissage de la régulation (...) la régulation sectorielle des télécommunications (...) tend à se rapprocher progressivement des règles de droit commun de la concurrence », Fichet C. : « De la régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », *L.P.A.*, 17 octobre 2003, n° 208, p. 3.

moyens entre autorités sectorielles. En effet, par la mise en place d'une telle autorité, il serait beaucoup plus facile de mettre en commun le personnel technique et administratif dont le travail n'est pas exclusivement lié au secteur régulé. Il en serait de même pour les locaux ainsi que pour les moyens matériels en général.

L'hypothèse de la création d'une autorité multi-sectorielle va aussi dans le sens des propositions émises par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation. En effet, dans son rapport, l'Office met en avant la mutualisation des moyens qui peut engendrer des économies substantielles, « notamment en matière de commande publique et de gestion des ressources humaines »³⁰⁴. Ainsi, l'argument économique, sous-jacent dans toutes les créations d'autorités bi-sectorielles, ne doit pas être négligé. Si cette donnée a été déterminante pour la transformation de l'A.R.T. en ARCEP, elle était aussi très présente pour l'intégration du secteur gazier dans les compétences de la CRE³⁰⁵.

De plus, l'Office parlementaire estime que « le regroupement de certaines A.A.I. peut sembler *a priori* propice à une organisation plus cohérente des A.A.I. intervenant dans des secteurs connexes »³⁰⁶. Il n'est pas nécessaire de revenir sur la connexité des secteurs, ou même leur convergence, dans la mesure où elle a été décrite à la fois entre les communications électroniques et l'audiovisuel³⁰⁷, mais aussi entre celles-ci et l'électricité ou les transports. Dès lors, l'intégration de tous les régulateurs surveillant les marchés de services publics organisés en réseaux pourrait résoudre définitivement la question de l'interrégulation sectorielle. En effet, suivant en cela le modèle allemand, les chambres de décision consulteraient plus facilement leurs homologues dans la mesure où elles feraient partie de la même structure institutionnelle.

L'hypothèse d'une propagation du modèle de l'« autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux » doit par conséquent être retenue et envisagée très sérieusement pour assurer une gestion cohérente de l'ensemble des marchés de services publics. Cependant, comme le souligne le Professeur Marie-Anne Frison-Roche, la fusion

³⁰⁴ Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome I, p. 77.

³⁰⁵ Voir le rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif aux marchés énergétiques et au service public de l'énergie par M. François-Michel Gonnot, Assemblée nationale, n° 400, du 26 novembre 2002.

³⁰⁶ Rapport sur les autorités administratives indépendantes, précité, tome I, p. 74.

³⁰⁷ Voir *supra*, p. 601 et s.

proprement dite de plusieurs autorités de régulation est un exercice périlleux³⁰⁸. En effet, la fusion « oblige à réconcilier dialectiquement deux cultures, deux corps de professionnels, ce qui est plus difficile que l'embauche et l'ajout »³⁰⁹ qui ont été réalisés lors de l'adjonction, par exemple, des postes à l'A.R.T. Par conséquent, dans la mesure où une diminution d'activité des ARI n'est prévisible qu'à une échéance moyenne, ne faudrait-il pas au préalable lancer un processus de travail en commun pour familiariser les professionnels de la régulation à un environnement interdépendant ? La création d'un « Forum des régulateurs » apparaît donc comme une solution transitoire idéale, non seulement pour intensifier l'interrégulation, mais aussi pour mettre en place une habitude de travail en commun à la fois régulier et suivi. L'étape suivante viendra naturellement dès que certaines autorités sectorielles verront leur activité diminuer et, il faut l'espérer, sur demande des régulateurs eux-mêmes. Ce serait idéalement la création d'une structure multi-sectorielle.

Cette « autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux » bénéficierait de pouvoirs équivalents dans tous les domaines régulés et de la connaissance cumulée de l'ensemble des secteurs. Son indépendance pourrait être réorganisée par la même occasion sur le modèle évoqué précédemment³¹⁰. Elle serait agencée sous forme de chambres correspondant aux secteurs régulés et dont la dotation en personnel dépendrait de l'activité.

De plus, la création d'une telle autorité permettrait de ne pas voir disparaître la régulation des réseaux sous prétexte de concurrence praticable. En effet, contrairement à l'opinion doctrinale évoquée précédemment, l'idée sous-jacente est que, dans le domaine des services publics organisés en réseaux, les marchés doivent en permanence être surveillés. L'existence même de missions de services publics l'implique. Dès lors, il est possible de se ranger derrière l'idée, certes controversée, que la libre concurrence n'est pas apte à garantir, par elle-même, la fonction d'intérêt général des services publics. La protection de cette fonction serait le minimum incompressible justifiant l'existence d'une autorité de régulation, indépendante ou non³¹¹.

³⁰⁸ Frison-Roche M.-A. : « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, du 15 juin 2006, tome II, chapitre I, pt 5.

³⁰⁹ *Ibid.*, chapitre I, pt 5.

³¹⁰ Sur ce point, voir *supra* Partie II, Titre II

³¹¹ Cet élément ne dépendant que de l'interventionnisme ou non de l'Etat dans la fourniture de ces services, voir *supra* partie II.

Enfin, cette nouvelle « autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux » serait aisément intelligible et repérable pour le consommateur, tout comme sur la scène communautaire ou internationale.

Conclusion du chapitre

Qu'il s'agisse d'interférences entre régulations sectorielles et répression des comportements anticoncurrentiels, ou entre régulations sectorielles elles-mêmes, le droit communautaire comme le droit interne ont résolu ce problème par des procédures de coopération entre autorités.

En premier lieu, il s'agit d'une coopération croisée entre autorités sectorielles et autorités de concurrence. Elle trouve son origine dans le fait que les règles sectorielles et les règles *antitrust* sont complémentaires et parfois concurrentes pour faire évoluer un domaine anciennement monopolistique vers une situation de concurrence efficace. Face à ce constat, l'Allemagne a essayé, sans succès, de confier la régulation à l'autorité de concurrence, pour ensuite se ranger aux côtés des autres pays de tradition romano-germanique qui ont opté pour la spécialisation des autorités, alors que le Royaume-Uni a choisi un système de concurrence des compétences. Mais, quelle que soit la répartition prévue actuellement, certaines situations nécessitent la collaboration des autorités sectorielles et de concurrence, voire un échange d'expertises. De l'étude de l'organisation de cette collaboration dans les Etats membres, il ressort que le regroupement périodique entre représentants d'autorités sectorielles et d'autorités de concurrence dans une optique d'échange d'expertises est le plus à même de prévenir les hypothèses de divergences sur l'appréhension d'une situation donnée. Dès lors, pour éviter toute insécurité juridique au détriment des opérateurs, il est intéressant de retenir cette formule, en se basant sur l'expérience du Royaume-Uni. Pourquoi ne pas proposer la fusion des autorités de concurrence et des autorités de régulation ? La raison tient d'une part à l'élément historique de l'échec de l'expérience allemande. D'autre part, la confrontation entre l'optique purement concurrentielle et celle de la régulation est salutaire. Par conséquent, la séparation entre ces autorités est nécessaire, à la différence de ce qui peut être envisagé pour résoudre les carences de l'interrégulation sectorielle, même si elle doit être approfondie.

En second lieu, une coopération sectorielle a été mise en place entre autorités de régulation officiant sur des domaines différents. Elle résulte du constat de la connexité, voire des convergences entre certains secteurs, notamment les communications électroniques, l'audiovisuel, et l'énergie. Cette interrégulation prend plusieurs formes. Elle peut se traduire par des règles procédurales imposant à deux autorités sectorielles différentes de collaborer sur

des thèmes précis. Elle peut aussi prendre corps, plus ou moins formellement, dans la réunion périodique des régulateurs sectoriels dans le cadre d'un groupe de régulateurs. En outre, comme alternative aux procédures d'interrégulation sectorielle, la plupart des Etats évoqués ont créé des autorités multi-sectorielles. Elles sont le plus souvent bi-sectorielles, notamment celles qui voient leur champ d'intervention étendu à la fois au domaine du gaz à celui de l'électricité. Mais l'Allemagne est allée plus loin en créant la seule autorité multi-sectorielle regroupant à la fois les communications électroniques, les postes, l'énergie et les transports ferroviaires. Cette expérience est intéressante à l'heure où certains évoquent la fin proche de la régulation sur certains marchés, autrement dit la disparition de certaines ARI. En effet, au regard de la convergence des secteurs et du souci de mutualiser les moyens des régulateurs, l'hypothèse d'une autorité multi-sectorielle doit être retenue pour les années à venir.

Par conséquent, l'interdépendance des régulateurs à l'échelle nationale doit être approfondie mais aussi reconfigurée. Pour ce faire, il serait opportun, à court terme, d'envisager la création d'un « Forum des régulateurs » réunissant à la fois les représentants des autorités sectorielles et un représentant de l'autorité de la concurrence. Grâce à une certaine périodicité des rencontres et à une collaboration rapprochée, cette formule pourrait empêcher toute divergence d'interprétation sur les dossiers liés au droit *antitrust* ou ayant un aspect intersectoriel. Elle permettrait aussi de construire une « culture commune »³¹² de la régulation et garantirait une grande cohérence dans l'orientation de l'ensemble des décisions des régulateurs de services publics en réseaux. La mise en place de ce qui s'apparente à un réseau informel des régulateurs nationaux serait, le cas échéant, le premier pas vers la création d'une « autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux ». Celle-ci répondrait, sous une forme endogène, à la fois au nécessaire approfondissement de l'interrégulation dans certains secteurs mais aussi, en parallèle, à la possible diminution de l'intensité de la régulation dans d'autres secteurs. En outre, la figure de l'« autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux » permettrait par sa légitimité (une garantie indépendante du fonctionnement efficace des services publics) et l'ampleur de ses fonctions de bénéficier d'une forte indépendance et d'une meilleure visibilité sur la scène européenne.

³¹² Terme employé par Jean-Pierre Hansen dans : Hansen J.-P. : « La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre régulations hétérogènes », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 171 ; de même, Sophia Abouddrar considère que « l'élaboration d'une doctrine ou d'une culture commune constitue [une] (...) modalité de l'interrégulation », Abouddrar S. : « Les rencontres du Forum de la régulation : l'interrégulation », *L.P.A.*, 23 avril 2004, n°82, p. 5.

Chapitre II : La coopération à l'échelle communautaire

« Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission ». L'article 10 du T.C.E. est le fondement à la fois de l'obligation générale de coopération entre les Etats membres et les institutions communautaires³¹³, mais aussi de l'obligation de coopération entre les Etats membres eux-mêmes³¹⁴. La coopération, « principe structurel essentiel sur lequel repose l'Administration européenne »³¹⁵, est un terme utilisé fréquemment de façon générique, notamment par les institutions communautaires, mais qui comporte cependant deux obligations bien distinctes³¹⁶. Il s'agit de la coopération *stricto sensu*, c'est-à-dire l'application et la mise en oeuvre concrète du droit communautaire par les Etats membres, mais aussi de la collaboration de ceux-ci, par exemple, en fournissant des informations ou en notifiant des mesures nationales. Ces éléments, dont les manifestations peuvent être observées dans une multitude de domaines³¹⁷, constituent le point crucial des relations d'interdépendance entre les autorités de régulation nationales et la Commission européenne à l'échelle communautaire.

D'une part, combiné avec l'article 211 du T.C.E.³¹⁸, qui érige la Commission européenne en « gardienne des Traités », le principe de coopération loyale tiré de l'article 10

³¹³ En ce sens, Auvret-Finck J. : « Introduction », in Auvret-Finck J. (dir.), *L'Union européenne au carrefour des coopérations*, L.G.D.J., 2002, p. 4.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 5.

³¹⁵ Schmidt-Assmann E. : « Où va l'administration européenne ? », in Etudes en l'honneur de Gérard Timsit, Bruylant, 2004, p. 506. L'« Administration européenne » est définie comme le « système d'administrations communautaires et nationales qui coopèrent et sont rattachées les unes aux autres de manière à la fois diversifiée et toujours plus profonde » dans l'exécution quotidienne du droit communautaire, *Ibid.*, p. 500 et Schmidt-Assmann E. : « Le modèle de l'« administration composée » et le rôle du droit administratif européen », *R.F.D.A.*, 2006, p. 1246.

³¹⁶ Par souci de clarté, la distinction que fait Marc Blanquet entre coopération et collaboration est reprise dans ce chapitre (Blanquet M., *L'article 5 du Traité C.E.E., recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, thèse, Bibliothèque de droit international et communautaire, tome 108, L.G.D.J., 1994, p. 299). Cependant, les institutions communautaires et les droits nationaux utilisent indifféremment les deux termes.

³¹⁷ Voir par exemple les instruments d'information, d'alerte et de contrôle dans le cadre de la prévention des atteintes à la libre circulation des marchandises, règlement n° 2679/98, du 7 décembre 1998, relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les Etats membres (J.O.C.E., n° L 337, du 12 décembre 1998, p. 8)

³¹⁸ Article 211 T.C.E. : « En vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission : veille à l'application des dispositions du présent traité ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci (...) ».

justifie l'obligation générale de collaboration entre les autorités compétentes des Etats membres et celle-ci³¹⁹. Mais le principe de coopération n'est pas, comme pourrait le laisser penser la formulation de l'article 10 T.C.E., unilatéral. La Cour de justice interprète en effet cet article de manière globalisante au regard du système juridique communautaire et estime que l'article 10 du T.C.E. « est l'expression de la règle plus générale imposant aux Etats membres et aux institutions communautaires des devoirs réciproques de coopération et d'assistance loyale »³²⁰. Plus particulièrement pour les relations entre la Commission et les autorités nationales, la Cour énonce qu'en vertu de l'article 10 du T.C.E. la Commission et un Etat membre « sont tenus à une obligation de coopération loyale avec les institutions des autres Etats membres chargées de veiller à l'exécution des obligations découlant [d'un règlement communautaire] »³²¹. Cette formule caractérise à la fois la dimension verticale de la coopération (collaboration entre la Commission et les Etats membres), mais aussi sa dimension horizontale (collaboration entre Etats membres).

En effet, d'autre part, l'article 10 du T.C.E. implique une « obligation générale d'assistance mutuelle et de solidarité »³²² entre les Etats membres, qui se matérialise par le devoir des autorités nationales de collaborer avec les instances d'autres Etats membres, par souci d'efficacité dans l'application du droit communautaire. Comme le souligne l'Avocat général La Pergola dans ses conclusions sur l'affaire *Deutsche Post* : « sur la base de la jurisprudence de la Cour, l'article [10 T.C.E.] (...) constitue (...) aussi le support normatif pour une coopération "horizontale" entre les administrations nationales »³²³.

Ainsi, lorsque la situation l'impose dans l'Union européenne, « les processus de collaboration sont organisés en partie verticalement entre les instances communautaires et les Etats membres, et en partie horizontalement entre les administrations nationales elles-mêmes »³²⁴. Cette collaboration est inhérente à l'intégration qui ne pourrait en aucun cas être

³¹⁹ En ce sens, Blanquet M., *L'article 5 du Traité C.E.E., recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, précité, p. 156.

³²⁰ Cf. pt. 38 de C.J.C.E., 15 janvier 1986, *Hurd c/ Jones*, aff. 44/84, concl. Sir G. Slynn, 22 mai 1985, Rec. 1986, p. 29.

³²¹ Cf. pt. 57 de C.J.C.E., 11 juin 1991, *Athanasopoulos e. a. c/ Bundesanstalt für Arbeit*, aff. C-251/89, concl. W. Van Gerven, 24 janvier 1991, Rec. 1991, p. I-2797.

³²² En ce sens, Blanquet M. : « La coopération entre les Etats membres et les institutions communautaires », in Auvret-Finck J. (dir.), *L'Union européenne au carrefour des coopérations*, L.G.D.J., 2002, p. 133.

³²³ Cf. pt. 8 des conclusions sur C.J.C.E., 10 février 2000, *Deutsche Post*, aff. jtes. C-147/97 et C-148/97, concl. A. la Pergola, 1^{er} juin 1999, Rec., p. I-825 ; Bartosch A., « Comment upon European Court of justice, Judgment of the full Court of 10 February 2000 », *C.M.L.R.*, 2001, p. 195 ; Idot L., *Europe*, Avril 2000, p. 19 ; Kronenberger V., « Service universel postal, contournement des monopoles postaux et droit communautaire de la concurrence », *Revue de droit des affaires internationales*, 2000, p. 893.

³²⁴ Schmidt-Assmann E. : « Le modèle de l'"administration composée" et le rôle du droit administratif européen », *R.F.D.A.*, 2006, p. 1246.

viable sans des liaisons constantes et institutionnalisées entre les exécutifs nationaux et communautaire.

Cependant, si l'obligation générale de collaboration est imposée par le droit originaire, elle implique, pour sa formalisation, le relais du droit dérivé. En ce sens, les directives de libéralisation des services publics organisés en réseaux prévoient un système de collaboration entre les différentes autorités de régulation des Etats membres mais aussi entre celles-ci et la Commission. Néanmoins, les caractéristiques particulières des secteurs de l'énergie, des postes et des communications électroniques, notamment leur degré d'ouverture à la concurrence et la survenance ou non de problèmes transnationaux, révèlent une absence d'homogénéité entre les techniques utilisées. Il convient donc d'aborder la coopération à l'échelle communautaire sous un angle structurel. La collaboration entre autorités de régulation sectorielles d'Etats membres différents, qualifiée d'« interrégulation solidaire »³²⁵, s'avère être un signe précurseur de la mise en réseau de ces instances lorsque des problèmes ponctuels se posent (Section I). Il faut apprécier ce premier point au regard d'un autre type de collaboration, cette fois entre les autorités de régulation et la Commission. Celle-ci bénéficie d'une place prépondérante qui fait apparaître l'ébauche d'un réseau supervisé³²⁶ (Section II).

Section I : L'interrégulation solidaire, signe précurseur d'un réseau d'ARI

Le rapport Bergougnoux soulignait que « la concertation entre les régulateurs nationaux a un rôle déterminant à jouer pour la réussite de l'Europe électrique d'aujourd'hui et de demain »³²⁷. Plus généralement, la coopération entre régulateurs indépendants est un passage obligé pour la construction d'un véritable marché européen des services publics organisés en réseaux. Cependant, cet objectif d'intégration n'est pour l'instant pas acquis. En effet, les marchés, alors même qu'ils ont été ouverts à des degrés divers à la concurrence, restent relativement cloisonnés aux frontières. Il suffit de citer le dernier rapport de la Commission relevant que « les régulateurs tendent à être trop focalisés sur des préoccupations

³²⁵ Par référence à l'obligation de solidarité entre Etats membres tirée de l'article 10 du T.C.E. L'expression « interrégulation solidaire » est empruntée au Professeur Loïc Grard : « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », in Grard L. (dir.) : « Autorités de régulation et droit européen », Journée d'études Jean Monnet, 20 février 2004, *J.C.P. E.*, n° 2, supplément à la semaine juridique n° 19, du 6 mai 2004, p. 12.

³²⁶ Les pouvoirs de la Commission ne peuvent être qualifiés ni de hiérarchiques ni de tutélaires. Dès lors, ils sont décrits comme de la supervision, formule atténuée traduisant sa place prépondérante au sein du réseau.

³²⁷ Commissariat Général du Plan, Rapport Bergougnoux : « Services publics en réseaux : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », avril 2000, §2.

nationales à court terme, au lieu d'être proactifs et d'essayer de développer des marchés intégrés »³²⁸. Dès lors, « l'Union européenne est loin (...) de pouvoir garantir à toutes les sociétés de l'UE le droit de vendre de l'électricité et du gaz dans n'importe quel Etat membre dans les mêmes conditions que les sociétés nationales existantes, sans subir de discrimination ni de désavantage »³²⁹. Avec moins d'acuité, la Commission souligne aussi qu'« en dépit des progrès qui ont été réalisés, il n'existe pas encore un réel marché intérieur européen des communications électroniques et des équipements de radio »³³⁰ et propose donc de nouvelles mesures à l'horizon 2008.

Pour construire le marché européen des services publics organisés en réseaux, les autorités de régulation sont tenues de coopérer lorsqu'une décision a un impact sur une partie du marché intérieur ou inclut un élément transfrontalier. Le droit communautaire a donc prévu des systèmes d'interrégulation solidaire ponctuels. Cette interrégulation est qualifiée de solidaire dans la mesure où elle ne concerne que la collaboration entre A.R.N. de secteurs identiques³³¹. Les ARI ne doivent transmettre une information, coopérer avec leur homologue ou prendre une décision concertée que dans certains cas de figure prévus par les directives de libéralisation. Dès lors, l'objectif de l'interrégulation solidaire, telle que considérée dans cette section, vise clairement à résoudre des problèmes ponctuels et non à organiser une coopération générale et préventive. Cela ne veut cependant pas dire qu'il n'existe pas d'obligation générale de coopération prévue par le droit dérivé, mais celle-ci n'a pas vocation à résoudre des problèmes ponctuels. Elle s'inscrit plutôt dans un processus global d'harmonisation de l'action des ARI. Sa mise en oeuvre relève donc d'un système de prévoyance ou de prévention des problèmes de régulation des réseaux qui ne trouve de matérialisation apparente que dans le cadre de regroupements d'autorités indépendantes, tels qu'envisagés dans le chapitre suivant.

Quatre types de procédures ont été prévues par le droit communautaire pour faire face aux situations qui ne sont pas exclusivement nationales. En les classant en fonction d'une échelle croissante d'intégration il est possible de relever les règles de répartition de

³²⁸ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 10 janvier 2007, perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM (2006) 841 final, p. 8.

³²⁹ *Ibid.*, p. 7.

³³⁰ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 29 juin 2006, concernant le réexamen du cadre réglementaire EU pour les réseaux et services de communications électroniques, COM (2006) 334 final, p. 9.

³³¹ En effet, aucune disposition de droit dérivé ne prévoit de coopération entre une A.R.N. d'un Etat membre et une A.N.C. d'un autre Etat membre. De plus, l'interrégulation sectorielle entre autorités d'Etats membres différents est absente du droit communautaire comme du droit interne.

compétences (qui déterminent l'autorité susceptible de prendre en charge un sujet mais n'impliquent pas obligatoirement de coopération), l'échange d'informations, la consultation (demande ou obtention d'observations d'une autre ARI) et la décision concertée (qui suppose un accord sur le principe et une mise en oeuvre respectant les compétences de chaque ARI)³³². Ces procédures visent donc (à l'exception de la première) l'interrégulation solidaire de situations transfrontalières ou plus généralement transnationales. Il y aurait globalement deux types de situations qui ne sont pas purement nationales. En les classant aussi par degré croissant d'intégration, le premier et le plus faible serait l'édiction d'une décision nationale ayant une influence sur le marché d'un ou de plusieurs autres Etats membres³³³ (la situation est nationale mais ses effets sont transnationaux)³³⁴. Le second correspondrait à une situation dans laquelle soit le marché est transnational, soit la décision concerne des opérateurs situés dans des Etats membres différents (situation généralement transfrontalière). La logique voudrait que l'échelle des méthodes de coopération employées suive précisément celle du degré de transnationalité de la situation à traiter.

Cependant, il n'en est pas ainsi, preuve de l'inadaptation de l'interrégulation solidaire. En effet, d'une part, lorsqu'une décision édictée sur un marché national est susceptible d'avoir des incidences sur les échanges entre les Etats membres, les A.R.N. sont parfois tenues d'informer leurs homologues ou de prendre en compte leurs observations (procédure de consultation). D'autre part, quand une décision porte sur un sujet dans lequel intervient un élément transnational ou transfrontalier (du fait du marché ou des parties en présence), les A.R.N. doivent se consulter, mais parfois aussi agir de concert. Cependant, dans le cas de certains litiges transfrontaliers, le droit communautaire prévoit uniquement une règle de

³³² Comme le souligne Eberhard Schmidt-Assmann, « la particularité de l'administration européenne réside dans l'intégration, dans ses activités, de processus d'information, de soutien et de concertation réciproques entre les administrations impliquées », in Schmidt-Assmann Eberhard : « Le modèle de l'«administration composée» et le rôle du droit administratif européen », *R.F.D.A.*, 2006, p. 1246.

³³³ Le terme employé est « mesures pouvant avoir une incidence sur les échanges entre les Etats membres », qui est défini comme les « mesures qui peuvent avoir un effet, direct ou indirect, réel ou potentiel, sur le schéma des échanges entre les Etats membres, au point de faire obstacle au marché unique », selon le considérant 38 de 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

³³⁴ Les effets transnationaux ne sont cependant pas des effets de droit, au regard du principe de territorialité. Sur ce dernier point, voir : Dubos O. : « Le droit administratif et les situations transnationales : des droits étrangers au droit comparé ? », in Melleray F. (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007, p. 69 ; Gautier M. : « Acte administratif transnational et droit communautaire », in Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J. (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, L.G.D.J., 2008, p. 1069, qui définit les actes administratifs transnationaux dans l'Union européenne comme : « des actes émanant de la puissance publique et soumis au droit administratif qui déploient leurs effets juridiques dans les autres Etats membres de l'Union européenne par détermination du droit communautaire », p. 1071.

répartition des compétences sans imposer de coopération spécifique. Il n'y a donc pas de logique d'ensemble liant la situation en cause et les modalités de coordination.

Dès lors, une vision pragmatique des méthodes de l'interrégulation solidaire impose de distinguer, d'une part, celles qui ne supposent pas d'échange d'opinion, autrement dit les autorités de régulation n'ont pas de relations « personnalisées ». Elle regroupe donc à la fois les situations qui sont résolues par le droit communautaire moyennant une règle de répartition des compétences, sans prévoir de coopération, et celles qui ne nécessitent qu'une simple transmission d'informations. Ces méthodes seront décrites sous la qualification d'interrégulation « cloisonnée » (§1). D'autre part, il convient de mettre en évidence les techniques d'interrégulation solidaire plus intégrées, qui impliquent des relations « personnalisées », comme la consultation et la concertation imposées par les textes communautaires entre autorités indépendantes. Ces techniques seront décrites comme une forme d'interrégulation « décloisonnée » (§2). L'ensemble de ces éléments caractérise ce que certains auteurs qualifient d'administration « co-dépendante »³³⁵, c'est-à-dire la particularité de l'administration européenne qui « réside dans l'intégration, dans ses activités, de processus d'information, de soutien et de concertation réciproques entre les administrations impliquées »³³⁶.

§1 L'interrégulation « cloisonnée »

L'interrégulation qualifiée de « cloisonnée » suppose que les autorités de régulation n'aient pas de relations « personnalisées ». Dans le cadre d'affaires qui ne sont pas purement nationales, elle réunit à la fois les situations résolues par le droit communautaire moyennant une règle de répartition des compétences et celles qui impliquent simplement la transmission d'informations. En effet, alors que la situation transfrontalière pourrait faire émerger la nécessité d'une coopération approfondie entre ARI, les dispositions relatives au règlement des différends dans le domaine énergétique ne précisent rien en ce sens, mais résolvent plutôt le problème par une règle de répartition de compétences (A). En revanche, dans d'autres cas, l'influence possible d'une décision sur les échanges entre Etats membres motive le recours à une procédure d'information. Cette formule, qui implique que les décisions de certaines ARI

³³⁵ Schmidt-Assmann Eberhard : « Le modèle de l'«administration composée» et le rôle du droit administratif européen », précité, p. 1246.

³³⁶ *Ibid.*

soient éclairées par l'accès à l'information détenue par d'autres, s'avère plus intégrée pour résoudre une situation qui ne se confine pas sur un seul marché national (B).

A La répartition des compétences

La résolution des litiges transfrontaliers suppose à l'évidence l'existence d'un différend entre une partie installée dans un Etat membre et une autre domiciliée dans un Etat membre distinct. La configuration du secteur énergétique, au regard de sa structure basée sur un réseau constitué de lignes ou gazoducs, pourrait se prêter au développement de ce type de contentieux. En effet, comme le souligne la Commission européenne, « les postes d'interconnexion facilitent le transport interrégional et transfrontière d'électricité et d'énergie et constituent une condition préalable au fonctionnement du marché intérieur »³³⁷. Le secteur des communications électroniques pourrait aussi être un terrain de développement des litiges transfrontaliers, même si les barrières matérielles aux frontières sont moins perceptibles. Cependant, il résulte de l'observation des décisions de règlement de différends que ces cas sont rares, voire inexistant³³⁸. Plusieurs raisons expliquent ce constat. Dans le secteur des communications électroniques, les opérateurs désirant s'implanter sur un marché s'établissent le plus souvent dans l'Etat membre concerné. Pour le secteur énergétique, la rareté des capacités d'interconnexion et les règles d'attribution de celles-ci sous forme d'enchères limitent les litiges. Dès lors, comme le souligne la Commission, la faiblesse des flux transfrontaliers ne trouve pas son origine dans une discrimination exercée à l'entrée sur le marché mais plutôt dans une mise en oeuvre incorrecte du cadre juridique communautaire³³⁹ ou dans l'insuffisance des infrastructures d'accès³⁴⁰. Quoi qu'il en soit, les instances communautaires ont dû se pencher sur la résolution des litiges transfrontaliers, point qui deviendra crucial dès lors que les conditions techniques de l'interconnexion et de l'accès aux réseaux permettront l'ouverture d'un véritable marché européen³⁴¹.

Cependant, le droit communautaire n'a pas la même approche de la résolution des litiges transfrontaliers, selon qu'il s'agit du secteur des communications électroniques ou de

³³⁷ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Plan d'interconnexion prioritaire, COM (2006) 846 final.

³³⁸ En France, aucune décision de règlement d'un litige transfrontalier n'a été relevée jusqu'à présent.

³³⁹ En ce sens, communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 10 janvier 2007, perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM (2006) 841 final.

³⁴⁰ En ce sens, pour l'étude du cas français, *Commission staff working document accompanying document to the communication from the Commission to the Council and the European Parliament, prospects for the internal gas and electricity market*, COM (2006) 841 final, p. 62.

³⁴¹ La Commission souligne par exemple la très faible ouverture des marchés français de l'énergie, in *Commission staff working document*, précité, p. 62.

celui de l'énergie³⁴². Lorsque les litiges connaissent une diversité d'intervenants et de situations, la coopération des régulateurs prévaut, dans l'optique d'une résolution concertée du litige respectant les compétences de chacun³⁴³. En revanche, lorsque les litiges sont stéréotypés, c'est-à-dire qu'ils se résument au conflit entre un gestionnaire de réseau et un opérateur entrant, une règle de répartition des affaires est posée par le droit communautaire.

Ainsi, dans le domaine énergétique, la configuration du secteur, qui implique la connexion des opérateurs aux infrastructures gérées par un gestionnaire de réseau de transport ou de distribution, circonscrit fortement les litiges. En effet, tout différend suppose uniquement la présence de deux types de parties : d'un côté un opérateur essayant de pénétrer un marché national énergétique, de l'autre, un gestionnaire de réseau soupçonné de discrimination dans la mise en oeuvre des tâches qui lui incombent au titre des directives 2003/54/CE et 2003/55/CE. Dès lors, les instances communautaires ont opté pour un système, inspiré du droit international privé, de répartition des compétences quasi-juridictionnelles. La raison tient au fait que le critère de répartition des compétences, au regard du caractère stéréotypé des parties en présence, est aisément identifiable³⁴⁴. Dès lors, « en cas de litige transfrontalier, l'autorité qui prend la décision est l'autorité de régulation dont relève le gestionnaire de réseau refusant l'utilisation du réseau ou l'accès à celui-ci »³⁴⁵. Cette procédure ne suppose aucune coopération particulière. Par conséquent, si jamais un litige ne peut être résolu sans l'information ou l'expertise d'une autre ARI, l'échange ne se fera que sur le fondement des dispositions générales incitant à la coopération des régulateurs indépendants. L'absence de disposition spécifique prévoyant un échange d'expertise ne doit cependant pas être vue comme un inconvénient majeur, sauf à considérer que les autorités indépendantes ne coopèrent que lorsque les textes les y obligent explicitement. Le professionnalisme de ces entités doit donc, à défaut de textes précis, être le moteur de la coopération pour solliciter l'information pertinente auprès d'autres ARI.

³⁴² Rien n'est pour l'instant prévu dans la directive postale.

³⁴³ Il s'agit de la configuration type du secteur des communications électroniques.

³⁴⁴ Ce qui n'est pas le cas dans le secteur des communications électroniques.

³⁴⁵ Article 23 alinéa 10 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 37) ; article 25 alinéa 10 de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 57).

B La transmission d'informations

Parmi les obligations de coopération imposées aux ARI figure l'échange d'informations. Il en est ainsi dans la directive relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques³⁴⁶. En effet, son article 5 met en place, de manière générale, un système permettant aux autorités réglementaires nationales de demander des informations aux entreprises agissant sur le marché, ainsi que de les communiquer à une A.R.N. d'un autre Etat membre. Le cas échéant, les informations considérées comme étant confidentielles par une A.R.N. ne peuvent être échangées avec leurs homologues communautaires que si elles sont indispensables à l'application des directives constituant le « paquet télécom ». Cette transmission de documents doit, dans ce cas, se limiter aux informations pertinentes et proportionnées à l'objectif visé. Le niveau de confidentialité requis pour l'autorité mettant à disposition l'information doit être respecté par l'ARI qui la reçoit³⁴⁷.

De manière plus spécifique, lorsqu'une autorité sectorielle a l'intention d'imposer des obligations réglementaires aux entreprises puissantes sur un marché, des obligations en vue de fournir l'accès ou l'interconnexion aux réseaux ou des obligations relatives aux marchés de détail qui auraient des incidences sur les échanges entre les Etats membres, elle est tenue de mettre le projet de mesure ainsi que les motifs de celui-ci à la disposition des A.R.N. des autres Etats membres³⁴⁸. Cette transmission d'information fait partie d'une procédure particulière connue sous la dénomination de « procédure de l'article 7 »³⁴⁹ qui implique un échange d'informations, mais aussi une concertation entre les ARI et la Commission. Cette dernière a d'ailleurs un droit de veto sur la mesure proposée³⁵⁰. Si, dans des circonstances exceptionnelles, l'ARI concernée ne peut tenir compte des observations de la Commission et des autres autorités sectorielles³⁵¹ et qu'elle considère, de surcroît, qu'il est urgent d'agir pour

³⁴⁶ Directive 2002/21/CE, précitée.

³⁴⁷ Article 5 alinéa 3 de la directive 2002/21/CE, précitée.

³⁴⁸ Article 7 de la directive 2002/21/CE, précitée.

³⁴⁹ Krüger R., Di Mauro L. : « *The Article 7 consultation mechanism : managing the consolidation of the internal market for electronic communications* », C.P.N., n° 3, automne 2003, p. 33. Sur la procédure de l'article 7, voir *infra* p. 663 et s.

³⁵⁰ Sur ce point, voir *infra* p. 662.

³⁵¹ Selon la recommandation de la Commission, lorsqu'une autorité de régulation indépendante édicte une mesure suite aux observations d'autres A.R.N., elle doit les informer de la manière dont elle a tenu le plus grand compte de ces observations ; recommandation de la Commission, du 23 juillet 2003, concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/CE du Parlement et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, C (2003) 2647 (J.O.C.E., n° L 190, du 30 juillet 2003, p. 13).

préservé la concurrence et protéger les intérêts des utilisateurs, elle peut adopter immédiatement des mesures proportionnées applicables pour une période limitée. Cependant, elle doit les communiquer, en les motivant, aux autres A.R.N.³⁵².

Dans le secteur postal, une seule procédure spécifique d'échange d'informations est prévue³⁵³. Pour que les utilisateurs jouissent du droit à un service universel, les Etats membres doivent prendre des mesures pour que le ou les prestataires de ce service garantissent tous les jours ouvrables, et pas moins de cinq jours par semaine, au minimum une levée et une distribution au domicile de chaque personne physique ou morale dans des installations appropriées³⁵⁴. Cependant, si les autorités réglementaires nationales estiment que des circonstances ou conditions géographiques jugées exceptionnelles le justifient, elles peuvent accorder des dérogations pour cet ensemble d'obligations au(x) prestataire(s) du service universel. Dès lors, toute circonstance exceptionnelle ou dérogation acceptée par une autorité réglementaire nationale doit être portée à la connaissance des ARI de l'ensemble des Etats membres³⁵⁵.

Dans le domaine énergétique, aucune obligation spécifique d'information n'est prévue. Cependant, cela ne veut pas dire qu'aucun échange n'est possible entre les autorités sectorielles des Etats membres. En effet, sur le fondement des clauses générales de coopération, les A.R.N. peuvent demander des informations à leurs homologues communautaires. Les informations passent aussi nécessairement dans le cadre des procédures impliquant une consultation ou une concertation entre autorités sectorielles d'Etats membres différents.

³⁵² Article 7 alinéa 6 de la directive 2002/21/CE, précitée.

³⁵³ Cependant, les rapports de la Commission incitent à une plus grande collaboration entre les autorités de régulations nationales, rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 18 octobre 2006, sur l'application de la directive postale (directive 97/67/CE modifiée par la directive 2002/39/CE), COM (2006) 595 final, p. 8.

³⁵⁴ Noter que ces conditions vont changer avec la directive de 2008. Le service universel ne devra plus être garanti tous les jours ouvrables et au moins cinq jours par semaine, mais au moins cinq jours ouvrables par semaine. Article premier paragraphe 3 de la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (J.O.U.E., n° L 52, du 27 février 2008, p. 3).

³⁵⁵ Article 3 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (J.O.C.E., n° L 15, du 21 janvier 1998, p. 14) modifiée. Article inchangé par la directive 2008/6/CE précitée.

§2 L'interrégulation « décloisonnée »

Au-delà d'une simple information, certaines décisions nécessitent une consultation ou parfois une concertation entre les autorités de régulation indépendantes des Etats membres. Cette forme d'interrégulation solidaire est donc qualifiée de « décloisonnée » puisqu'elle se base sur des relations « personnalisées » entre autorités de régulation. Elle suppose donc, dans un premier cas, l'avis d'une ARI sur un sujet traité dans un autre Etat membre (A). Dans un second cas, de manière plus intégrée, elle implique une vision commune de la solution, autrement dit que les mesures soient prises conjointement par les deux autorités ou par une autorité avec l'accord de son homologue. La concertation est par conséquent la procédure de coopération la plus intégrée (B).

A La consultation entre régulateurs indépendants

Une première procédure de consultation, dans le domaine des communications électroniques, concerne la mise en oeuvre de l'article 7 de la directive cadre³⁵⁶ précédemment évoqué. Une fois les ARI informées de l'imposition de certaines obligations susceptibles d'avoir des incidences sur les échanges entre les Etats membres, celles qui l'estiment opportun peuvent adresser des observations dans un délai d'un mois à l'autorité désirant mettre en oeuvre ces mesures. Cette dernière tiendra le plus grand compte de l'expertise formulée par les autres autorités réglementaires nationales. Certes, ces observations n'ont aucun caractère contraignant mais, indirectement, elles peuvent passer du stade de la simple prise de position à celui de l'interdiction. En effet, la Commission est aussi destinataire de ces observations et peut estimer, en en prenant connaissance, que le projet de mesure notifié fait obstacle au marché unique, conformément à l'article 7 alinéa 4³⁵⁷. Dès lors, par son pouvoir de veto et en appréciant les observations des A.R.N. des autres Etats membres, la Commission s'immisce dans l'interrégulation solidaire pour empêcher une mesure susceptible d'affecter la

³⁵⁶ Directive 2002/21/CE, précitée.

³⁵⁷ En effet, lorsque le projet de mesure vise à définir un marché pertinent qui diffère de ceux recensés dans la recommandation de la Commission ou désigne une entreprise comme disposant, individuellement ou conjointement avec d'autres, d'une puissance significative sur le marché, les observations des A.R.N. d'autres Etats membres peuvent démontrer qu'une mesure proposée fait obstacle au marché unique ; article 7 alinéas 3 et 4 de la directive 2002/21/CE, précitée.

construction du marché intérieur des communications électroniques³⁵⁸. Il s'agit ici du point de rencontre entre l'idée de réseau et celle de réseau supervisé par la Commission.

Une autre procédure de consultation est mise en oeuvre, cette fois dans le secteur énergétique. En effet, qu'il s'agisse du domaine gazier ou électrique, lorsque de nouvelles interconnexions sont établies, celles-ci peuvent bénéficier de dérogations aux règles en vigueur dans la mesure où l'investissement renforce la concurrence et que celui-ci serait trop risqué, ou ne se réaliserait pas si les règles communes lui étaient appliquées. Dans ce cas, une décision de dérogation peut être prise après une procédure de consultation des autres Etats membres ou des autres autorités de régulation concernées³⁵⁹.

Enfin, un dernier exemple d'interrégulation solidaire par la consultation entre régulateurs peut être trouvé dans le cas spécifique d'un règlement de différend portant sur une situation dont le caractère transnational est fortement marqué. En effet, dès lors qu'un réseau n'est pas confiné dans un seul Etat membre, les règles de répartition des compétences ne sont plus suffisantes. La résolution par la répartition des compétences fait donc place à la consultation entre autorités de régulation. Il s'agit du cas particulier des réseaux de gazoducs en amont, définis comme « tout gazoduc ou réseau de gazoducs exploité et/ou construit dans le cadre d'un projet de production de pétrole ou de gaz, ou utilisé pour transporter du gaz naturel d'un ou plusieurs sites de production de ce type vers une usine ou un terminal de traitement ou un terminal d'atterrage final »³⁶⁰. Lorsque, dans un litige transfrontalier, un tel réseau relève de plusieurs Etats membres, leurs autorités de régulation se consultent en vue d'assurer que les dispositions de la directive 2003/55/CE sont appliquées de manière cohérente³⁶¹. Cependant, cette consultation n'ayant pas, au regard de la rédaction de l'article en cause, un caractère unilatéral, elle se rapproche plus de la concertation que de l'échange d'observations. En tout état de cause, il apparaît que plus la situation implique un degré élevé de transnationalité, plus la coopération doit être intense pour assurer que les décisions prises par une ARI ne portent pas préjudice à l'ensemble du système interconnecté. En ce sens, la concertation des régulateurs, méthode la plus approfondie, est souvent nécessaire à la fois dans le secteur de l'énergie et dans celui des communications électroniques.

³⁵⁸ Sur ce point, voir *infra*, p. 664 et s.

³⁵⁹ Article 22, directive 2003/55/CE, précitée ; article 7 du règlement n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 1).

³⁶⁰ Article 2, directive 2003/55/CE, précitée.

³⁶¹ Pour l'instant, en France, un tel type de litige ne s'est pas présenté. En effet, seules deux décisions de règlement de différends ont été rendues par le CORDIS (Comité de règlement des différends et des sanctions de la CRE) et elles ne concernent que des situations purement nationales.

B La concertation des régulateurs indépendants

Si la directive postale ne prévoit aucune disposition de concertation entre les régulateurs des Etats membres, il n'en est pas de même dans le domaine énergétique. Les autorités de régulation indépendantes sont chargées d'assurer le fonctionnement efficace du marché « notamment en ce qui concerne les règles relatives à la gestion et à l'attribution de la capacité d'interconnexion, en concertation avec les autorités de régulation des Etats membres avec lesquelles il existe une interconnexion »³⁶². Cette disposition est d'un intérêt tout particulier en se plaçant du point de vue de l'ARI française dans la mesure où le réseau électrique national dispose d'interconnexions avec l'ensemble des Etats membres évoqués³⁶³. En effet, la France est au coeur de quatre des sept grandes régions électriques dessinées par l'ERGEG³⁶⁴ dans l'optique d'accélérer l'émergence du marché unique européen³⁶⁵. Elle dispose, par exemple, de 51 lignes électriques transfrontalières avec ses pays voisins. Ces interconnexions ont été construites pour permettre l'assistance mutuelle des gestionnaires de réseaux dans le cas d'une défaillance brutale mais aussi pour vectoriser des transactions commerciales électriques transfrontalières. La gestion de ces interconnexions est l'un des moyens de développer la concurrence dans le marché intérieur³⁶⁶. La CRE est donc chargée de surveiller l'utilisation qui est faite des capacités d'interconnexion et prévoit, en étroite collaboration avec les ARI des autres Etats membres, les évolutions des règles de calcul et d'allocation des capacités d'interconnexion avant de les approuver³⁶⁷. Le régulateur français a, par exemple, décidé, de concert avec les régulateurs des pays voisins³⁶⁸, du pourcentage des

³⁶² Article 23, directive 2003/54/CE, précitée ; à noter que la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 57) n'impose, selon son article 25, que la surveillance de ces règles à l'ARI compétente dans le secteur gazier.

³⁶³ Dans le domaine gazier cette disposition n'a que peu d'intérêt dans la mesure où la France ne produit que 3% du gaz consommé sur son territoire et importe le reste, entre autres, à partir de la Norvège (29%), de la Russie (23%), de l'Algérie (21%) et des Pays-Bas (16%).

³⁶⁴ *European Regulatory Group on Electricity and Gas* (ERGEG), voir *infra* p. 700 et s.

³⁶⁵ En ce qui concerne les pays évoqués, Région centre-ouest avec l'Allemagne, région centre-sud avec l'Allemagne et l'Italie, région sud-ouest avec l'Espagne et la région constituée du Royaume-Uni et de l'Irlande.

³⁶⁶ Sur les difficultés de l'interconnexion dans le domaine électrique, voir Levilain F., Martin S. : « Pour une concurrence effective, une meilleure interconnexion aux frontières », *Gaz. Pal.*, 24 janvier 2002, n° 24, p. 17.

³⁶⁷ Article 30 du décret n° 2006-1731 du 23 décembre 2006, approuvant le cahier des charges type de concession du réseau public de transport d'électricité (J.O.R.F., du 30 décembre 2006, p. 48).

³⁶⁸ Voir, par exemple, les « feuilles de route » entre la France et, respectivement, l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne, dans la décision de la Commission de régulation de l'énergie du 1^{er} décembre 2005 sur la mise en oeuvre des programmes de travail dénommés « feuilles de route » concernant les procédures d'allocation de capacités d'interconnexion en 2006 et la prise en compte de l'arrêt de la CJCE, 7 juin 2005, *VEMW e.a.*, aff. C-17/03, (concl. C. Stix-Hackl, 28 octobre 2004, Rec.2005, p. I-4983 ; Hancher L., *C.M.L.R.*, 2006, p. 1125 ; Idot L., « Exécution des contrats antérieurs en cours et accès au réseau électrique », *Europe*, Août-Septembre 2005, p. 22 ; Malvasio F., *Revue Juridique de l'Economie Publique*, 2005, n°625, p. 423 ; Rodrigues S., *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, 2005, n° 3, p. 142 ; Tran Thiet J. P., *Concurrences : revue des droits de la*

capacités d'interconnexions qui seraient allouées, moyennant une procédure d'enchères, par le gestionnaire du réseau de transport français, R.T.E. Le reste étant attribué de la même manière par ses homologues transfrontaliers³⁶⁹. Ainsi, les ARI compétentes sur le secteur énergétique doivent collaborer entre elles de manière intégrée. Cette interrégulation solidaire se traduit parfois par un système de concertation qui implique, non pas l'avis de son homologue, mais son accord sur le point discuté. Au regard des rapports émis par l'autorité française, il apparaît que cette procédure consensuelle se déroule de manière satisfaisante. Il en est de même dans le secteur des communications électroniques.

L'article 16 de la directive cadre prévoit une procédure de concertation des autorités de régulation indépendantes³⁷⁰. Il ne s'agit plus, cette fois, d'une mesure susceptible d'affecter le secteur connexe sur lequel agit une autre A.R.N., mais d'une procédure d'interrégulation solidaire sur un marché transnational. La configuration spécifique de ce marché implique une coopération intégrée, les ARI doivent donc se prononcer de manière concertée. Il en est ainsi quand la Commission adopte une décision recensant les marchés transnationaux sur le fondement de l'article 15 de la directive cadre³⁷¹. Les autorités réglementaires nationales concernées par ces marchés transnationaux doivent réaliser conjointement leur analyse et, le cas échéant, se prononcer de manière concertée sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression d'obligations réglementaires sectorielles.

La transnationalité des marchés est une situation dans laquelle les frontières entre Etats membres n'ont aucune influence. Elle est donc la configuration type dans laquelle la concertation entre autorités de régulation indépendantes s'avère nécessaire. La transnationalité des marchés met aussi en avant la limite ainsi que le lien entre coopération et coordination des ARI³⁷². En effet, le système de régulation, du fait de l'existence d'une autorité dans chaque Etat membre, connaît une mise en oeuvre cloisonnée. Chaque ARI, ayant une compétence géographique délimitée, officie dans le cadre de celle-ci. Qu'un opérateur agissant sur un marché national se voie imposer certaines obligations par une ARI n'empêche

concurrence, 2005, n° 3, p. 129) ; voir aussi le rapport commun sur l'utilisation de l'interconnexion France-Allemagne en 2006, édité conjointement par la CRE et la *Bundesnetzagentur*, disponible sur <http://www.cre.fr>.

³⁶⁹ Voir le rapport de la Commission de régulation de l'énergie, du 12 mai 2007, sur la gestion et l'utilisation des interconnexions électriques en 2006, p. 7.

³⁷⁰ Directive 2002/21/CE, précitée.

³⁷¹ Article 15 de la directive 2002/21/CE, précitée : « Après consultation des autorités réglementaires nationales, la Commission peut, agissant conformément à la procédure visée à l'Article 22, paragraphe 3, adopter une décision recensant les marchés transnationaux ».

³⁷² Sur la coordination de l'action des ARI, voir *infra*, p. 689 et s.

pas que ce même opérateur soit soumis à d'autres obligations par une ARI différente sur un autre marché national. Cependant, lorsque ce dernier n'est plus national mais transnational, des obligations différentes, peut-être même incohérentes entre elles, constituent un frein au développement du marché intérieur. Par conséquent, au-delà de la coopération, émerge la nécessité d'une coordination³⁷³ de l'action des ARI pour que les opérateurs agissant dans un cadre transnational soient soumis à un ensemble d'obligations cohérentes émises par des autorités restant nationales. Cette coordination se matérialise, dans le cadre de l'article 16 de la directive cadre, par l'obligation pour les autorités de se prononcer de manière concertée sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression d'obligations réglementaires sectorielles sur un marché transnational³⁷⁴. Cependant, pour l'instant, il apparaît qu'aucun marché transnational n'ait été recensé conformément à l'article 15 de la directive cadre, même si la Commission, au regard des souhaits émis par les régulateurs nationaux³⁷⁵, pourrait prochainement décider d'en définir un dans le domaine des services de diffusion par satellite³⁷⁶.

La concertation des régulateurs est aussi de mise dans la résolution des litiges transfrontaliers relatifs au secteur des communications électroniques. La raison de ce choix tient probablement dans la diversité des opérateurs. En effet, le champ d'application du règlement des différends entre acteurs du marché est beaucoup plus vaste que dans le secteur énergétique car il englobe une multitude de situations qui rend difficile l'élaboration d'une règle répartissant strictement ce type de compétence entre les ARI d'Etats membres distincts. Dans cette optique, le trente-troisième considérant de la directive cadre évoque la nécessité d'une « procédure simple, ouverte à la demande des parties au litige, pour la résolution des litiges sortant de la compétence d'une seule autorité réglementaire nationale »³⁷⁷. Ces litiges sortent, en effet, de la compétence d'une seule autorité réglementaire nationale dans la mesure où l'immatérialité et l'internationalisation des réseaux de communications électroniques impliquent qu'un opérateur installé dans un Etat membre puisse proposer une offre dans un autre Etat membre en ayant accès aux infrastructures existantes. Il en est ainsi, par exemple,

³⁷³ Sur la généralisation de la coordination par la création de réseaux d'autorités de régulation indépendantes, voir *infra* p. 689 et s.

³⁷⁴ Article 16 alinéa 5 de la directive 2002/21/CE, précitée.

³⁷⁵ N'ayant pas défini ce marché comme pertinent, l'E.R.G. estime que les autorités de régulation nationales considèrent qu'il s'agit d'un marché transnational ; en ce sens, E.R.G., *Experience project, market 18, broadcasting transmission services to deliver broadcast content to end-users*, 1^{er} septembre 2006, ERG (06) 47, p. 10.

³⁷⁶ En ce sens, projet de décision n° 06-0160 de l'ARCEP portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché, janvier 2006, p. 20.

³⁷⁷ Considérant n° 33, directive 2002/21/CE, précitée.

dans le cas des *Mobile Virtual Network Operators* (M.V.N.O.)³⁷⁸ qui sont parfois des opérateurs de droit étranger. De même, le marché de gros de l'itinérance internationale³⁷⁹, qui suppose la vente par un opérateur national de prestations en gros à un opérateur d'un autre Etat membre en vue de permettre à ce dernier d'offrir aux clients la possibilité de passer et de recevoir des appels depuis l'étranger, s'inscrit dans un contexte nécessairement transfrontalier³⁸⁰. Dès lors la directive 2002/21/CE consacre un article à la résolution de ce type de litiges³⁸¹. Si un tel différend est de la compétence d'autorités réglementaires nationales d'au moins deux Etats membres, celles-ci coordonnent leurs efforts afin de le résoudre³⁸². De plus, les Etats membres peuvent prévoir la possibilité pour les A.R.N. de refuser conjointement de résoudre un litige lorsque d'autres mécanismes, comme la médiation, existent et conviendraient mieux à sa résolution en temps utile. En pratique ces cas sont rares (aucun cas ne s'est présenté devant l'ARCEP), mais il faut supposer que, suite à une procédure concertée entre autorités de régulation d'Etats membres différents, chacune imposera à la partie qui relève de son champ matériel de compétence, les obligations décidées de concert avec son homologue.

La concertation s'avère certes nécessaire, mais elle porte en elle-même l'inconvénient de l'inefficacité en cas de divergences de vues. En effet, que pourrait-il se passer dans le cas où les régulateurs nationaux n'entendraient pas de la même manière l'issue d'un différend ? De même, la procédure de règlement des litiges transfrontaliers ne fait pas obstacle à ce que l'une des parties engage une action devant une juridiction. Si une procédure est en cours devant une ARI dans un autre Etat membre, est-elle juridiquement tenue de se dessaisir de l'affaire avant l'édiction d'une décision de justice statuant sur celle-ci ? Ces questions mettent en exergue la nécessité d'une coordination de l'action des régulateurs indépendants dès que la situation prend une envergure transfrontalière, *a fortiori* européenne³⁸³. La proposition de réforme du « paquet télécom » fait d'ailleurs ressortir l'importance de la coordination de

³⁷⁸ Opérateurs qui ne disposent pas de leur propre réseau radio et qui utilisent celui d'autres opérateurs mobiles en leur achetant des minutes de conversation en gros pour offrir ensuite des services de communications mobiles à leurs abonnés.

³⁷⁹ Marché n° 17 au regard de la recommandation de la Commission, du 11 février 2003, concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, COM (2003) 497.

³⁸⁰ En ce sens, rapport d'activité 2004, ARCEP, p. 216.

³⁸¹ Article 21, directive 2002/21/CE, précitée.

³⁸² Disposition intégrée en droit français sous la formule : « Lorsqu'une des parties est établie dans un autre Etat membre de la Communauté européenne et que le différend est également porté devant les autorités compétentes d'autres Etats membres, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes coordonne son action avec celle de ces autorités », article L 36-8 C.P.C.E.

³⁸³ Sur ce point, voir *infra* p. 722 et s.

l'action des régulateurs. En effet, elle prévoit que la résolution de tout litige transfrontalier sera précédée de la sollicitation, par les A.R.N., de l'avis de l'Autorité européenne. Les régulateurs nationaux devront tenir le plus grand compte de cet avis. L'objectif est bien l'harmonisation de l'action des régulateurs dans l'espace communautaire. La dimension européenne des échanges et l'influence des décisions des régulateurs nationaux sur l'ensemble du marché communautaire est aussi le fondement de l'intervention de la Commission qui s'immisce dans l'activité des autorités de régulation. Dès lors, en ayant une vision globale de l'organisation de l'interrégulation solidaire ajoutée aux caractères propres de l'intervention de la Commission, il est possible de décrire ce phénomène comme l'ébauche d'un réseau supervisé.

Section II : L'intervention de la Commission européenne, ébauche d'un réseau supervisé

Les autorités de régulation nationales contribuent à la mise en oeuvre du droit communautaire, plus particulièrement au développement du marché intérieur et à la promotion de la concurrence, conformément à leurs compétences respectives et aux buts qui leurs sont fixés dans les directives de libéralisation des services publics organisés en réseaux³⁸⁴. En se limitant à cette lecture des dispositions communautaires relatives aux secteurs des postes, des communications électroniques et de l'énergie, il serait possible d'avancer que la méthode de mise en oeuvre de la régulation des réseaux se fonde sur le principe de l'administration indirecte³⁸⁵. Cette notion doctrinale peut être décrite en droit communautaire comme la forme d'organisation administrative qui vise à confier aux institutions communautaires la production de la norme et aux autorités compétentes des Etats membres l'exécution des politiques ainsi déterminées. Elle s'oppose donc à l'administration directe caractérisée par le cumul, entre les mains des instances communautaires à la fois de la

³⁸⁴ En ce sens, article 8 de la directive 2002/21/CE, précitée ; article 25 de la directive 2003/55/CE, précitée ; article 23 de la directive 2003/54/CE, précitée. Dans le secteur postal, les autorités réglementaires nationales ont pour tâche d'assurer le respect des obligations découlant de la directive 97/67, article 22 directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (J.O.C.E., n° L 15, du 21 janvier 1998, p. 14) modifiée.

³⁸⁵ Sur ce point, voir : Ziller J. : « Introduction : les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen », in Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J. (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, L.G.D.J., 2008, p. 243 ; dans le même ouvrage, Franchini C. : « Les notions d'administration indirecte et de co-administration », p. 254 ; Schmidt-Assmann E. : « Où va l'administration européenne ? », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 507.

production normative, mais aussi de l'exécution des politiques³⁸⁶. La grande majorité des politiques communautaires sont mises en oeuvre sous cette forme d'administration indirecte pour des raisons évidentes de faisabilité et d'économie de coûts dans une Europe désormais élargie à vingt-sept Etats membres.

Cependant, la dimension parfois transnationale des services publics organisés en réseaux a poussé le législateur communautaire à confier à la Commission une place prépondérante dans la surveillance de la mise en oeuvre, mais aussi dans l'exécution, des directives de libéralisation³⁸⁷. Il ne s'agit cependant là que d'un constat d'ensemble, dans la mesure où les dispositions des directives du secteur des postes, des communications électroniques et de l'énergie ne sont pas homogènes sur la place confiée à la Commission³⁸⁸. En effet, les autorités de régulation nationales sont parfois tenues de lui fournir des informations qu'elle peut transmettre aux autorités d'autres Etats membres. De plus, la Commission, conformément au droit dérivé des communications électroniques, a dû édicter des actes incitatifs visant à circonscrire l'action des régulateurs nationaux sur des marchés prédéterminés susceptibles de subir une régulation *ex ante*. Enfin, dans le secteur des communications électroniques et dans celui de l'énergie, la Commission dispose, conformément à l'article 211 du T.C.E.³⁸⁹, d'un pouvoir de décision individuelle visant à approuver, modifier ou interdire certaines mesures, proposées par les autorités de régulation nationales, susceptibles d'affecter les échanges entre Etats membres.

Dès lors, la question se pose de savoir si la mise en oeuvre de cette régulation sectorielle ne préfigure pas d'une forme d'organisation intermédiaire entre l'administration indirecte et l'administration directe³⁹⁰. Elle emprunterait au premier modèle la mise en oeuvre

³⁸⁶ Comme par exemple l'application des règles de concurrence aux entreprises jusqu'à la décentralisation du contrôle opéré par le règlement 1/2003 (Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (J.O.C.E., n° L 1, du 4 janvier 2003, p. 1)).

³⁸⁷ Cette évolution vers « la recherche de cohérence dans le contexte d'une plus grande centralisation dans la mise en oeuvre du cadre communautaire » est décrite par Jean-Yves Chérot : Chérot J.-Y. : « Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires. L'articulation des autorités nationales et de la Commission dans la mise en oeuvre des politiques communes », in Frison-Roche M.-A. (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 144. Voir aussi : Quadra-Saludo T., del Castillo F. (dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, Cuadernos de derecho judicial, 2003, p. 38.

³⁸⁸ La procédure intégrant à la fois un système d'information, d'incitation, de notification et de décision individuelle de la Commission est celle de l'article 7 de la directive 2002/21/CE, précitée. Dans les autres secteurs il existe aussi des procédures d'information (postes et énergie), de notification et de décision individuelle (énergie), mais qui ne présentent pas la même homogénéité.

³⁸⁹ Article 211 du T.C.E. : « En vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission dispose d'un pouvoir de décision propre (...) ».

³⁹⁰ Selon Jacques Ziller, « la co-administration n'est que la coordination de deux types d'administration, directe et indirecte », Ziller J. : « Introduction : les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-

du droit dérivé par les autorités de régulation nationales et au second la place déterminante de la Commission dans la fonction d'exécution qui informe et est informée, établit les principes généraux (actes incitatifs), approuve et coordonne (pouvoir de décision encadré par la procédure de « comitologie »), puis classiquement contrôle (recours en manquement)³⁹¹. Il s'agirait donc d'une forme intermédiaire de co-administration³⁹² « considérée par la science juridique comme une figure typique d'exercice conjoint des fonctions communautaires »³⁹³ dont « le but final est de perfectionner un système institutionnel intégré »³⁹⁴. Enfin, la particularité de la co-administration réside dans la consultation régulière entre la Commission et les autorités administratives des Etats membres ainsi que dans une dimension horizontale de coordination entre les différentes administrations nationales³⁹⁵.

Par conséquent, l'observation de cette « organisation administrative composite à plusieurs niveaux, parce qu'articulée sur plusieurs organes, se différenciant par leur nature et leur position, nationale et supranationale »³⁹⁶ a pu faire dire à Claudio Franchini que : « l'action des pouvoirs publics communautaires ne peut que se superposer à celle des pouvoirs publics nationaux ou la recouper ; il s'ensuit que l'organisation doit s'inspirer non pas du critère de la hiérarchie, mais du critère de l'interdépendance structurelle et fonctionnelle »³⁹⁷. Il convient de mettre en relief ce propos, tout du moins dans les secteurs envisagés. Si l'interdépendance structurelle et fonctionnelle est incontestable, il n'en reste pas moins que lorsque des situations susceptibles d'avoir une incidence sur les échanges entre Etats membres se présentent, les relations entre autorités de régulation nationales et la Commission européenne préfigurent l'ébauche d'un réseau supervisé par cette dernière. Comme le souligne Eberhard Schmidt-Assmann, « malgré le système de coopération qui la caractérise, on retrouve certains éléments de hiérarchie au sein de l'administration

administration et les fondements du droit administratif européen », in Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J. (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, L.G.D.J., 2008, p. 243.

³⁹¹ La logique est empruntée à Claudio Franchini qui l'applique à l'exemple des fonds structurels, Franchini C. : « Les notions d'administration indirecte et de co-administration », in Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J. (dir.) : *Droit administratif européen*, précité, p. 254.

³⁹² Sur la forme intermédiaire entre « médieté » et « immédiateté » administrative qualifiée de « collaboration inter-administrative », voir : Monjal P.-Y., *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, thèse, Bibliothèque de droit international et communautaire, tome 112, L.G.D.J., 2000, p. 436 et s.

³⁹³ Franchini C. : « Les notions d'administration indirecte et de co-administration », in Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J. (dir.), *Droit administratif européen*, précité, p. 258.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 255. De plus, selon le même auteur, un indice de co-administration réside dans « le choix de constituer *ex novo* un organisme spécial (...) [servant] à maintenir l'unicité de la fonction en vue de protéger l'intérêt communautaire, en évitant toute divergence, même seulement potentielle, par rapport à des situations nationales déjà consolidées » (p. 256). Il n'est nul besoin de souligner l'existence de cet indice au regard des propositions de la Commission visant à créer des agences dans les secteurs envisagés, voir *infra*, partie III, titre II, chapitre II.

³⁹⁵ Sur ce point, voir *supra* partie III, titre III, chapitre II.

³⁹⁶ Franchini C. : « Les notions d'administration indirecte et de co-administration », précité, p. 261.

³⁹⁷ *Ibid.*

européenne composée” »³⁹⁸. Selon lui, l’« administration européenne composée » relève du constat que l’exécution du droit communautaire revient avant tout aux administrations des Etats membres, mais aussi pour partie aux instances communautaires. Pour ce faire, ces deux niveaux « doivent collaborer et forment une “administration européenne” regroupant des informations, des actes et des contrôles que l’on qualifie d’“administration composée”. Cette dernière est caractérisée par un mode de fonctionnement associant des éléments coopératifs et hiérarchiques »³⁹⁹.

Cependant il ne s’agit pas de hiérarchie telle que conçue classiquement⁴⁰⁰. En effet, la Commission ne détient pas le pouvoir de contrôler l’ensemble de l’activité des ARI, ni celui de modifier ou d’annuler leurs actes. Elle centralise l’information, incite les régulateurs nationaux à adopter certains comportements et dispose d’un pouvoir de veto sur les mesures qu’ils proposent. Certains auteurs n’hésitent cependant pas à qualifier la Commission de « méta-régulateur »⁴⁰¹ ou de « super-régulateur »⁴⁰². D’autres estiment que la Commission agit comme le « pilote »⁴⁰³ du réseau de coopération. Dans la lignée de ce dernier point de

³⁹⁸ Schmidt-Assmann E. : « Où va l’administration européenne ? », in *Etudes en l’honneur de Gérard Timsit, Bruylant*, 2004, p. 507. Selon lui, l’« administration européenne composée » relève du constat que l’exécution du droit communautaire revient avant tout aux administrations des Etats membres

³⁹⁹ Schmidt-Assmann E. : « Le modèle de l’“administration composée” et le rôle du droit administratif européen », *R.F.D.A.*, 2006, p. 1246.

⁴⁰⁰ Selon René Chapus, « le pouvoir hiérarchique permet à l’autorité supérieure qui le détient d’intervenir à l’égard du comportement de ses subordonnés en prenant des mesures qui sont de trois sortes : elle peut lui adresser des instructions, annuler ses décisions et aussi les réformer », Chapus R. : « Droit administratif général », tome 1, 15^{ème} édition, Montchrestien, 2001, p. 395. Si la Commission européenne édicte des recommandations et lignes directrices, elle ne peut pas annuler ni réformer les mesures des A.R.N., mais seulement demander un retrait ou des modifications. En cas d’opposition du régulateur national, seul un recours en manquement devant la C.J.C.E. est envisageable.

⁴⁰¹ En ce sens, Sott C. : « *Agencies for european regulatory governance : a regimes approach* », in Geradin D., Muñoz R., Petit N. (dir.), *Regulation through Agencies in the EU. A new paradigm of European governance*, Ed. Edward Elgar, 2005, p. 70.

⁴⁰² Chérot J.-Y. : « L’imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », in M.-A. Frison-Roche (dir.), « Droit de la régulation : questions d’actualité », Rencontres Petites affiches, 6 février 2002, *L.P.A.* 3 juin 2002, n° 110, p. 22. De même, Chérot J.-Y. : « Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires. L’articulation des autorités nationales et de la Commission dans la mise en oeuvre des politiques communes », précité, p. 151. Le qualificatif de « suprarégulateur sectoriel » est aussi employé par Nicolas Charbit qui pose la question de la subordination des régulateurs, Charbit N. : « Les objectifs du régulateur, entre recherche d’efficacité et rappel de légalité », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 73. Celui de « Métarégulateur » est employé par Colin Scott : « *Agencies for european regulatory governance : a regimes approach* », précité, p. 71.

⁴⁰³ Comme le souligne Eberhard Schmidt-Assmann, le modèle d’administration européenne composée « nécessite dans certaines circonstances des mécanismes de pilotage et de contrôle ponctuels (...) », in Schmidt-Assmann E. : « Le modèle de l’“administration composée” et le rôle du droit administratif européen », précité, p. 1246. Sur l’utilisation du terme de « pilotage » pour décrire la position de la Commission au sein de la procédure de l’article 7 de la directive cadre, voir : Grard L. : « Le développement des réseaux européens d’autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, études en l’honneur de Jean-Claude Gautron, Pedone, 2004, p. 101. Cette notion de « pilotage » traduit, au-delà d’un strict pouvoir décisionnel de la Commission, sa place centrale dans le réseau (ponctuel) d’autorités de régulation en tant qu’instance centralisatrice de l’information et indiquant, par des mesures incitatives, les lignes de conduite à tenir.

vue, et au regard de la nature des pouvoirs ainsi que de la place prépondérante qu'elle occupe dans l'ébauche de réseau, le terme de supervision a été choisi⁴⁰⁴. Il exprime la capacité de la Commission à contrôler ponctuellement l'activité des ARI par divers moyens qui ne relèvent ni d'un pouvoir hiérarchique ni d'un pouvoir tutellaire⁴⁰⁵. Le contrôle exercé, s'il est limité dans son contenu n'en reste pas moins étendu dans sa portée. Dès lors, la supervision de la Commission se traduit à la fois par une position centrale dans la collaboration informationnelle (§1), par un fort pouvoir d'orientation sur une partie du champ d'action des A.R.N. (§2) ainsi que par un droit de veto sur certaines mesures proposées par les régulateurs nationaux (§3).

§1 La collaboration informationnelle

L'intervention de la Commission européenne dans le processus général de régulation mené par les ARI se matérialise tout d'abord par une technique relativement classique d'échange d'informations. Outre celles qui doivent être communiquées dans le cadre d'une procédure particulière permettant à la Commission de s'opposer à certains types de mesures, il existe en effet un ensemble de dispositions facilitant l'échange des renseignements nécessaires pour que celle-ci puisse mener à bien la mission qui lui incombe au titre des traités. L'étude de l'échange d'informations démontre deux types de configurations. Dans le secteur postal et dans celui de l'énergie, la transmission de données est à la charge des ARI. Il s'agit, dès lors, d'une collaboration principalement ascendante (A). Au contraire, dans le secteur des communications électroniques, la transmission de l'information est circulaire (B), à la fois depuis les ARI vers la Commission et, le cas échéant, depuis cette dernière vers les régulateurs indépendants intéressés.

⁴⁰⁴ Surveiller peut être défini comme suit : « contrôler la réalisation d'un travail, l'exécution d'une opération, etc., accompli par d'autres », Grand Larousse Universel.

⁴⁰⁵ La tutelle peut être définie comme le pouvoir d'une entité sur une autre, d'annulation, d'approbation, d'autorisation ou de substitution sur les actes d'une entité. En ce sens, voir Chapus R. : « Droit administratif général », précité, n° 567.

A Une collaboration ascendante dans le secteur des postes et celui de l'énergie

Contrairement aux communications électroniques, la collaboration n'est qu'ascendante dans le secteur postal⁴⁰⁶ et dans celui de l'énergie. Ainsi, comme pour l'interrégulation solidaire, au titre de la directive postale, les autorités de régulation nationales doivent communiquer à la Commission toute circonstance exceptionnelle ou dérogation acceptée au regard des obligations minimales relatives au service universel⁴⁰⁷. De plus, le cas échéant, elles tiennent à disposition et fournissent sur demande de l'instance communautaire des informations suffisamment détaillées sur les systèmes de comptabilité analytique, ou systèmes équivalents, appliqués par un prestataire du service universel⁴⁰⁸. Lorsqu'un Etat membre n'a pas estimé nécessaire au maintien du service universel le fait de réserver certains services, les systèmes de comptabilité analytique prévus par la directive sont inutiles. Dès lors, les ARI signalent à Commission l'absence de mise en oeuvre des prescriptions de l'article 14 relatives à ce point. Enfin, les ARI l'informent de toute dérogation aux normes de qualité pour les services transfrontières intracommunautaires, justifiée par des conditions exceptionnelles liées à l'infrastructure ou à la géographie.

Dans le secteur énergétique, hormis les cas dans lesquels la Commission peut s'opposer à un projet de mesure, la collaboration n'est aussi qu'ascendante⁴⁰⁹. En effet, en ce qui concerne l'électricité, les autorités de régulation nationales sont tenues de fournir à la Commission l'ensemble des informations nécessaires pour que celle-ci détermine ou modifie le montant des compensations pour les coûts engendrés par l'accueil de flux d'électricité transfrontaliers sur le réseau d'un gestionnaire⁴¹⁰. Ces compensations sont déterminées à l'avance, mais doivent être alignées sur la réalité des flux électriques accueillis sur un réseau.

⁴⁰⁶ Cependant, la Commission prévoit d'intensifier la collaboration avec les A.R.N. Sur les questions techniques et/ou réglementaires, voir : rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 23 mars 2005, sur l'application de la directive postale (directive 97/67/CE modifiée par la directive 2002/39/CE), COM (2005) 102 final, p. 7.

⁴⁰⁷ Article 3 alinéa 3 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (J.O.C.E., n° L 15, du 21 janvier 1998, p. 14) modifiée.

⁴⁰⁸ Les systèmes de comptabilité analytique ont pour objectif d'éviter toute subvention croisée entre les services réservés et les services non réservés, article 14 paragraphe 6 directive 97/67/CE, modifiée, précitée.

⁴⁰⁹ Est donc délibérément exclue de cette partie la coopération entre les ARI et la Commission qui débouche sur la possibilité pour celle-ci de refuser une mesure proposée par le régulateur national. Sur ce dernier point, voir *infra* p. 661 et s.

⁴¹⁰ Article 3 alinéa 4 et article 8 du règlement n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 1).

Dès lors, pour permettre un ajustement *ex post* de ce montant, les autorités de régulation doivent transmettre de façon régulière des informations sur les coûts effectivement supportés par les gestionnaires de réseaux nationaux de transport, ainsi que les données et toutes les informations utiles concernant les flux physiques transitant par les réseaux de transport et le coût du réseau⁴¹¹. L'importance de ces informations pour les échanges transfrontaliers d'électricité est telle que le règlement prévoit une solution de substitution si jamais les A.R.N. ne collaborent pas de manière satisfaisante. En effet, la Commission, pour exercer les missions qui lui ont été confiées au titre du règlement 1228-2003, et en l'absence d'information transmise par les Etats membres ou par leurs autorités de régulation, peut solliciter directement les entreprises concernées. La demande est faite par voie de décision et précise les sanctions prévues en cas de dépassement du délai imparti, de données inexactes, incomplètes ou trompeuses⁴¹². Cette procédure de substitution a un double avantage. Elle permet en premier lieu de ne pas porter préjudice aux gestionnaires de réseaux recevant des flux transfrontaliers lorsque les autorités nationales ne collaborent pas efficacement avec la Commission. En second lieu, elle permet indirectement de renforcer le pouvoir des A.R.N. face aux gestionnaires de réseau. En effet, si une telle entreprise oppose une certaine inaction face aux demandes de l'A.R.N. ou retient délibérément l'information requise, la Commission évite toute paralysie du système en se substituant à l'A.R.N. La menace de substitution renforce la légitimité et les pouvoirs de l'A.R.N. et la substitution effective vient pallier le défaut de moyens contraignants de l'autorité de régulation indépendante. Pour le domaine gazier, la collaboration informationnelle se limite aux données dont la Commission a besoin pour édicter des lignes directrices visant à assurer le degré d'harmonisation minimal requis pour atteindre l'objectif fixé par le règlement concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel⁴¹³. La collaboration informationnelle dans le domaine postal et énergétique n'est donc, à la différence de ce qu'organisent les textes relatifs aux communications électroniques, qu'ascendante.

⁴¹¹ *Ibid.*, article 10 alinéa 1.

⁴¹² *Ibid.*, articles 10 et 12.

⁴¹³ Articles 11 et 9 du règlement n° 1775/2005/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 septembre 2005, concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel (J.O.C.E., n° L 289, du 3 novembre 2005, p. 1).

B Une collaboration circulaire dans le secteur des communications électroniques

La Commission reçoit donc, de la part des ARI, toutes les informations nécessaires à la conduite de son action. Cependant, dans les secteurs évoqués précédemment, elle ne sert pas de relais d'information dans la mesure où aucune disposition en vigueur ne l'oblige à les transmettre à d'autres ARI susceptibles d'être intéressées par des données disponibles dans un Etat membre. Il n'en est pas ainsi dans le domaine des communications électroniques.

La directive 2002/21 prévoit que les autorités de régulation nationales sont tenues de fournir à la Commission, à sa demande motivée, les informations qui lui sont nécessaires pour mener à bien sa mission au titre du traité⁴¹⁴. Les informations fournies à la Commission sont proportionnées à ses besoins pour l'accomplissement de ses missions. Ensuite, la Commission peut communiquer les informations fournies à une autorité d'un autre Etat membre tout en conservant le niveau de confidentialité requis à l'origine.

Dès lors, la procédure mise en oeuvre dans le secteur des communications électroniques participe de l'ébauche d'un réseau dans lequel la Commission dispose d'une place d'autant plus centrale que l'échange n'est pas qu'ascendant, mais s'avère plutôt circulaire.

De plus, la collaboration ne porte pas que sur des informations brutes. Selon les écrits de Jean-François Pons, ancien directeur général adjoint à la direction générale de la concurrence de la Commission européenne : « 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 »⁴¹⁵. Ainsi, au-delà d'une simple information, la Commission collabore avec

⁴¹⁴ Article 5 alinéa 2 de la directive 2002/21/CE, précitée.

⁴¹⁵ Pons J.-F. : « Le jeu historique des initiatives de libéralisation communautaires », in Frison-Roche M.-A. (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, précité, p. 142.

les A.R.N. pour trouver, entre règles sectorielles et règles *antitrust*⁴¹⁶, la solution idoine d'une affaire.

Par conséquent, au regard de la collaboration informationnelle, d'une part, entre la Commission européenne et les A.R.N., et d'autre part, comme évoqué précédemment⁴¹⁷, entre autorités de régulation indépendantes d'Etats membres différents, le réseau supervisé apparaît comme une évidence. A son sommet, la Commission détient une place prépondérante dans la mesure où elle est à la fois la réceptrice de l'ensemble des données et peut, au besoin, faire office de redistributeur de l'information au profit d'ARI d'autres Etats membres. Tout en contribuant à l'efficacité de la régulation par la mise à disposition de l'information, l'ébauche d'un réseau supervisé se concrétise avec plus d'acuité au regard des outils incitatifs utilisés par la Commission pour orienter l'action des régulateurs indépendants.

§2 Les actes incitatifs de la Commission

Les actes incitatifs traditionnellement utilisés par la Commission peuvent, en partie, être interprétés comme de simples orientations pour leurs destinataires. Cependant, lorsqu'ils portent sur une procédure préalable à la notification de projets de mesure sur lesquels la Commission dispose d'un pouvoir de veto, leurs effets s'en trouvent considérablement amplifiés. Il en est ainsi pour certaines recommandations et lignes directrices édictées dans le secteur des communications électroniques.

Au regard de l'appréciation sur l'intensité du caractère incitatif de la « *soft law* » communautaire (A), il conviendra donc d'évoquer la recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services (B) puis les lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché (C), afin d'apprécier l'efficacité et la précision avec laquelle la Commission coordonne une partie de l'activité des régulateurs indépendants.

A L'utilisation d'actes incitatifs et la question de leurs effets

Les institutions communautaires, notamment la Commission, ont tendance à utiliser de manière croissante des instruments juridiques qui ne relèvent plus du commandement, acte

⁴¹⁶ Cet élément témoigne encore de la complémentarité des deux types de règles, sur ce point, voir *supra*, p. 554 et s.

⁴¹⁷ Voir *supra* p. 637 et s.

obligatoire adressé par un titulaire du pouvoir aux justiciables, sous la menace du recours à la contrainte, mais de la prescription ou de la proposition d'un modèle de conduite⁴¹⁸. Que ces actes de « *soft law* »⁴¹⁹ communautaire relèvent explicitement du traité comme les recommandations⁴²⁰ ou soient, selon la qualification doctrinale, des « actes atypiques »⁴²¹ souvent prévus par le droit dérivé⁴²², ils ont, à la différence des avis, pour objectif principal d'inviter leur destinataire à adopter un comportement déterminé⁴²³.

Cette invitation n'implique pas formellement de contrainte au sens du droit communautaire. En effet, l'article 249 du Traité, comme le souligne Denys Simon⁴²⁴, dispose de façon lapidaire que « les recommandations et les avis ne lient pas »⁴²⁵. Cependant, la doctrine relève aussi que les recommandations des institutions communautaires, en prescrivant un modèle de comportement, produisent des effets de droit et sont donc des actes juridiques⁴²⁶. Ces effets de droit se résument à l'existence d'une direction juridique des conduites souple et non sanctionnable en tant que telle. Aussi paradoxale que soit cette formule, elle traduit le fait que les destinataires de ces actes vont se conformer à leurs prescriptions pour, selon l'article 10 du Traité, faciliter à la Communauté l'accomplissement de sa mission.

⁴¹⁸ En ce sens : Lefevre S., *Les actes communautaires atypiques*, coll. travaux du CERIC, Bruylant, 2006, p. 117.

⁴¹⁹ Le terme de « *soft law* » communautaire est utilisé par le Parlement européen dans son Rapport du 28 juin 2006 sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants, Final A6-0259/2007, notamment pour éviter son expansion.

⁴²⁰ L'article 249 du Traité dispose que : « Pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au présent traité, le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis. (...) Les recommandations et les avis ne lient pas. ». Plus spécifiquement, le Traité prévoit en son article 211 que « En vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission : (...) formule des recommandations ou des avis sur les matières qui font l'objet du présent traité, si celui-ci le prévoit expressément ou si elle l'estime nécessaire, (...) ».

⁴²¹ En ce sens, Simon D., *Le système juridique communautaire*, PUF, 2^{ème} édition, 1998, n° 270 ; Voir aussi : Lefevre S., *Les actes communautaires atypiques*, précité.

⁴²² Il en est ainsi dans le domaine des communications électroniques puisque la directive 2002/21 (précitée) dans son article 15, alinéas 1, 2 et 3, dispose que : « 1. Après consultation publique et consultation des autorités réglementaires nationales, la Commission adopte une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services (ci-après dénommée "la recommandation"). La recommandation recense, conformément à l'annexe I, 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 directives particulières, sans préjudice des marchés qui peuvent être définis dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence. (...) 2. La Commission publie au plus tard à la date d'entrée en vigueur de la présente directive des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché (ci-après dénommées "lignes directrices") qui sont conformes aux principes du droit de la concurrence. 3. Les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour la définition des marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques pertinents sur leur territoire, conformément aux principes du droit de la concurrence. (...) ».

⁴²³ En ce sens, Morand C.-A. : « Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire », *C.D.E.*, 1970, p. 626.

⁴²⁴ Simon D., *Le système juridique communautaire*, précité, n° 270.

⁴²⁵ Article 249 Traité CE.

⁴²⁶ En ce sens : Lefevre S., *Les actes communautaires atypiques*, précité, p. 118.

La Cour de justice semble aussi adhérer à cette conception large de la notion d'effet de droit. Interrogée par le biais d'une question préjudicielle sur l'éventuel effet direct d'une recommandation, elle y répond par la négative tout en affirmant que celle-ci était dépourvue de caractère contraignant mais n'était pas sans effet juridique. Ainsi, « les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation des dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en oeuvre ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant »⁴²⁷. Les juridictions nationales se font le relais de cette appréciation. Le Conseil d'Etat, par exemple, vise et apprécie l'activité des régulateurs indépendants à la lumière de ces instruments⁴²⁸.

Deux types d'actes sont prévus par les directives relatives aux communications électroniques. Il s'agit principalement de recommandations et de lignes directrices (qui sont considérées par la doctrine comme des communications au sens général du terme⁴²⁹). En effet, la directive « cadre » prévoit que la Commission adopte une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services⁴³⁰ et publie des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché⁴³¹. Ces instruments, sans être formellement contraignants, impliquent tout de même que les autorités de régulation indépendantes agissent en se conformant à leurs prescriptions pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le droit dérivé

⁴²⁷ C.J.C.E., 13 décembre 1989, *Grimaldi c/ Fonds des maladies professionnelles*, aff. C-322/88, concl. Mischo J., 10 octobre 1989, Rec., p. I-4407 ; Arnulf A., « *The Legal Status of Recommendations* », *E.L.R.*, 1990, p. 318 ; Simon D., *J.D.I.*, 1990, p. 459.

⁴²⁸ Dans la jurisprudence *Société UPC France*, le Conseil d'Etat vise et cite les lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, (J.O.C.E., n° C 165, du 11 juillet 2002, p. 6), CE, 29 décembre 2006, *Société UPC France*, précité. Le Conseil d'Etat est d'ailleurs familier de ce type d'actes puisqu'il a lui-même consacré la reconnaissance d'un pouvoir d'orientation par lequel une autorité fixe des règles devant guider son action : CE, Sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, n° 78880, Rec. p. 750, concl. Bertrand L., Rec. p. 750 ; Fromont M., *J.C.P. G.*, 1972 II 17232 ; Loschak D., *D.*, 1971, p. 673 ; Waline M., *R.D.P.*, 1971, p. 1224.

⁴²⁹ En ce sens, Lefevre S., *Les actes communautaires atypiques*, précité, p. 284.

⁴³⁰ Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2001/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.U.E. n° L 114, du 8 mai 2003, p. 45). Cette recommandation renvoie aussi à d'autres instruments incitatifs comme la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (J.O.C.E., n° C 372, du 9 décembre 1997, p. 5). Enfin, une autre recommandation vient aussi préciser la procédure de l'article 7 de la directive « cadre » : recommandation de la Commission, du 23 juillet 2003, concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.C.E., n° L 190, du 30 juillet 2003, p. 13).

⁴³¹ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, (J.O.C.E., n° C 165, du 11 juillet 2002, p. 6) ; Europe, octobre 2002, n° 350, p. 27.

prévoit que les A.R.N. « tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour la définition des marchés pertinents »⁴³², ce qui se traduit dans les transpositions respectives des Etats membres⁴³³ et rejoint la logique du principe de coopération loyale inscrit à l'article 10 du Traité⁴³⁴. Ensuite, ces instruments ont été élaborés suite à une consultation publique des autorités de régulation. Dès lors, en supposant l'adhésion préalable des destinataires indirects de la recommandation et des lignes directrices, la Commission tend à garantir leur respect. Enfin, certaines communications de la Commission, comme les lignes directrices⁴³⁵, ont ceci de particulier qu'elles ne se limitent pas, à la différence des recommandations, à solliciter un comportement de la part de l'Etat membre. Au contraire, ce type de communication, « explicite directement la ligne de conduite qu'elle [la Commission] entend suivre dans l'exercice de la liberté de choix qui lui est reconnue par la norme de base »⁴³⁶. Cet acte juridique suppose donc l'existence d'un pouvoir individuel de décision. Ainsi, la Commission transmet aux Etats membres, qui en sont les destinataires, la ligne de conduite qu'elle entend suivre dans la mise en oeuvre de son pouvoir décisionnel. Cependant, dans le cas où la décision porte sur l'acceptation ou non d'un projet de mesure, les lignes directrices, en décrivant les critères et instruments que la Commission entend utiliser, incitent aussi les autorités des Etats membres à s'y conformer, sous peine de censure. En témoignent les lignes directrices de la Commission sur l'analyse de marché et l'évaluation de la puissance sur le marché qui stipulent qu'elles « ont pour but de guider les A.R.N. dans l'exercice de leurs nouvelles responsabilités »⁴³⁷, suivi de : « les A.R.N devraient absolument tenir compte de ces lignes directrices. La Commission attachera beaucoup d'importance à cet aspect lorsqu'elle évaluera la proportionnalité et la légalité des décisions prises par les A.R.N. »⁴³⁸. Dès lors, si les autorités de régulation ne tiennent pas compte de cet

⁴³² Article 15 alinéa 3 de 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

⁴³³ Voir par exemple les articles D 301 et D 302 du C.P.C.E.

⁴³⁴ Silvère Lefevre relève ainsi la thèse qui considère que les instruments autolimitatifs de la Commission, comme certaines lignes directrices, doivent être pris en considération par les autorités nationales au regard du principe de coopération loyale, in Lefevre S., *Les actes communautaires atypiques*, précité, p. 331.

⁴³⁵ D'autres types de communications existent, comme : les communications de la Commission au Conseil qui s'inscrivent dans le dialogue législatif entre les deux institutions et sont considérées comme des actes préparatoires aux futurs actes obligatoires du Conseil ; les communications relatives à l'information des particuliers et notamment des agents économiques ; en ce sens, Tournepeche A.-M. : « Les communications : instruments privilégiés de l'action administrative de la Commission européenne », *R.M.C.U.E.*, n° 454, janvier 2002, p. 56. Voir aussi : Melchior M. : « Les communications de la Commission, contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités », in *La construction européenne*, Mélanges Fernand Dehousse, éd. Labor, Bruxelles, 1979, p. 243.

⁴³⁶ Lefevre S., *Les actes communautaires atypiques*, précité, p. 284.

⁴³⁷ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché, précitées, pt. 6.

⁴³⁸ Ibid., pt. 7.

acte juridique, elles s'exposent selon le cas à une décision de la Commission leur imposant de retirer le projet de mesure ou interdisant la mesure.

L'intensité du caractère incitatif de la « *soft law* » communautaire est donc considérablement amplifiée par son pouvoir de veto. Il convient donc, pour apprécier l'efficacité et la précision avec laquelle la Commission coordonne une partie de l'activité des régulateurs indépendants, d'évoquer la recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services puis les lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché.

B La recommandation sur les marchés pertinents

Le premier outil incitatif utilisé par la Commission pour encadrer l'activité des régulateurs indépendants est donc la recommandation. En effet, conformément à l'article 15 de la directive cadre, après consultation publique et consultation des autorités réglementaires nationales, la Commission adopte une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services qu'elle réexamine périodiquement⁴³⁹. Cet instrument recense, en accord avec les principes du droit de la concurrence, 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 directives particulières. La recommandation ne porte pas préjudice aux marchés qui peuvent être définis dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence et s'inscrit d'ailleurs dans l'objectif général de réduire progressivement la réglementation sectorielle *ex ante* au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché⁴⁴⁰.

La recommandation édictée dans cette optique indique les trois critères cumulatifs que la Commission vérifie pour identifier les marchés conformément aux principes du droit de la concurrence⁴⁴¹. Le premier réside dans la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée sur le marché, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire. Le second tend à inclure uniquement les marchés dont la structure ne présente pas d'évolution

⁴³⁹ Voir la nouvelle recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.U.E., n° L 344, du 28 décembre 2007, p. 65). Elle n'est pas évoquée ici dans la mesure où, jusqu'aux prochaines séries de notification, les ARI suivent encore l'ancienne recommandation.

⁴⁴⁰ Considérant n° 2, recommandation de la Commission du 11 février 2003, précitée.

⁴⁴¹ *Ibid.*, considérant n° 9.

vers une situation de concurrence effective et le dernier réside dans l'incapacité du droit *antitrust* à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché. En fonction de ces critères dix-huit marchés pertinents, divisés en deux catégories, les marchés de détail (marchés de services et produits fournis aux utilisateurs finals) et de gros (marchés de l'accès pour les opérateurs aux installations nécessaires à la fourniture de ces services et produits aux utilisateurs finals), ont été recensés dans l'annexe⁴⁴².

Sur la base générale du recensement effectué par la Commission, les autorités de régulation nationales sont tenues de définir les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques pertinents sur leur territoire⁴⁴³. Dans cette optique, les A.R.N. doivent, dans certains cas, déterminer les limites précises séparant les divers marchés recensés dans la recommandation ou désigner les éléments dont ils se composent⁴⁴⁴.

Une certaine marge de manoeuvre est quand même laissée aux autorités de régulation indépendantes, eu égard aux circonstances nationales particulières. En effet, les A.R.N. peuvent définir des marchés qui diffèrent de ceux figurant dans la recommandation édictée par la Commission en adoptant la démarche fixée par la procédure de l'article 7 de la directive cadre. Cependant, pour ce faire, les A.R.N. doivent, comme la Commission, suivre les critères d'évaluation fixés dans la recommandation. Elles doivent aussi s'inspirer des principes énoncés dans la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence⁴⁴⁵ et se conformer aux lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché⁴⁴⁶. Dès lors, si les A.R.N., préalablement consultées sur la recommandation de la Commission, veulent se détacher de celle-ci pour imposer une réglementation *ex ante* sur un marché non recensé, leur action reste guidée à la fois par les trois instruments incitatifs précités et soumise à la procédure de l'article 7 de la directive cadre. Le système d'encadrement préalable et d'approbation

⁴⁴² Annexe de la recommandation de la Commission du 11 février 2003, précitée. Voir aussi la nouvelle recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.U.E., n° L 344, du 28 décembre 2007, p. 65). Celle-ci fait passer le nombre de marchés pertinents de 18 à 7.

⁴⁴³ Article 15 alinéa 3 de 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

⁴⁴⁴ Considérant n° 19 de la recommandation de la Commission du 11 février 2003, précitée.

⁴⁴⁵ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (J.O.C.E., n° C 372, du 9 décembre 1997, p. 5).

⁴⁴⁶ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché, précitées.

postérieure mis en oeuvre par le droit communautaire est, par conséquent, d'une indubitable efficacité pour assurer la coordination de l'action des régulateurs dans un champ prédéterminé. La Commission a complété cet encadrement par l'édition de lignes directrices portant cette fois sur l'analyse globale des marchés recensés.

C Les lignes directrices sur l'analyse du marché et la détermination de la puissance des opérateurs

Pour compléter l'accompagnement des A.R.N. dans la détermination des marchés susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*, la Commission, conformément à l'article 15 alinéa 2 de la directive cadre, a édicté des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance des opérateurs sur ceux-ci⁴⁴⁷. Ces lignes directrices énoncent les principes sur lesquels les A.R.N. doivent fonder leur analyse des marchés et de la concurrence effective. Elles traitent globalement de la définition du marché, de l'évaluation de la puissance sur le marché, de la désignation des entreprises puissantes ainsi que des questions de procédure en rapport avec ces thèmes.

Les lignes directrices précisent donc en premier lieu les critères de définition des marchés pertinents qui sont, d'une part, les possibilités de substitution du côté de la demande et, d'autre part, les possibilités de substitution du côté de l'offre. Pour établir l'existence d'une telle substituabilité, les A.R.N. devraient suivre une méthode dite du « test du monopoleur hypothétique » dont la teneur est expliquée en détail⁴⁴⁸. Une fois le marché pertinent de produits défini, l'étape suivante consiste à déterminer la dimension géographique de celui-ci. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice⁴⁴⁹, la dimension géographique d'un marché est entendue comme « le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans la fourniture ou la demande de produits ou services pertinents, où elles sont exposées à des conditions de concurrence similaires ou suffisamment homogènes et qui se distingue des territoires voisins sur lesquels les conditions de concurrence sont sensiblement différentes »⁴⁵⁰. Les critères traditionnels pour déterminer la dimension géographique du marché pertinent dans le domaine des communications électroniques sont

⁴⁴⁷ *Ibid.* ; *Europe*, octobre 2002, n° 350, p. 27.

⁴⁴⁸ Points 40 et suivants des lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché, précitées.

⁴⁴⁹ Cf. pt. 44 de C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continental BV c/ Commission*, aff. C-27/76, concl. M. Mayras, 8 novembre 1977, Rec., p. I-207 ; Christoyannopoulos A., *C.D.E.*, 1978, p. 617 ; Delannay Ph., *R.T.D.E.*, 1978, p. 294.

⁴⁵⁰ Point 56 des lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché, précitées.

ensuite indiqués. Il s'agit, selon les lignes directrices, du territoire couvert par un réseau et de l'existence d'instruments juridiques, législatifs et réglementaires, comme par exemple l'obtention d'une licence qui circonscrit, *de facto*, la portée géographique du marché.

Les lignes directrices, en s'appuyant sur la jurisprudence communautaire et la pratique décisionnelle de la Commission⁴⁵¹, indiquent aussi la marche à suivre pour évaluer la puissance des opérateurs sur le marché. Si le cadre réglementaire a aligné la définition de la puissance sur le marché sur celle de la position dominante, la Commission précise cependant que certaines adaptations méthodologiques doivent être réalisées. En effet, la détermination par les autorités sectorielles s'effectue *ex ante* et leur analyse ne peut s'appuyer que sur un ensemble d'hypothèses et d'anticipations qui diffère de la pratique des autorités de la concurrence lorsqu'elles appliquent l'article 82 du traité en cas d'abus présumé. En ce sens, la Commission fixe un certain nombre de critères qui pourraient être utilisés par les A.R.N. pour déterminer si une entreprise (ou plusieurs s'il s'agit d'une position dominante conjointe) peut se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs⁴⁵².

Enfin, les lignes directrices donnent certaines indications sur les mesures à prendre à la suite de l'analyse des marchés⁴⁵³. Ces mesures concernent l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression, suivant les cas, d'obligations réglementaires spécifiques à des entreprises désignées comme puissantes sur le marché⁴⁵⁴. Elles sont obligatoirement imposées si le marché n'est pas concurrentiel. Dès lors, le fait de désigner une entreprise comme étant puissante sur un marché donné sans lui imposer les obligations réglementaires correspondantes n'est pas conforme aux dispositions des directives. En revanche, si une A.R.N. constate qu'un marché pertinent est soumis à une concurrence effective, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune entreprise en position dominante individuelle ou conjointe, elle n'est pas

⁴⁵¹ *Ibid.*, points 89 et s., 95 et s.

⁴⁵² Points 78 et s., 86 et s. des lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché, précitées.

⁴⁵³ *Ibid.*, points 107 et s.

⁴⁵⁴ Les obligations réglementaires de la directive « accès » sont la transparence, la non-discrimination, la séparation comptable, l'accès à des ressources de réseaux spécifiques et leur utilisation ainsi que le contrôle des prix et le système de comptabilisation des coûts, articles 9 à 13 de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002 p. 7). Pour les obligations de la directive « service universel », il s'agit de l'exercice de contrôles réglementaires sur les services de détail, la disponibilité d'un ensemble minimal de lignes louées, la sélection et la présélection d'un opérateur, articles 17 à 19 de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002 p. 51).

autorisée à imposer des obligations aux opérateurs. Le droit *antitrust* devrait, dans ce cas, suffire à garantir le maintien d'une concurrence effective.

Il résulte de l'étude des lignes directrices édictées par la Commission qu'elles servent à rappeler aux ARI le cadre réglementaire en vigueur. Elles fournissent aussi les critères d'appréciation et méthodes d'évaluation qui devraient être utilisés par l'ensemble des régulateurs indépendants des Etats membres pour analyser les marchés des communications électroniques. En ce sens, elles sont un instrument efficace de coordination de l'action des ARI puisque, contrairement aux directives, elles ne déterminent pas principalement l'objectif à atteindre mais plutôt les moyens qu'il serait plus que souhaitable d'utiliser pour arriver à un résultat relativement homogène devant la Commission. Cette dernière, notamment par le biais de son pouvoir de veto sur les analyses et mesures proposées par les ARI, garantit à la fois le respect des lignes directrices mais donne aussi une certaine cohérence à l'ensemble de l'action des ARI.

§3 Le pouvoir de décision de la Commission

Les textes relatifs aux secteurs de l'énergie et des communications électroniques, conformément aux articles 202 et 211 du Traité C.E., ont confié un pouvoir de décision individuelle à la Commission européenne sur certaines mesures et projets de mesures susceptibles d'être adoptés par les autorités de régulation nationales. Celle-ci peut donc, après avoir consulté le comité correspondant, opposer son veto ou demander des modifications sur certaines mesures, ou projets de mesures, envisagés par les régulateurs nationaux. Cette possibilité de contrainte démontre par conséquent l'ébauche d'un réseau supervisé par la Commission en tant que « gardienne des Traités ». En effet, il apparaît que le pouvoir de veto de la Commission (A) est relativement confiné dans le secteur énergétique aux dérogations accordées par les autorités nationales aux textes en vigueur et dans celui des communications électroniques aux mesures susceptibles d'affecter les échanges entre Etats membres. La pratique institutionnelle et contentieuse (B) révèle, en outre, que le pouvoir de veto de la Commission n'est que très rarement utilisé et que ses décisions n'ont jusqu'à présent pas été contestées par les autorités de régulation nationales.

A Le pouvoir de veto de la Commission

Les procédures susceptibles d'aboutir à une décision de la Commission sont classiquement organisées sous la forme d'une notification préalable, par les autorités de régulation nationales. Cependant, elles intègrent aussi une obligation de consultation des autres autorités de régulation nationales ainsi que plusieurs phases de discussion entre la Commission et l'autorité concernée. Elles sont donc placées sous le signe de la concertation réciproque à la fois horizontale (entre A.R.N.) et verticale (entre l'A.R.N. et la Commission), ce qui traduit une forme de mise en réseau des acteurs institutionnels, qu'ils soient communautaires ou nationaux. Cependant, il n'en reste pas moins que ces procédures peuvent aboutir à une décision de la Commission interdisant ou demandant une modification de la mesure ou du projet de mesure envisagé. Dès lors, le pouvoir de veto de la Commission traduit encore plus que les procédures informationnelles ou incitatives sa place au sommet du réseau ponctuel, dans la mesure où elle supervise une partie de l'activité des ARI.

1 La notification des projets de mesure

Afin de garantir que les décisions prises à l'échelon national n'aient pas d'effet néfaste sur le marché unique ou sur les objectifs poursuivis par le cadre réglementaire des communications électroniques et de l'énergie, les autorités de régulation nationales sont tenues de notifier un certain nombre de mesures à la Commission dans l'optique d'obtenir de celle-ci des observations, une autorisation ou parfois une décision imposant leur retrait.

D'une part, dans le secteur énergétique, l'article 7 du règlement relatif aux conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité⁴⁵⁵ ainsi que l'article 22 de la directive concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel⁴⁵⁶ prévoient une procédure de notification de certaines mesures. En effet, lorsque de nouvelles

⁴⁵⁵ Règlement n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 1).

⁴⁵⁶ Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 57). A noter que l'article 27 de la directive prévoit une autre procédure de notification pour les dérogations aux engagements « *take or pay* », mais l'autorité en charge de la notification est désignée par « l'autorité compétente » et non comme l'A.R.N., ce qui fait donc dépendre cette procédure des droits nationaux.

interconnexions sont établies⁴⁵⁷, celles-ci peuvent bénéficier de dérogations aux règles en vigueur dans la mesure où l'investissement renforce la concurrence et que celui-ci serait trop risqué, ou ne se réaliserait pas si les règles communes lui étaient appliquées. Dans ce cas, une décision de dérogation peut être prise mais les A.R.N.⁴⁵⁸ sont tenues de la notifier sans retard à la Commission en y joignant les informations utiles, notamment le résultat de la consultation des autres A.R.N.

D'autre part, dans le secteur des communications électroniques, deux types de projets de mesure doivent être notifiés à la Commission⁴⁵⁹, avant leur adoption par les autorités de régulation nationales, s'ils sont susceptibles d'avoir des incidences sur les échanges entre les Etats membres.

Il s'agit en premier lieu des projets de mesure énoncés à l'article 7 paragraphe 3 de la directive « cadre ». Celui-ci prévoit en effet, conformément aux articles 15 et 16 du même texte, une notification pour tout projet de mesure relatif à la définition des marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales (qu'ils diffèrent ou non de ceux figurant dans la recommandation de la Commission du 11 février 2003). Il en est de même pour l'analyse des marchés pertinents et l'identification des entreprises puissantes sur ce marché (en tenant le plus grand compte des lignes directrices de la Commission publiées le 11 juillet 2002). D'autres projets de mesure doivent être notifiés sur le fondement des directives « accès » et « service universel ». Il s'agit, selon l'article 5 de la première, des obligations imposées aux entreprises qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals y compris l'obligation d'assurer l'interconnexion de leurs réseaux là où elle n'est pas encore réalisée. Le même sort est réservé aux obligations imposées par les A.R.N. aux opérateurs dans l'optique de fournir l'accès à certaines ressources. L'article 8 de la directive « accès » prévoit aussi que les régulateurs indépendants doivent être en mesure de prendre une décision visant à imposer, maintenir, modifier ou supprimer un certain nombre d'obligations énumérées aux articles 9 à 13 du même texte⁴⁶⁰. L'ensemble de ces mesures, tout comme celles prévues par l'article 16 de la directive « service universel », doit faire l'objet d'une notification. L'article 16 de la directive « service universel » concerne l'imposition et le réexamen périodique d'un ensemble

⁴⁵⁷ Pour le secteur gazier il s'agit de « nouvelles grandes infrastructures », c'est-à-dire les interconnexions entre Etats membres, les installations de GNL ou de stockage, selon l'article 22 de la directive 2003/55/CE, précitée.

⁴⁵⁸ Les A.R.N. ou les autorités compétentes des Etats membres suivant la répartition des compétences décidée en droit national.

⁴⁵⁹ Les projets de mesure sont aussi communiqués aux autres A.R.N., sur ce point voir *supra* p. 637 et s.

⁴⁶⁰ Il s'agit d'obligations de transparence, de non-discrimination, de séparation comptable, d'accès et d'utilisation de ressources de réseau spécifiques, de contrôle des prix tout comme certaines obligations relatives au système de comptabilisation des coûts.

d'obligations relatives à la tarification de détail pour la fourniture d'un accès au réseau téléphonique public et son utilisation, à la sélection ou à la présélection des opérateurs ainsi qu'aux lignes louées.

En second lieu, un autre type de projet de mesure doit être notifié à la Commission. Il a trait aux obligations visées à l'article 8 paragraphe 3 second alinéa de la directive « accès ». Celui-ci précise que, dans des circonstances exceptionnelles, une A.R.N. peut imposer aux opérateurs qui disposent d'une puissance significative sur le marché des obligations en matière d'accès ou d'interconnexion autres que celles prévues aux articles 9 à 13 du même texte, évoquées plus haut. Dans ce cas, le régulateur indépendant soumet une demande à la Commission qui prend une décision donnant l'autorisation ou interdisant la mise en oeuvre de cette mesure.

Pour encadrer la communication des mesures relatives au domaine des communications électroniques, la Commission a édicté une recommandation concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive « cadre »⁴⁶¹. Elle précise en premier lieu qu'il peut y avoir, sur demande d'une A.R.N., une phase préliminaire au cours de laquelle la Commission et les régulateurs indépendants discutent des projets de mesure⁴⁶². Par la concertation, la Commission fournit donc une occasion d'éviter de présenter des mesures qui pourraient faire obstacle au marché unique ou être présumées incompatibles avec le droit communautaire. Outre les délais, moyens de transmission et de publication des notifications, la recommandation indique aussi de manière détaillée l'ensemble du contenu minimum de celles-ci. La Commission se réserve le droit de demander, le cas échéant, un complément d'information ou des précisions à l'A.R.N. concernée. Vient ensuite la phase de l'appréciation, de la part de la Commission, des projets de mesure envoyés par chaque autorité de régulation indépendante.

2 L'appréciation de la Commission

Dans le secteur des communications électroniques, une fois les projets de mesure notifiés à la Commission ainsi qu'aux autres régulateurs indépendants des Etats membres,

⁴⁶¹ Recommandation de la Commission, du 23 juillet 2003, concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.C.E., n° L 190, du 30 juillet 2003, p. 13).

⁴⁶² *Ibid.*, point 18.

l'ensemble de ces acteurs institutionnels peuvent émettre des observations sur le projet. La Commission nomme un groupe *ad hoc*, composé de fonctionnaires de la direction générale de la concurrence et de la direction générale société de l'information et médias, qui analyse la notification en son nom⁴⁶³. En fonction du projet de mesure notifié, les procédures sont différentes.

S'il s'agit d'une définition d'un marché pertinent inclu dans la recommandation du 11 février 2003, l'autorité de régulation nationale peut adopter son projet final en tenant le plus grand compte des observations émises à la fois par la Commission et par les autres autorités de régulation. L'A.R.N. doit d'ailleurs se justifier sur ce dernier point en informant la Commission et ses homologues concernés de la manière dont elle a pris en compte leurs observations⁴⁶⁴.

Par contre, si le projet de mesure concerne un marché pertinent différent de ceux qui ont été délimités dans la recommandation de la Commission ou la désignation (ou non) d'une entreprise comme disposant, individuellement ou conjointement avec d'autres, d'une puissance significative sur le marché, les pouvoirs de l'instance communautaire sont plus contraignants. Le cas échéant, en appréciant les observations des autres autorités de régulation indépendantes, la Commission peut soit valider le projet de mesure soit estimer qu'il fera obstacle au marché unique ou qu'elle a « de graves doutes quant à sa compatibilité avec le droit communautaire »⁴⁶⁵ et en particulier avec les objectifs de la directive « cadre » fixés dans son article 8⁴⁶⁶.

Si le projet de mesure est validé, il peut donc être adopté par l'autorité de régulation nationale en tenant compte des observations émises. En cas de doutes émis par la Commission, un délai de deux mois est fixé avant lequel l'A.R.N. ne pourra pas adopter de décision. Pendant ce délai (deuxième phase de l'enquête), la Commission a la possibilité de revenir sur ses griefs ou de demander le retrait ou la modification du projet de mesure. L'autorité de régulation, quant à elle, peut à tout moment de la procédure décider de retirer son projet de mesure ou, au regard de la décision de la Commission, le modifier. Dans ces

⁴⁶³ *EU Telecoms, the article 7 procedure, the role of the Commission and the impact of the EU Telecoms reform*, 13 novembre 2007, MEMO/07/457.

⁴⁶⁴ Point 17, recommandation de la Commission, du 23 juillet 2003, précitée.

⁴⁶⁵ Article 7 alinéa 4, b) de la directive 2002/21/CE, précitée.

⁴⁶⁶ Les objectifs fixés par l'article 8 de la directive « cadre » sont globalement : la promotion de la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés ; la contribution au développement du marché intérieur ; le soutien des intérêts des citoyens de l'Union européenne, article 8 de la directive 2002/21/CE, précitée.

circonstances, la procédure de l'article 7 pourra être réinitialisée avec un projet de mesure modifié ou rénové.

Lorsqu'il s'agit d'un projet de mesure qui vise à imposer aux opérateurs qui disposent d'une puissance significative sur un marché des obligations en matière d'accès ou d'interconnexion autres que celles qui sont énoncées aux articles 9 à 13 de la directive « accès », la demande est soumise à la Commission. Celle-ci prend une décision donnant l'autorisation ou interdisant à l'A.R.N. de prendre ces mesures.

Enfin, quelle que soit la mesure envisagée, il existe une procédure d'urgence dérogeant aux prescriptions de l'article 7 alinéas 3 et 4 de la directive « cadre ». Si une A.R.N. considère qu'il est urgent d'agir afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs, elle peut adopter immédiatement des mesures proportionnées qui ne sont applicables que pour une période limitée⁴⁶⁷. Ces mesures sont communiquées à la Commission et aux autres autorités de régulation. Sans précision aucune sur la durée pendant laquelle ces mesures d'urgence sont appliquées, la directive dispose seulement que dans le cas où l'A.R.N. décide de rendre ces mesures permanentes ou de prolonger la période pendant laquelle elles sont applicables, la procédure de l'article 7 alinéas 3 et 4 devient de rigueur.

Dans le secteur énergétique, la Commission peut, dans un délai de deux mois à compter de la réception d'une notification, demander à l'autorité de régulation ou à l'Etat membre concerné de modifier ou d'annuler sa décision d'accorder une dérogation⁴⁶⁸. Si les instances nationales ne se conforment pas à cette demande dans un délai de quatre semaines, une décision définitive est prise.

Pour finir, l'ensemble des décisions de la Commission, qu'il s'agisse du secteur de l'électricité, du gaz ou des communications électroniques, sont soumises à la procédure de la « comitologie ». En effet, caractéristique même de l'administration directe dans l'exécution du droit communautaire⁴⁶⁹, les textes prévoient la création d'un comité dans chacun des trois domaines⁴⁷⁰ qui participe à la procédure mise en oeuvre devant la Commission dans le cadre

⁴⁶⁷ Article 7 alinéa 6 de la directive 2002/21/CE, précitée.

⁴⁶⁸ Article 7 du règlement n° 1228/2003, précité ; article 22 de la directive 2003/55/CE, précitée.

⁴⁶⁹ En ce sens, Caunes K. : « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image... Retour vers le futur de la comitologie », *R.T.D.E.*, 43 (2), avril-juin 2007, p. 299.

⁴⁷⁰ Respectivement, article 13 du règlement n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 1) ; article 30 de la directive 2003/55/CE, précitée ; article 22 de la directive 2002/21/CE, précitée, qui crée le « comité des communications ».

des compétences d'exécution qui lui ont été conférées. Ces comités sont l'émanation de la participation, voire du contrôle, des Etats membres, par le biais de représentants de leurs administrations nationales⁴⁷¹, dans le processus exécutif dont la Commission peut être chargée conformément à l'article 202 du Traité C.E.⁴⁷². Toutefois, la procédure choisie par le législateur communautaire ne devrait théoriquement pas avoir comme conséquence de réintégrer les représentants des administrations nationales dans le processus de décision par le biais d'une quelconque contrainte. En effet, les textes font référence à la procédure consultative de la décision 1999/468⁴⁷³ qui n'implique qu'un avis non contraignant de la part des comités. Cependant, la décision en cause précise tout de même que la Commission tient le plus grand compte de l'avis émis par le comité et informe celui-ci de la façon dont elle a tenu compte de cet avis⁴⁷⁴. Par conséquent, l'influence des représentants des Etats membres dans le processus décisionnel visant à approuver, modifier ou interdire une mesure présentée par une autorité de régulation nationale dépend du rapport de forces s'instaurant entre les comités et la Commission⁴⁷⁵.

En tout état de cause, la procédure de l'article 7 de la directive « cadre », tout comme les notifications et décisions de la Commission dans le secteur énergétique, traduisent l'ébauche d'un réseau supervisé par la Commission dans la mesure où elle dispose, outre son pouvoir de décision individuelle, d'une certaine maîtrise de l'action des ARI et d'une vision globale de l'état des marchés nationaux de certains services publics organisés en réseaux.

⁴⁷¹ Conformément à l'article 3 de la décision, les comités sont composés par « des représentants des Etats membres et présidés par le représentant de la Commission », décision du Conseil, du 28 juin 1999, fixant les modalités des compétences d'exécution conférées à la Commission (J.O.C.E., n° L 184, du 17 juillet 1999, p. 23), modifiée par la décision du Conseil, du 17 juillet 2006 (J.O.C.E., n° L 200, du 22 juillet 2006, p. 11). Il faut cependant noter qu'en France, l'ARCEP assure la représentation des autorités françaises au sein du COCOM au côté de la Direction générale des entreprises du ministère de l'industrie ; sur ce point, voir ARCEP, rapport annuel 2006, p. 103.

⁴⁷² Article 202 du T.C.E. : « En vue d'assurer la réalisation des objectifs fixés par le présent traité et dans les conditions prévues par celui-ci, le Conseil : (...) confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit (...) ». Sur la comitologie, voir : Jacqué J.-P. : « L'éternel retour. Réflexion sur la comitologie », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, éd. de l'Université Libre de Bruxelles, vol. 1, 2003, p. 211 ; sur les mesures d'exécution confiées à la Commission, Blumann C. : « Actes législatifs et mesures d'exécution dans le projet de Constitution pour l'Europe », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Pedone, 2004, p. 249 ; Masson A. : « La hiérarchie des normes de droit dérivé dans le projet de traité modificatif : vers la fin de la confusion ? », *Europe*, janvier 2008, p. 4.

⁴⁷³ Décision du Conseil, du 28 juin 1999, modifiée par la décision du Conseil, du 17 juillet 2006, précitées, (l'article 3 prévoyant la procédure de consultation n'a pas été modifié).

⁴⁷⁴ Article 3 de la décision du Conseil, du 28 juin 1999, modifiée par la décision du Conseil, du 17 juillet, précitées.

⁴⁷⁵ Sur ce point, voir Caunes K. : « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image... Retour vers le futur de la comitologie », précité, p. 297 et s. ; plus spécifiquement dans le secteur des communications électroniques, Quadra-Saludo T., del Castillo F., dir., *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, Cuadernos de derecho judicial, 2003, p. 38.

B La pratique institutionnelle et contentieuse

Après avoir envisagé une analyse normative de la procédure de notification puis de décision de la Commission sur les mesures proposées par les autorités de régulation indépendantes, il convient de mener une analyse plus pratique qui démontre que la Commission, si elle demande souvent des modifications, n'a que très rarement l'occasion de s'opposer à une mesure de manière définitive. Ceci témoigne, d'une part, de la coopération active des ARI et, d'autre part, de leur apprentissage rapide de la collaboration avec l'instance communautaire. Cependant, le fait que les rapports entre les autorités de régulation et la Commission soient, pour l'instant, consensuels, n'empêche pas d'envisager de possibles recours pour résoudre les hypothèses contentieuses pouvant survenir.

1 L'adaptation des autorités de régulation

Dans le secteur énergétique, seules deux notifications ont été réalisées sur le fondement de l'article 7 du règlement relatif aux conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et douze dans le cadre de la directive concernant le marché intérieur du gaz. En outre, la rareté des notifications, qui témoigne du retard européen dans la construction d'interconnexions entre les marchés européens⁴⁷⁶, révèle que les ARI ne sont pas souvent compétentes pour prendre en charge ces dossiers⁴⁷⁷. En effet, dans le secteur électrique, ces notifications portaient sur des dérogations demandées pour, d'une part, une interconnexion entre l'Estonie (représentée par le Ministre des affaires économiques et des communications) et la Finlande (représentée par son autorité de régulation subordonnée au Ministère du commerce et de l'industrie, « *Energiamarkkinavirasto* ») en 2005, et d'autre part, une interconnexion entre les Pays-Bas (représentés par le Ministre des affaires économiques hollandais) et le Royaume-Uni (représenté par OFGEM) en 2007. Dans cette dernière affaire, la Commission a autorisé les mesures de dérogation en imposant quand même aux deux autorités nationales des modifications par l'insertion, dans leurs décisions respectives, de certaines conditions supplémentaires⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ La Commission européenne souligne fréquemment le manque de capacités d'interconnexions entre les Etats membres qui freine le développement d'un marché intérieur de l'électricité, par exemple : Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 10 janvier 2007, perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM (2006) 841 final, pt. 2.5.1.

⁴⁷⁷ Sur les douze notifications reçues par la Commission dans le secteur gazier, quatre concernaient le Royaume-Uni (présentées par l'OFGEM), et deux l'Italie (présentées par le Ministre des activités de production).

⁴⁷⁸ Lettre d'Andris Piebalgs, membre de la Commission européenne, du 18 octobre 2007, CAB D (2007) 1258.

Contrairement au secteur énergétique, plus de sept cents notifications de mesures ont été réalisées par les ARI des Etats membres sur le fondement de l'article 7 de la directive cadre⁴⁷⁹, ce qui caractérise la place prépondérante de la Commission dans le processus de régulation des communications électroniques⁴⁸⁰. Parmi ces notifications, seulement trente et un cas ont abouti à un abandon volontaire par décision d'une autorité de régulation. Cinq veto ont été émis par la Commission européenne dont l'un concernait l'Allemagne⁴⁸¹.

Le 15 février 2005, l'ancien régulateur indépendant des communications électroniques, *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* (Reg.T.P.), a notifié un projet de mesure sur la définition des marchés pertinents et la désignation des opérateurs puissants sur le marché⁴⁸². Suite à une demande d'informations et de clarifications complémentaires, la Commission a signifié à Reg.T.P. qu'elle avait des doutes quant à la comptabilité des projets de mesures avec le droit communautaire par le biais d'une « lettre de doutes graves ». Le régulateur indépendant n'ayant jamais retiré volontairement le projet de mesure, la procédure s'est déroulée de manière classique avec des réunions et demandes de compléments d'informations. Après avoir consulté le Comité des Communications, la Commission a pris sa décision le 17 mai 2005⁴⁸³. Elle estime, entre autres, que Reg.T.P. n'a pas fourni suffisamment de preuves permettant de conclure à l'absence de puissance significative de marché de chaque opérateur de réseau alternatif. Elle motive sa décision en notant l'absence de justification pour certaines méthodes employées par Reg.T.P., le manque de preuve convaincante et l'absence d'analyse du pouvoir de marché des opérateurs les uns par rapport aux autres. Pour conclure, la Commission propose certaines modifications à apporter au projet de mesure et notamment une méthodologie conseillée à Reg.T.P. lors d'une nouvelle analyse des marchés. L'article 2 de la décision dispose que Reg.T.P. est tenu de retirer les projets de mesure.

⁴⁷⁹ Directive 2002/21/CE, précitée

⁴⁸⁰ Chiffre de novembre 2007, *EU Telecoms, the article 7 procedure, the role of the Commission and the impact of the EU Telecoms reform*, 13 novembre 2007, MEMO/07/457. Pour une évaluation de la mise en oeuvre de la procédure de l'article 7 jusqu'en février 2006, voir : communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 6 février 2006, sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire, COM (2006) 28 final.

⁴⁸¹ Il s'agit du cas notifié sous le numéro DE/2005/0144. Les autres concernaient la Pologne (PO/2006/518, 524), l'Autriche (AT/2004/0090), et la Finlande (FI/2004/0082 ; FI/2003/0024, 0027). Voir : Grewe D., Inotai A., Kramer S. : « *Two recent veto decisions under the new regulatory framework for electronic communications : The importance of competition law principles in market analysis* », *C.P.N.*, n° 1, printemps 2005, p. 49.

⁴⁸² Il s'agissait précisément d'une notification de RegTP concernant les marchés de la terminaison d'appel sur les réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée en Allemagne, selon la décision de la Commission, du 17 mai 2005, conformément à l'article 7 paragraphe 4 de la directive 2002/21/CE, C(2005) 1442 final, pt. 1.

⁴⁸³ Décision de la Commission, du 17 mai 2005, conformément à l'article 7 paragraphe 4 de la directive 2002/21/CE, C(2005) 1442 final.

Au regard de l'ensemble de la procédure de notification de mesures dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie, il convient d'évoquer les possibilités de recours à la disposition des autorités de régulation et de la Commission pour solutionner les divergences de vues. Les conflits entre ces deux instances sont évoqués sous la forme d'hypothèses contentieuses dans la mesure où, pour l'instant, aucun recours n'a été exercé par les régulateurs nationaux contre les décisions de la Commission. Cependant, il apparaît utile d'envisager cette option si jamais la situation venait à se produire. En sens inverse, la Commission, par le biais du recours en manquement, a eu l'occasion de rappeler à l'ordre certains Etats membres mais n'a jamais saisi la Cour de justice.

2 Les hypothèses contentieuses entre la Commission et les ARI

D'une part, grâce au recours prévu par les articles 226 à 228 du T.C.E., la Commission, dans sa fonction de gardienne du Traité, peut mettre en oeuvre la procédure de constatation d'un manquement (article 226 T.C.E.) avant de saisir la Cour de justice. En ce sens, elle a ouvert des procédures à l'encontre de onze Etats membres, dont l'Allemagne en 2006⁴⁸⁴, pour manquement à leur obligation de notification des analyses de marché dans le secteur des communications électroniques. La phase précontentieuse s'est terminée par un avis motivé de la Commission à l'encontre de dix d'entre eux. Cependant, cette dernière n'a utilisé son pouvoir discrétionnaire de saisir la Cour de justice qu'à l'encontre de l'Estonie en mars 2006⁴⁸⁵. Outre la méconnaissance de l'obligation de notification, la Commission pourrait aussi mettre en oeuvre la procédure de manquement dans le cas où une A.R.N. ne se conformerait pas à une décision de retrait d'un projet de mesure ou d'interdiction de mise en oeuvre⁴⁸⁶. Toutefois, ce cas apparaît extrême et ne s'est pour l'instant jamais présenté.

D'autre part, les autorités de régulation nationales peuvent avoir accès au prétoire communautaire pour contester le bien-fondé des actes de la Commission dans le cadre des diverses procédures de notification. Deux types d'actes peuvent susciter quelques interrogations. Le premier concerne la validation ou la déclaration de la Commission estimant

⁴⁸⁴ Voir « *Infringement proceedings in the field of telecoms and electronic communications* », MEMO/06/158, 6 avril 2006.

⁴⁸⁵ Suite à la régularisation de la situation, l'affaire a été suspendue le 27 juin 2007, voir : « *New round of infringement proceedings in electronic communications* », MEMO/07/414, 22 mars 2007.

⁴⁸⁶ Voir par exemple : C.J.C.E., 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes. 6/69 et 11/69, concl. Roemer K., 29 octobre 1969, Rec., p. 539 ; Cahier Ph., « Recours en constatation de manquements des Etats membres », *C.D.E.*, 1970, p. 576 ; Gavalda C., *D.*, 1971, p. 667 ; Lemaitre Ph., « Un conflit qui aurait pu être évité - Devant la Cour de Luxembourg la Commission reproche à la France le maintien d'un taux de réescompte favorable à ses exportations », *R.M.C.*, 1969 p. 57.

que le projet de mesure serait susceptible de faire obstacle au marché unique ou impliquerait certains doutes sur sa compatibilité avec le droit communautaire (« lettre de doutes graves »). Le second serait la décision de la Commission acceptant ou interdisant une mesure non visée aux articles 9 à 13 de la directive « accès », tout comme la décision demandant le retrait ou la modification du projet de mesure. Dans le secteur de l'énergie il s'agirait de la décision de dérogation⁴⁸⁷. La question se pose de savoir quels sont les actes qui sont susceptibles d'un recours contentieux en cas de désaccord entre l'autorité de régulation et la Commission.

Selon l'article 230 du Traité, « La Cour de justice contrôle la légalité des actes (...) de la Commission (...) destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers. A cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent Traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, formés par un Etat membre, (...). Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement. (...) ». Au regard de cet article deux questions doivent être posées : de quelle catégorie de requérants les autorités de régulation font-elles partie ? Quels sont les actes susceptibles d'être attaqués ?

- La qualité de requérant des autorités de régulation

La qualité de requérant des autorités de régulation dépend finalement de leur personnalité morale. Si, comme en France, les autorités de régulation indépendantes ne disposent pas de la personnalité morale, elles ne pourront intenter de recours contre les décisions de la Commission qu'en passant par l'intermédiaire de l'Etat. Dès lors, l'autorité de régulation en tant que telle ne pourra pas exercer de recours en annulation contre un acte dont elle est le destinataire, mais elle devra s'appuyer sur le ministère correspondant pour ce faire⁴⁸⁸. Si ce ministère considère que la Commission européenne a agi conformément au droit

⁴⁸⁷ Article 7 du règlement n° 1228/2003, précité ; article 22 de la directive 2003/55/CE, précitée.

⁴⁸⁸ En France, le traitement interministériel des affaires en instance devant les juridictions communautaires est effectué par le secrétariat général aux affaires européennes (S.G.A.E.), sous l'autorité du Premier ministre, que ces affaires concernent directement la France (comme les recours en manquement dirigés contre la France, ou, à l'inverse, les recours introduits par elle, les questions préjudicielles soulevées par les juridictions nationales) ou indirectement (comme les questions préjudicielles d'autres Etats membres ou les recours introduits par d'autres Etats membres ou par les institutions). De plus, c'est en fonction des décisions arrêtées au niveau interministériel que la direction des affaires juridiques du Ministère des affaires étrangères rédige le mémoire qui sera déposé au nom du Gouvernement français auprès des juridictions communautaires ou plaide au nom du Gouvernement dans les phases orales de la procédure ; voir l'article 2 du décret n° 2005-1283, du 17 octobre 2005, relatif au

communautaire, un risque de paralysie du processus et d'atteinte à l'indépendance de l'ARI pourrait survenir. En cas contraire, si le ministère compétent est en accord avec l'autorité de régulation, le recours est exercé au nom de l'Etat membre. Ce dernier bénéficie de la qualité de requérant privilégié et, par conséquent, n'est pas tenu d'apporter la preuve d'une qualité spécifique pour agir⁴⁸⁹. Dès lors, l'Etat membre peut attaquer non seulement une décision édictée par la Commission et adressée à l'autorité de régulation nationale, mais aussi une décision concernant une autorité d'un autre Etat membre dans la mesure où il n'est pas tenu d'établir que celle-ci affecte ses intérêts propres⁴⁹⁰. Il s'agirait, par exemple, d'un Etat membre qui considère que les observations de l'autorité nationale n'ont pas été prises en compte à leur juste valeur et que la décision affecte les échanges intra-communautaires.

Si, comme en Espagne, l'autorité de régulation dispose de la personnalité morale, elle pourra agir en son nom propre comme un requérant ordinaire⁴⁹¹. Néanmoins, cet élément implique certaines restrictions sur l'intérêt à agir. Si l'autorité de régulation s'avère être le destinataire exclusif de la décision de la Commission européenne, le lien direct et individuel n'a pas à être établi puisque sa qualité pour agir est présumée⁴⁹². Cependant, si l'acte est adressé à une autorité de régulation d'un autre Etat membre, l'ARI désirant attaquer la décision de la Commission devra démontrer que celle-ci l'affecte « d'une façon aussi directe et individuelle qu'un destinataire »⁴⁹³. Alors que les décisions peuvent certainement affecter les opérateurs agissant sur un marché transnational, cet élément est plus difficile à envisager pour les autorités de régulation. En effet, l'acte de la Commission ne prive pas d'un droit ou n'impose pas une obligation aux autorités de régulation qui n'en sont pas les destinataires⁴⁹⁴.

comité interministériel sur l'Europe et au secrétariat général des affaires européennes, (J.O.R.F., n° 243, du 18 octobre 2005, p. 16488).

⁴⁸⁹ Cf. pt. 6 de C.J.C.E., 23 février 1988, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. 131/86, concl. Mischo J., 14 octobre 1987, Rec., p. 905 ; Bridge J., *C.M.L.R.*, 1988, p. 733 ; Constantinesco V., *J.D.I.*, 1989, p. 392.

⁴⁹⁰ C.J.C.E., 21 mars 1955, *Pays-Bas c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 6/54, concl. K. Roemer, 4 février 1955, Rec. 1955, p. 201 ; Ludovicy J., « La jurisprudence de la Cour de justice de la CECA », *R.G.D.P.*, 1956, p. 111 ; « Les notions de violation du traité et de méconnaissance patente des dispositions du traité dans la jurisprudence de la Cour de justice de la CECA », *Droit social* 1955, p. 341.

⁴⁹¹ Conformément à la jurisprudence excluant les collectivités territoriales, en tant que personnes morales de droit public distinctes de l'Etat membre, du bénéfice de la condition de requérant privilégié : C.J.C.E., ordonnance, 21 mars 1997, *Région Wallonne*, aff. C-95/97, concl. Ruiz-Jarabo Colomer D., Rec. 1997, p. I-1787 ; Scott J., *C.M.L.R.*, 1999, p. 227 ; C.J.C.E., ordonnance, 1^{er} octobre 1997, *Regione Toscana*, aff. C-180/97, concl. Lenz C.O., Rec., p. I-5245.

⁴⁹² En ce sens Simon D., *Le système juridique communautaire*, précité, n° 424.

⁴⁹³ Cf. pt. 9 de C.J.C.E., 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*, aff. 112/77, concl. Mayras M., 12 avril 1978 Rec. 1978, p. 1019 ; Usher J., « Article 173 EEC: Breach of a General Principle as a Ground for Annulment », *E.L.R.*, 1978, p. 383.

⁴⁹⁴ Selon la jurisprudence *Jego-Quéré*, une personne physique ou morale « doit être considérée comme individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations », T.P.I.C.E., 3 mai 2002, *Jego-Quéré c/ Commission*, aff. T-177/01, Rec. 2002, p. II-2365 ; Cassia P., « Continuité et rupture dans le contentieux de la recevabilité du recours en

Cependant, une jurisprudence de la Cour vise à accepter les recours introduits par une personne morale ou physique ayant participé effectivement à la procédure réglementée visant à faire examiner par la Communauté la régularité d'une situation⁴⁹⁵. Pour ce faire, il faut que les requérants tirent des droits directs de la procédure instituée par un texte communautaire⁴⁹⁶. Eu égard à la participation des A.R.N. à la procédure de notification des projets de mesure, en tant que destinataires mais aussi en tant qu'émetteurs potentiels d'observations, il se pourrait que cette jurisprudence leur soit applicable. En cas contraire, et dans l'attente d'une jurisprudence éclairant ce point, si l'autorité d'un Etat membre n'a pas pris en considération les observations de son homologue d'un autre Etat membre, aucune voie de recours n'apparaîtrait envisageable pour ce dernier. La collaboration entre autorités de régulation nationales trouverait ici une certaine limite contentieuse.

- Les actes susceptibles d'être attaqués

Trois conditions doivent être remplies pour qu'un acte puisse faire l'objet d'un recours en annulation. En premier lieu celui-ci doit être adopté par une institution communautaire. Dans la mesure où, pour l'instant la question des actes adoptés par une hypothétique agence de régulation européenne ne se pose pas⁴⁹⁷, il faut considérer que la première condition est remplie puisque les actes considérés émanent tous de la Commission.

En second lieu, seuls les « actes faisant grief »⁴⁹⁸ peuvent être attaqués sur la base de l'article 230 du Traité. Cette condition trouve son origine dans la jurisprudence *AETR* qui prévoit que le recours en annulation est ouvert à l'encontre de « toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de

annulation des particuliers », *R.M.C.U.E.*, 2002, p. 547 ; Clergerie J. L., « L'élargissement des possibilités de recours ouverts aux particuliers en matière d'annulation », *D.*, 2002, p. 2755 ; Mariatte F., *Europe*, Juillet 2002, p. 12 ; Nihoul P., « Individus, entreprises et recours en annulation », *J.T.D.E.*, 2002, p. 199 ; Ragolle F., « *Access to justice for private applicants in the Community legal order: recent (r)evolutions* », *E.L.R.*, 2003, p. 90 ; Slater D., *R.D.U.E.*, 2002, p. 391 ; Sousse M., « Elargissement des conditions d'accès au juge communautaire et réaffirmation du droit à un recours effectif », *D.*, 2002, p. 2575.

⁴⁹⁵ Dans le domaine des aides d'Etat : pts. 24 et s de C.J.C.E., 28 janvier 1986, *Cofaz c/ Commission*, aff. 169/84, concl. VerLoren van Themaat, 16 octobre 1985, Rec. 1986, p. 391 ; Mauro J., *Gaz. Pal.*, 1986, I, p. 15.

⁴⁹⁶ En ce sens, Manin Ph., *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Pedone, 2004, n° 689.

⁴⁹⁷ Sur ce point, voir infra p. 768 et s. A noter que le Traité de Lisbonne modifie l'article 230 du T.C.E. en introduisant la mention « Elle contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers », ce qui, le cas échéant, autorisera un recours en annulation contre les actes des agences de l'Union ayant ces caractéristiques, article 2 paragraphe 214 du Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne (J.O.U.E., n° C 306, du 17 décembre 2007, p. 1), spéc. p. 109.

⁴⁹⁸ En ce sens, Manin Ph., *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Pedone, 2004, n° 712.

droit »⁴⁹⁹. Dès lors, la Cour ne s'arrête pas à la forme de l'acte, à son appellation ou aux affirmations qui émanent de son auteur car elle considère que la nature d'un acte « dépend avant tout de son objet et de son contenu »⁵⁰⁰. De plus, un acte est considéré comme produisant des effets de droit « lorsqu'il est de nature à affecter les intérêts du requérant en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique »⁵⁰¹. Des actes évoqués précédemment, quels sont ceux qui visent à produire des effets de droit ?

En ce qui concerne la lettre validant un projet de mesure d'une autorité de régulation nationale, il apparaît évident que celle-ci n'exercera pas de recours en annulation contre l'acte de la Commission approuvant son projet de mesure. Cependant, la question n'est pas exempte d'intérêt pour les A.R.N. d'autres Etats membres⁵⁰² ou même pour les opérateurs, comme en témoigne une affaire actuellement pendante devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes⁵⁰³. Dans le recours introduit le 12 avril 2006, Vodafone España et Vodafone Group ont demandé au Tribunal de première instance d'annuler la décision de la Commission contenue dans la lettre de validation en date du 30 janvier 2006 adressée à la C.M.T. Cette lettre contient l'approbation par la Commission d'une mesure notifiée par le

⁴⁹⁹ Cf. pt. 42 de C.J.C.E., 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, aff. 22/70, concl. Dutheillet de Lamothe A., 10 mars 1971, Rec., p. 263 ; Constantinesco, L.-J., *R.T.D.E.*, 1971, p. 796 ; Ganshof van der Meersch, W.J., « Les relations extérieures de la CEE dans le domaine des politiques communes et l'arrêt de la Cour de justice du 31 mars 1971 », *C.D.E.*, 1972, p. 127 ; Kovar R., « L'affaire de l'AETR devant la Cour de justice des Communautés européennes et la compétence internationale de la CEE », *A.F.D.I.*, 1971, p. 386 ; Louis J-V., « Compétence internationale et compétence interne des Communautés », *C.D.E.*, 1971, p. 479 ; Raux J., « La Cour de justice des Communautés et les relations extérieures de la CEE », *R.G.D.I.P.*, 1972, p. 36 ; Rideau J., *D.*, 1972, p. 456 ; Simon D., « Les relations extérieures de la CEE à la lumière de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés "Commission contre conseil" (AETR) », *La Communauté économique européenne dans les relations internationales*, Centre européen universitaire, Nancy, 1972, p. 3.

⁵⁰⁰ C.J.C.E., 17 juillet 1959, *Phoenix Rheinrohr*, aff. 20/58, concl. Lagrange M., 12 mars 1959, Rec., p. 163 ; Lussan C., *J.D.I.*, 1960, p. 550 ; C.J.C.E., 10 décembre 1957, *Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. jtes. 1/57 et 14/57, concl. Lagrange M., 16 novembre 1957, Rec., p. 201.

⁵⁰¹ Cf. pt. 9 de C.J.C.E., 11 novembre 1981, *IBM c/ Commission*, aff. C-60/81, concl. Sir Slynn G., 30 septembre 1981, Rec., p. 2639 ; pt. 41 de T.P.I.C.E., 28 février 2002, *Atlantic Container Line AB e. a.*, aff. T-18/97, Rec. 2002, p. II-1125 ; Kauff-Gazin F., *Europe*, avril 2002, p. 12.

⁵⁰² En se plaçant du point de vue d'une A.R.N. d'un Etat membre désirant voir annuler une lettre de validation d'un projet de mesure adressée à une autre A.R.N., la solution dépend encore de la personnalité juridique.

⁵⁰³ Recours introduit le 12 avril 2006, *Vodafone España et Vodafone Group c/ Commission* (Aff. T-109/06). Vodafone España et Vodafone Group, ont demandé au Tribunal de première instance d'annuler la décision de la Commission contenue dans la lettre de validation en date du 30 janvier 2006 adressée à la C.M.T. Cette lettre contient l'approbation par la Commission d'une mesure notifiée par le régulateur espagnol décidant de constater provisoirement que Vodafone et deux autres entreprises (Telefonica et Amena) jouissaient conjointement d'une puissance significative sur le marché et de leur imposer certaines obligations. Les requérants soutiennent d'abord que la décision contestée viole l'article 7 de la directive cadre puisque la Commission aurait dû ouvrir une enquête de deuxième phase dans la mesure où elle aurait dû se rendre compte que la C.M.T. ne pouvait pas, par renvoi aux preuves et au raisonnement contenus dans la mesure proposée, justifier une constatation de puissance significative conjointe sur le marché. Ensuite, ils estiment que la Commission aurait dû relever de sérieux doutes quant à la question de savoir si la C.M.T. avait appliqué correctement le concept de puissance significative sur le marché conformément à la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Enfin, ils considèrent que la décision contestée conduit à une inégalité de traitement d'entreprises dans des situations comparables et crée des obstacles pour le marché unique dans la mesure où la décision n'est pas conforme à d'autres décisions adoptées en vertu de l'article 7 de la directive cadre.

régulateur espagnol décidant de constater provisoirement que Vodafone et deux autres entreprises (Telefonica et Amena) jouissaient conjointement d'une puissance significative sur le marché et de leur imposer certaines obligations. Il appartient donc au TPI d'éclaircir le point de savoir si la lettre de validation de la Commission fait grief. Sans préjuger du déroulement de l'affaire, il semble que la décision de validation de la Commission a pour effet de modifier la situation juridique des requérants en validant l'analyse de la C.M.T. qui constate une position dominante conjointe dont découlera l'imposition de certaines obligations : elle ferait donc grief⁵⁰⁴.

Dans la même logique, les décisions de la Commission imposant aux autorités de régulation de retirer un projet de mesure ou interdisant une mesure non visée aux articles 9 à 13 de la directive « accès » pourraient utilement être attaquées par les ARI puisqu'elles remplissent certainement la condition de l'acte faisant grief. En effet, ces décisions imposent à l'autorité nationale de retirer un projet de mesure ce qui crée une obligation juridique à leur charge.

De plus, en attaquant certains de ces actes, comme les décisions imposant aux autorités de régulation de retirer un projet de mesure, les autorités de régulation peuvent viser indirectement d'autres actes qui ne modifient pas l'ordonnancement juridique mais qui produisent quand même un effet de droit à travers la décision individuelle finalement adoptée. Il s'agirait, par exemple, des lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché⁵⁰⁵.

En effet, alors que les lignes directrices n'ont pas fait l'objet d'un recours contentieux dans les délais⁵⁰⁶, elles peuvent encore être attaquées par la voie de l'exception. Le Tribunal de première instance l'a souligné très clairement dans un cas semblable : « étant donné que la requérante n'était pas en mesure de demander l'annulation des lignes directrices, en tant qu'acte général, celles-ci peuvent faire l'objet d'une exception d'illégalité »⁵⁰⁷. De plus, le

⁵⁰⁴ En ce sens, il serait possible de comparer la lettre de validation d'un projet de mesure aux décisions par lesquelles la Commission estime qu'une aide d'Etat est compatible avec le Marché commun, acte attaquant, voir par exemple : C.J.C.E., 28 janvier 1986, *Cofaz c/ Commission*, précité, p. 391.

⁵⁰⁵ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché, précitées.

⁵⁰⁶ Ce recours aurait pu être possible si les lignes directrices étaient considérées comme destinées « à produire des effets juridiques propres » ou imposant des obligations nouvelles aux Etats membres (en ce sens, C.J.C.E., 20 mars 1997, *France c/ Commission*, aff. C-57/95, Rec., p. I-1627, pts 23 et 24).

⁵⁰⁷ Cf. pt. 276 de T.P.I.C.E., 20 mars 2002, *LR AF 1998 A/S c/ Commission*, aff. T-23/99, Rec., p. II-1705 ; Poillot-Peruzzetto S., « Confirmation par le TPICE des condamnations dans le secteur des conduites pré-calorifugées », *Contrats - concurrence – consommation*, 2002, n° 129, p. 29.

juge communautaire est relativement souple sur la condition de connexité entre l'acte dont l'illégalité est soulevée et la décision individuelle. La condition de connexité peut être réalisée alors même que les lignes directrices ne constituent pas le fondement juridique de la décision attaquée mais qu'il existe un lien juridique direct entre les deux actes⁵⁰⁸. Ainsi, il est concevable, même si cela apparaît peu probable, qu'une A.R.N. demande l'annulation d'une décision de la Commission en se fondant sur l'illégalité invoquée des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché.

En outre, si ce type de communication vise à « guider les A.R.N. dans l'exercice de leurs nouvelles responsabilités », elle constitue aussi un élément qui sera pris en compte par la Commission « lorsqu'elle évaluera la proportionnalité et la légalité des décisions prises par les A.R.N. ». Dès lors, la Commission, lorsqu'elle édicte une décision imposant de retirer un projet de mesure, devrait être tenue, par extension de la jurisprudence relative aux lignes directrices dans le domaine du droit de la concurrence⁵⁰⁹, de se conformer à ses lignes directrices sauf à expliciter spécifiquement les motifs qui justifient le cas échéant de s'en écarter sur un point précis⁵¹⁰. Si tel n'était pas le cas, la méconnaissance, de la part de la Commission des lignes directrices pourrait constituer une violation de principes généraux du droit tels que l'égalité de traitement ou la confiance légitime⁵¹¹.

En dernier lieu, la troisième condition nécessaire pour qu'un acte soit attaquant au sens de l'article 230 du Traité, est son caractère définitif. Par conséquent, un acte de nature préparatoire qui ne constitue que l'une des étapes devant mener à l'adoption ultérieure d'une

⁵⁰⁸ T.P.I.C.E., 20 mars 2002, *LR AF 1998 A/S c/ Commission*, précité, pts. 273 à 276.

⁵⁰⁹ Cf. pt. 271 de T.P.I.C.E., 23 mars 2003, *CMA CGM e. a. c/ Commission*, aff. T-213/00, Rec. 2003, p. II-913 ; Arhel P., *L.P.A.*, 2003, n° 109, p. 9 ; Idot L., « Transports maritimes », *Europe*, Mai 2003, p. 22 ; Poillot-Peruzzetto S., « Entente », *Contrats - concurrence – consommation*, 2003, p. 26.

⁵¹⁰ Il est en effet généralement reconnu qu'une autorité détenant un pouvoir de décision individuelle ne peut lier sa compétence par avance.

⁵¹¹ En ce sens : pt. 211 de C.J.C.E., 28 juin 2005, *Dansk Rodindustri e. a. c/ Commission*, aff. jtes. C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P, C-208/02P, et C-213/02P, concl. Tizzano A., 8 juillet 2004, Rec., p. I-5425 ; Arhel P., *L.P.A.*, 2005, n° 151, p. 10 ; Barbier de La Serre E., « Amendes: la légalité de principe des lignes directrices et de leur application rétroactive », *R.L.C.*, 2005, n° 4, p. 21, *R.L.C.*, 2005, n° 4 p. 35 ; Idot L., « Confirmation de la position du juge communautaire en matière d'amendes », *Europe*, Août-Septembre 2005, p. 31 ; Malvasio F., *R.A.E.*, 2005, p. 487 ; Nordlander K., *C.M.L.R.*, 2006, p. 571 ; Zivy F., « Amendes - Lignes directrices - Principe de non-rétroactivité: La CJCE confirme la légalité de la méthode de tarification prévue par les lignes directrices pour le calcul des amendes, et fait jurisprudence en matière de non-rétroactivité », *revue des droits de la concurrence*, 2005, n° 3, p. 119. Le Tribunal de première instance vérifie aussi que la Commission s'est conformée aux règles indicatives qu'elle s'était elle-même imposée dans une communication : pt. 57 de T.P.I.C.E., 12 décembre 1996, *AIUFASS et AKT c/ Commission*, aff. T-380/94, Rec. 1996, p. II-2169 ; Gautier Y., *J.D.I.*, 1997, p. 497 ; Hermitte M.-A., *J.D.I.*, 1997, p. 607 ; Ritleng D., *Europe*, février 1997, p. 15. Dans le même sens, l'Avocat général Jacobs estime à propos d'un document intitulé « guide pour les procédures en matière d'aides d'Etat » que « la Commission ne peut s'écarter des règles présentées dans le guide sans en donner les raisons sous peine d'enfreindre le principe d'égalité de traitement. C'est également ce que commande le principe de la confiance légitime », pt. 35 des conclusions sur C.J.C.E., 15 février 2001, *Autriche c/ Commission*, aff. C-99/98, concl. Jacobs F.G., 13 juillet 2000, Rec., p. I-1101.

décision finale n'est pas attaquable⁵¹². Cette position se justifie classiquement par l'argument selon lequel il faudrait éviter le développement de recours abusifs susceptibles de compromettre le déroulement régulier des procédures⁵¹³. Toutefois, une partie de la doctrine souligne, à juste titre, que le recours en annulation n'est pas suspensif⁵¹⁴ et critique cette justification non convaincante⁵¹⁵. Dès lors, si les « lettres de doutes graves » visent certainement à produire des effets de droit, puisque les textes précisent que la Commission peut, par ce biais, retarder la mesure de l'A.R.N. de deux mois avant de prendre une décision, elles ne remplissent pas la dernière condition de recevabilité. En effet, la « lettre de doutes graves » apparaît comme la première phase de la procédure visant à ce que la Commission décide si, effectivement ou non, le projet de mesure porte atteinte au droit communautaire ou aux échanges entre Etats membres. D'ailleurs, la Commission peut, aux termes des deux mois, estimer que ses doutes n'étaient pas fondés et valider le projet de mesure après investigations et échanges de vues avec l'A.R.N. Dès lors, la « lettre de doutes graves » apparaît comme un acte préparatoire qui s'inscrit dans un processus conduisant à l'adoption de la décision finale.

Il serait aussi possible de considérer que la « lettre de doutes graves » est certes une décision préparatoire, mais devient une décision finale à la procédure devant la Commission à partir du moment où l'ARI concernée retire volontairement son projet de mesure⁵¹⁶. Dès lors, en admettant l'hypothèse d'un recours en annulation déclaré recevable sur ce motif contre une « lettre de doutes graves »⁵¹⁷, les autorités de régulation pourraient avoir accès au prétoire communautaire avant même une décision de retrait. Néanmoins, lorsque la Commission édicte une telle lettre, les régulateurs indépendants ont tout intérêt à mener la procédure

⁵¹² Cf. spéc. pt. 455 de C.J.C.E., 5 décembre 1963, *Société anonyme Usines Emile Henricot et autres c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. jtes. 23/63, 24/63 et 52/63, concl. Roemer K., 16 octobre 1963, Rec. 1963, p. 441. Cette condition a été formalisée dans l'arrêt *I.B.M.*, concernant l'engagement d'une procédure administrative en droit de la concurrence : « lorsqu'il s'agit d'actes ou de décisions dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, (...) ne constituent un acte attaquant que les mesures qui fixent définitivement la position de la Commission ou du Conseil au terme de cette procédure, à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision finale », C.J.C.E., 11 novembre 1981, *IBM c/ Commission*, précité, pt. 10.

⁵¹³ Fauré V., *L'apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, p. 245.

⁵¹⁴ Conformément à l'article 242 du T.C.E., « Les recours formés devant la Cour de justice n'ont pas d'effet suspensif. Toutefois, la Cour de justice peut, si elle estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué ».

⁵¹⁵ Geradin D., Petit N. : « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *R.T.D.E.*, 2005, p. 800, spéc. note 20.

⁵¹⁶ Cette logique est employée pour les décisions d'évocation prises par la Commission en vertu de l'article 11 du règlement 1/2003, in Geradin D., Petit N. : « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », précité, p. 804.

⁵¹⁷ Il est possible d'évoquer cette hypothèse en l'absence de jurisprudence sur la matière, même si la doctrine penche pour l'impossibilité d'attaquer un tel acte, voir : Lehofer H.-P. : « *National court(s) dealing with appeals* », *Seminar for National Judges on article 7 of directive 2002/21/EC on electronic communications*, Institut européen d'administration publique, Bruxelles, le 30 novembre 2005.

jusqu'à son terme pour ensuite exercer un recours en annulation contre la décision formelle⁵¹⁸ qui n'intervient que deux mois après. Par contre, si l'on se place du côté des opérateurs, cette question est d'un intérêt majeur. En effet, il arrive souvent qu'un projet de mesure soit abandonné suite à une « lettre de doutes graves ». Dès lors, l'acte pourrait faire grief à certains opérateurs mais ne pourrait pas être attaqué dans la mesure où il ne constituerait pas une décision définitive. Or, si l'A.R.N. abandonne son projet de mesure, faute de décision considérée comme définitive, l'opérateur ne pourrait exercer de recours et serait dans l'impossibilité de bénéficier d'une situation qui aurait pu lui être favorable. Cependant, en pratique, l'invocabilité de cette « lettre de doutes graves », puis éventuellement son annulation, pourraient n'avoir que peu de conséquences eu égard aux délais contentieux⁵¹⁹. En effet, le temps qu'une telle lettre soit annulée, un nouveau projet de mesure aura probablement déjà été validé et adopté dans l'Etat membre concerné. Ainsi, la phase de collaboration entre l'A.R.N. et la Commission qui s'instaure dans les deux mois suivant une « lettre de doutes graves » a l'avantage d'éviter une décision formelle de retrait mais comporte aussi l'inconvénient de priver les opérateurs intéressés de voie de recours en droit communautaire.

Pour conclure, il convient à la fois de souligner que certaines incertitudes demeurent quant à la possibilité d'attaquer ou non les actes de la procédure de notification et de décision de la Commission, que l'on se place du point de vue de l'ARI ou de celui des opérateurs. Cependant, cette procédure n'a, pour l'instant, jamais abouti à un contentieux entre les autorités de régulation et la Commission européenne. Cet élément témoigne d'une collaboration fluide entre ces instances dans l'optique de la construction d'un véritable marché intérieur des services publics organisés en réseaux.

⁵¹⁸ Une dernière solution, extrême s'il en est, consisterait à mettre en oeuvre le projet de mesure au niveau national et à attendre que la Commission exerce un recours en manquement contre l'Etat membre.

⁵¹⁹ Ces délais sont relativement longs. Par exemple, un arrêt éventuel d'annulation d'une décision interdisant une concentration n'intervient en moyenne que 21 mois après la décision de la Commission, en ce sens, Geradin D., Petit N. : « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », précité, p. 831.

Conclusion du chapitre

L'interdépendance des régulateurs de réseaux à l'échelle européenne est la conséquence, traduite dans le droit dérivé, du principe de coopération loyale issu de l'article 10 du T.C.E. En effet, sans une collaboration entre les instances chargées d'exécuter le droit communautaire, son effet utile serait entravé. Cette collaboration ponctuelle, qui est mise en oeuvre lorsque la situation est transnationale ou susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres, est organisée à la fois de manière horizontale et de manière verticale. Elle fait souvent intervenir le même ensemble d'instruments créant des liens entre les acteurs de la régulation comme des processus d'information, de soutien et de concertation réciproques.

La collaboration horizontale entre les autorités de régulation des Etats membres est organisée par les directives de libéralisation. Pour qu'un véritable marché européen des services publics voit le jour, le droit communautaire a prévu des techniques susceptibles de faire face aux situations qui ne sont pas purement nationales. Les contacts entre autorités de régulation d'Etats membres différents qui sont susceptibles d'aboutir à une décision finale s'intègrent dans un processus général qualifié d'interrégulation solidaire. Celle-ci peut prendre plusieurs formes, plus ou moins intégrées, qui vont de la simple répartition des compétences ou de l'échange d'informations (interrégulation « cloisonnée ») à la consultation voire à la concertation entre autorités de régulation (interrégulation « décloisonnée »). Qu'il s'agisse d'une collaboration supposant des contacts réciproques ou non entre autorités de régulation, celle-ci témoigne de la mise en réseau ponctuelle des régulateurs nationaux à partir du moment où une situation transnationale ou transfrontalière se présente.

La collaboration verticale est aussi ponctuelle mais fait intervenir à la fois les autorités de régulation nationales et la Commission. Elle est généralement mise en oeuvre lorsque des mesures ou projets sont susceptibles d'avoir une incidence sur les échanges entre Etats membres. La Commission dispose d'une place prépondérante au coeur de ce processus dans la mesure où elle centralise, avant de la redistribuer aux régulateurs intéressés, l'ensemble de l'information que les A.R.N. sont tenues de lui fournir. De plus, conformément au droit dérivé des communications électroniques, elle doit édicter des actes incitatifs destinés à orienter les régulateurs dans leur action. L'utilisation de la « *soft law* » communautaire, qui est effectivement respectée par les instances nationales, place ainsi la Commission dans une

position que certains ont qualifié de « pilotage »⁵²⁰ du réseau. Enfin, la Commission dispose dans les secteurs de l'énergie et des communications électroniques d'un pouvoir de décision individuelle sur certains projets de mesures, notifiés par les autorités de régulation nationales, qui concrétise l'idée de l'ébauche d'un réseau supervisé par la Commission.

Dès lors, l'interdépendance à l'échelle communautaire inscrit la régulation des services publics organisés en réseaux dans une modalité particulière de mise en oeuvre des règles communautaires que la doctrine qualifie de co-administration. Il s'agit d'une forme mixte de coordination à mi-chemin entre les modèles de l'administration indirecte et de l'administration directe en droit communautaire puisque la compétence en la matière est distribuée entre l'administration communautaire et l'administration nationale. Elle emprunte au premier modèle la mise en oeuvre des règles par les autorités de régulation. Elle emprunte au second la possibilité pour la Commission d'utiliser le pouvoir de décision qu'elle tient du droit dérivé pour autoriser, modifier ou interdire une mesure proposée par une autorité de régulation nationale. D'autres indices cumulés permettent de corroborer cette hypothèse. Il s'agirait, en premier lieu, de l'incitation communautaire à la généralisation des autorités de régulation nationales pour maintenir l'unicité de la fonction de régulation et protéger l'intérêt communautaire. En second lieu, l'instauration de processus d'information, de consultation et de concertation réciproques entre les A.R.N. mais aussi entre celles-ci et la Commission va dans le sens d'une exécution conjointe des fonctions communautaires. Enfin, l'institutionnalisation de groupes de régulateurs européens ou même peut-être d'agences européennes de régulation sectorielles, c'est-à-dire l'intégration fonctionnelle de sujets structurellement séparés (les représentants des régulateurs nationaux et de la Commission), est le point ultime du rattachement de la régulation des réseaux au modèle de la co-administration⁵²¹.

⁵²⁰ En ce sens, Schmidt-Assmann E. : « Le modèle de l'«administration composée» et le rôle du droit administratif européen », *R.F.D.A.*, 2006, p. 1246.

⁵²¹ Sur ce point, voir *infra*, partie III, titre II, chapitres I et II.

Conclusion du titre

La collaboration entre autorités de régulation nationales est la solution procédurale envisagée par le droit communautaire pour faire face, d'une part, à la complexité de la libéralisation des marchés de services publics organisés en réseaux qui implique l'intervention de règles sectorielles mais aussi *antitrust* et qui ne peut être mise en oeuvre sans tenir compte des domaines connexes. D'autre part, la nécessité d'une telle collaboration résulte tant du constat d'un développement transnational de la fourniture de ces services que de la volonté communautaire de le favoriser dans l'optique de la construction d'un véritable marché européen.

Le droit dérivé communautaire relayé et même amplifié par l'ensemble des droits nationaux répondent à la nécessité d'une coopération entre autorités de régulation par un ensemble de méthodes, plus ou moins contraignantes, visant à aboutir à des décisions interrégulées. Les liens établis entre autorités de régulation ont été analysés au niveau national puis au niveau communautaire mais leur simultanéité préfigure déjà, de manière ponctuelle, la formation d'un réseau des régulateurs indépendants dont l'échelle est européenne. Dans l'ensemble, les conclusions qui ont été tirées de l'étude de ces niveaux d'interdépendance sont identiques : l'interrégulation reste ponctuelle et trop souvent « curative » alors que l'évolution technique et géographique des marchés appelle une action durable, préventive et plus formalisée.

En effet, au niveau national, la complémentarité, voire la confusion entre droit de la régulation sectorielle et droit de la concurrence ainsi que la connexité entre les secteurs envisagés a fait apparaître la nécessité d'une interrégulation croisée tout comme d'une interrégulation sectorielle. L'étude comparée des solutions mises en oeuvre dans les Etats membres révèle, chez certains, une approche plus intégrée, réactive voire préventive. En se fondant sur l'efficacité du système britannique, émerge l'idée de la création d'un « Forum des régulateurs » réunissant périodiquement les représentants des autorités sectorielles et un représentant de l'autorité de la concurrence. Cette réunion, qu'elle soit institutionnalisée ou informelle, serait l'occasion de prévenir, par une collaboration rapprochée, toute divergence de vues sur des affaires intersectorielles ou pouvant être appréhendées tout autant par le droit de la concurrence que par le droit de la régulation sectorielle. En favorisant l'échange

d'expertise, la réunion périodique des régulateurs garantirait une grande cohérence, et des économies de coûts pour les opérateurs, dans la mise en oeuvre de la libéralisation des services publics organisés en réseaux. De plus, en contribuant à l'élaboration d'une « culture commune »⁵²² de la régulation, le « Forum des régulateurs » pourrait anticiper la généralisation, fondée sur le modèle allemand, d'une « autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux ». Une telle autorité est justifiée, d'une part, par la connexité des services envisagés. D'autre part, elle s'explique par l'évolution des marchés qui démontre une nécessité croissante de la régulation énergétique et décroissante de la régulation des communications électroniques. Enfin, la mise en place d'une autorité unique se fonde sur l'idée d'une fonction incompressible de la régulation, la garantie de l'efficacité des missions essentielles des services publics en réseaux dans un environnement concurrentiel, qui légitime l'existence d'une surveillance dans chacun des secteurs.

Dans une même logique, au niveau communautaire, la dimension transnationale des marchés ainsi que la possible influence des mesures nationales sur les échanges entre Etats membres a fait émerger la nécessité de mettre en place des relations de collaboration entre autorités de régulation nationales. Cette interrégulation solidaire, organisée de manière ponctuelle, est accompagnée d'un « pilotage » de la Commission européenne en tant qu'instance centralisant l'information, orientant l'action des A.R.N. et parfois interdisant les mesures qu'elles lui proposent conformément au droit dérivé. L'interdépendance à l'échelle communautaire traduit donc l'ébauche d'un réseau « supervisé » par la Commission. Cependant, l'analyse du degré de libéralisation des services publics organisés en réseaux démontre l'insuffisance de la coopération ponctuelle pour construire un véritable marché européen. En effet, subsistent certaines incohérences entre les régulations nationales, conséquences d'une valorisation de l'intérêt national par rapport aux nécessités de la construction d'un marché unique. Cet élément est amplifié par l'absence d'homogénéité dans les pouvoirs confiés aux régulateurs nationaux ainsi que leur manque d'indépendance.

Par conséquent, les instances communautaires ont d'ores et déjà traduit le besoin, non pas d'une coopération, mais d'une coordination de l'action des régulateurs nationaux dans le cadre de réseaux. Néanmoins, à l'heure de l'évaluation de la création et de l'efficacité des travaux de ces réseaux, les groupes d'autorités de régulation, la question se pose de savoir si

⁵²² L'expression est utilisée, entre autres, par Jean-Luc Sauron en évoquant la coopération comme le « creuset d'une culture administrative commune », Sauron J.-L. : « Les réseaux d'administrations communautaires et nationales », in Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J. : « Droit administratif européen », Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 289.

une forme encore plus intégrée, une Agence ou une Autorité européenne de régulation, ne serait pas plus adéquate pour favoriser l'ouverture à la concurrence des secteurs envisagés.

TITRE II : L'INTERDEPENDANCE PAR L'INSTITUTIONNALISATION DE LA COORDINATION

Même si certaines améliorations peuvent être envisagées, l'interrégulation croisée et l'interrégulation sectorielle sont indispensables pour assurer, respectivement, une meilleure prise en compte des problématiques concurrentielles et de la connexité des secteurs évoqués. En revanche, l'interrégulation solidaire à l'échelle européenne pose certains problèmes que la coopération et la collaboration ne peuvent à elles seules résoudre.

En effet, il reste encore, dans les secteurs de l'énergie et des communications électroniques, à la fois des barrières techniques et des obstacles liés à une disparité des mesures mises en oeuvre par les ARI qui empêchent une ouverture satisfaisante des marchés. Face à ces problèmes toute harmonisation des règles par le droit communautaire s'avère irréalisable. Dès lors, pour résoudre les difficultés inhérentes à l'impossibilité, pour les Etats membres, de satisfaire les obligations tirées de l'article 10 du Traité, les autorités de régulation indépendantes parfois, les institutions communautaires le plus souvent, ont recherché des solutions visant à coordonner l'activité des ARI dans des structures les regroupant.

La logique de la coordination des activités des autorités nationales au sein de réseaux structurés est parfaitement décrite par le Professeur Eberhard Schmidt-Assmann : « à travers cette notion juridiquement insaisissable de réseau, on se borne à indiquer une tendance évolutive. D'ores et déjà, il apparaît clairement que les relations entre les autorités administratives concernées dépassent largement les formes transfrontalières connues d'aide à l'information et d'entraide administrative. Il ne s'agit pas seulement d'assistance réciproque mais de la formation d'une volonté commune et des conséquences qui en découlent s'agissant des décisions d'exécution. L'"administration européenne composée" est entrée dans une phase d'institutionnalisation. Dans ce cadre, agences (...) et réseaux d'autorités publiques jouent un rôle important »⁵²³.

⁵²³ Schmidt-Assmann E. : « Où va l'administration européenne ? », in Etudes en l'honneur de Gérard Timsit, Bruylant, 2004, p. 502.

Envisager une interdépendance institutionnalisée des régulateurs de réseaux au niveau communautaire fait ressurgir la question de leur indépendance. Cependant, celle-ci ne peut pas être appréhendée de la même manière que dans l'ordre juridique national. L'idée de l'indépendance est donc renouvelée à l'échelon communautaire et comporte en elle-même un double degré. Le premier degré serait l'indépendance de la structure de coordination face aux institutions communautaires, le second degré serait l'indépendance des membres de la structure face à leurs propres gouvernements nationaux.

En effet, l'institutionnalisation de la coordination peut supposer la création d'entités faisant intervenir les institutions communautaires. Or, le Conseil est composé de représentants des gouvernements dont certains continuent à agir sur les marchés. Le Conseil peut donc être dans une situation partielle. Dès lors, ce que le droit communautaire a imposé aux Etats membres interventionnistes, la création d'autorités indépendantes des gouvernements, ne doit pas subir d'atteinte au niveau communautaire par le biais du Conseil⁵²⁴. De plus, la Commission pour un ensemble de raisons politiques, techniques et relatives à l'efficacité administrative, ne devrait pas non plus pouvoir influencer les structures de coordination. La justification de l'indépendance de celles-ci par rapport à la Commission tient au souci d'organiser l'externalisation de l'entité chargée de coordonner les ARI⁵²⁵. Ainsi, l'indépendance est impérative face aux Etats membres, donc au Conseil, et très fortement souhaitable face à la Commission.

Par conséquent, une problématique générale guide l'étude de l'institutionnalisation de la coordination entre régulateurs : déterminer quels sont les cas dans lesquels l'interdépendance porte atteinte à l'indépendance des structures ainsi que de leurs membres. La garantie de l'indépendance doit aussi être conciliée avec la nécessité de doter l'entité chargée de résoudre les problèmes de coordination de pouvoirs suffisants.

Dans les secteurs de l'énergie et des communications électroniques, et en excluant les postes qui, pour l'instant ne connaissent pas ce type d'évolution⁵²⁶, l'effort de coordination au niveau communautaire a, en premier lieu, pris la forme d'une mise en réseau des autorités de

⁵²⁴ Pour de plus amples développements sur ce point, voir *infra*, p. 740 et s.

⁵²⁵ Pour de plus amples développements sur ce point, voir *infra*, p. 742 et s.

⁵²⁶ Il convient de noter que la directive 2008/6/CE survole l'idée de la création d'un groupe de régulateurs dans le considérant 50 de l'exposé des motifs (directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (J.O.U.E., n° L 52, du 27 février 2008, p. 3)). Sur la problématique de l'institutionnalisation de la coordination, voir : Dayan E. : « Services d'intérêt économique général et postes », in Louis J.-V., Rodrigues S. (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 325.

régulation indépendantes (chapitre I). Depuis leur création, ces réseaux principalement constitués en groupes de régulateurs européens ont mené une activité qui s'avère à la fois indépendante des institutions communautaires et qui tend à améliorer les garanties d'indépendance dont leurs membres bénéficient en droit national. Par contre, les groupes de régulateurs n'ont pas atteint les résultats escomptés et connaissent certaines limites inhérentes à leur statut juridique. En effet, ils ne disposent d'aucun pouvoir normatif et sont des entités consultatives. Dès lors, dans l'optique d'assurer une meilleure coordination de l'action des ARI et de gérer efficacement les problématiques transnationales, l'idée de créer des organismes communautaires décentralisés (chapitre II) a émergé à la fois au sein de la doctrine et, récemment, dans deux propositions de règlement de la Commission⁵²⁷. Cependant, l'étude des propositions de la Commission visant à instituer une Autorité européenne du marché des communications électroniques (A.E.M.C.E.) et une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACRE) révèle une inadéquation entre les nécessités de coordination et les structures proposées. En effet, l'A.E.M.C.E. et l'ACRE ne disposent que de très faibles pouvoirs et n'apparaissent pas indépendantes vis-à-vis du Conseil et de la Commission. Ainsi, il convient de rechercher quelle pourrait être la figure juridique adéquate pour concilier à la fois l'indépendance et de forts pouvoirs, seuls susceptibles de résoudre le déficit de coordination (chapitre III).

⁵²⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 699 final. proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, du 19 septembre 2007, COM (2007) 530 final.

Chapitre I : La coordination des autorités de régulation indépendantes par la création de réseaux permanents

Le manque de coordination de l'action des autorités de régulation nationales, constaté à l'échelle européenne, a amené la création de réseaux institutionnalisés destinés à assurer, en permanence, la concertation des acteurs de la régulation. La mise en place de ces réseaux démontre que « les pouvoirs nationaux et communautaires sont interdépendants et agissent pour la réalisation d'un même but, la création d'un marché intérieur de l'énergie et des communications électroniques »⁵²⁸.

Chronologiquement, ces réseaux se sont d'abord développés hors du cadre juridique communautaire. Ils ont pris plusieurs formes. Il s'agit, dans les secteurs de l'électricité et du gaz, de la réunion de l'ensemble des acteurs concernés par l'ouverture des marchés dans le cadre de *fora* qui se tiennent respectivement à Florence et à Madrid. Ces réunions ont permis aux autorités de régulation de tirer des enseignements sur leur activité et de prévoir des orientations futures au regard des échanges établis avec les autres entités invitées. Cependant, cette initiative circonscrite au secteur énergétique n'a qu'une portée limitée pour mettre en place une réelle interrégulation solidaire. Dès lors, les autorités de régulation, de leur propre initiative, ont créé deux associations destinées à les regrouper pour favoriser la coordination de leurs positions et aider au développement d'un véritable marché intérieur. Ces groupes spontanés (*Independent Regulatory Group* (I.R.G.) pour les communications électroniques et *Council of european energy regulators* (C.E.E.R.) pour l'énergie) ont élaboré des documents incitatifs destinés à la fois à leurs membres mais aussi aux institutions communautaires. Plus tardivement, d'autres groupes de régulateurs européens ont été créés, mais cette fois à l'initiative de la Commission européenne. En effet, celle-ci, probablement par méfiance à l'encontre de la concertation informelle⁵²⁹, a décidé de mettre en place des structures visant à garantir une coordination entre les ARI dans les domaines où elles disposent d'une certaine

⁵²⁸ En ce sens, Katz D. : « Création d'un groupe de régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz », *J.C.P. A.*, n° 8, 16 février 2004, 1128, p. 251. A noter qu'aucune initiative n'a été mise en oeuvre dans le secteur postal.

⁵²⁹ En ce sens : Rodrigues S. : « Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne – acquis et perspectives », in Louis J.-V., Rodrigues S. (dir.) : *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 427.

marge de manoeuvre⁵³⁰. Ainsi, respectivement en 2002 et 2003, le Groupe des régulateurs européens des réseaux et services de communications (*European Regulatory Group* (E.R.G.))⁵³¹ et le Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz (*European Regulatory Group on Electricity and Gas* (ERGEG))⁵³² ont vu le jour.

Au regard de l'identité des objectifs fixés aux groupes de régulateurs spontanés (I.R.G. et C.E.E.R.) et à ceux créés par la Commission, la question se pose de savoir quels sont les rapports entre ces deux types d'entités, sachant que la Commission participe aux travaux de la seconde. Il apparaît que ces groupes travaillent en commun tout en gardant leur spécificité propre. Il n'y a donc pas eu d'attraction de la part de la structure communautaire qui ait pu amoindrir le libre arbitre des autorités de régulation. Il est, par conséquent, possible de parler d'une véritable expertise indépendante. En témoignent les positions et l'influence des groupes sur l'approche institutionnelle de la régulation. En effet, la réunion des autorités de régulation nationales s'avère être un facteur de protection, voire d'amélioration des garanties d'indépendance. Cependant, ces structures présentent l'inconvénient de taille de ne disposer d'aucun pouvoir contraignant et de n'être que des organes consultatifs.

Dès lors, pour évaluer l'efficacité de cette réponse institutionnelle à la nécessité de coordination des activités des ARI, il convient d'abord d'évoquer la pluralité des structures mises en place (section I) pour envisager ensuite dans quelle mesure les groupes de régulateurs ont contribué à faire progresser l'idée de l'indépendance de leurs membres dans leur ordre juridique respectif et constituent des entités indépendantes dans l'ordre juridique communautaire (section II).

⁵³⁰ Voir le considérant n° 36 de la directive 2002/21/CE qui est révélateur sur ce point : 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

⁵³¹ Décision 2002/627/CE de la Commission, du 29 juillet 2002, instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, (J.O.C.E., n° L 200, du 30 juillet 2002, p. 38). L'acronyme anglophone est employé dans la mesure où il s'est généralisé : (*European Regulatory Group* (E.R.G.)).

⁵³² Décision 2003/796/CE de la Commission, du 11 novembre 2003, instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, (J.O.U.E., n° L 296, du 14 novembre 2003, p. 34) ; (*European Regulatory Group on Electricity and Gas* (ERGEG)).

Section I : La coordination des ARI en réseau, un phénomène pluriel

Pour pallier le manque de coordination entre autorités de régulation indépendantes, plusieurs initiatives ont été lancées en Europe dès la fin des années quatre-vingt-dix. La première dépasse le cadre strict de la concertation des régulateurs. Son champ d'application se limite aux secteurs de l'électricité et du gaz. Il s'agit de la réunion, deux fois par an, de l'ensemble des entités concernées par l'ouverture de ces marchés dans le cadre de *fora*. Ces rassemblements permettent une coordination des positions des acteurs pour « préparer et faciliter, dans un cadre informel, des décisions ou des propositions de nature technique »⁵³³ visant à éliminer les barrières aux échanges énergétiques entre Etats membres. En ce sens, comme le souligne Jean-Pierre Hansen, ces *fora* procèdent bien à une « articulation de régulations hétérogènes »⁵³⁴. Cependant, aucune initiative de ce type n'a été prise dans le secteur des communications électroniques et, dans le secteur énergétique, les *fora* se sont révélés insuffisants pour assurer la coordination de l'activité des ARI (§1). Dès lors, de façon spontanée, les autorités de régulation nationales ont décidé de se réunir dans le cadre de groupes structurés rassemblant régulièrement leurs représentants (§2). Quelques années plus tard, la Commission a créé, par deux décisions le Groupe des régulateurs européens des réseaux de services et communications (E.R.G.)⁵³⁵ et le Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz (ERGEG)⁵³⁶ (§3). L'ensemble de ces structures témoigne d'une échelle croissante d'intégration des méthodes et de l'organisation de la coordination des ARI.

§1 Les « *Fora* » d'acteurs sectoriels

La première initiative de concertation de l'ensemble des acteurs sectoriels a été mise en oeuvre dans le secteur énergétique sous la forme de *fora*. La Commission européenne en a été l'instigatrice dans le domaine de l'électricité tout comme dans celui du gaz.

⁵³³ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 16 mai 2000, « Les progrès récents dans la réalisation du marché intérieur de l'électricité », COM (2000) 297 final, p. 5.

⁵³⁴ Hansen J.-P. : « La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre régulations hétérogènes », in Frison-Roche M.-A. (dir.) : *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 173.

⁵³⁵ Décision 2002/627/CE, précitée.

⁵³⁶ Décision 2003/796/CE, précitée.

La Commission a donc pris l'initiative de réunir une à deux fois par an, de manière informelle, les différents acteurs des secteurs énergétiques dans une enceinte connue sous le nom de la ville où elle se tient. Sont donc invités les représentants des administrations des Etats membres, des autorités de régulation (si elles ont été créées en droit interne), des gestionnaires de réseaux de transport, des fournisseurs, des négociants et des consommateurs, dans une optique de concertation. L'objectif est de trouver des points de convergence sur l'harmonisation des règles qui régissent ces marchés et lever les obstacles aux échanges transfrontaliers d'énergie⁵³⁷. Cependant, si l'invitation vient de la Commission, les *fora* restent des lieux d'échanges de points de vue, et l'instance européenne ne peut qu'inciter à la concertation, sans aucun pouvoir contraignant, formel ou non. En ce sens, les *fora* font, entre autres, office d'espaces de coordination entre régulateurs indépendants, hors du cadre juridique communautaire.

Ces plates-formes de discussion réunissant les acteurs intéressés se tiennent à Florence, lorsqu'il s'agit du domaine électrique, et à Madrid pour ce qui concerne le domaine gazier⁵³⁸. Le premier « *forum* de Florence » s'est déroulé les 5 et 6 février 1998⁵³⁹ et a eu pour thème central la tarification des échanges d'électricité. En effet, lorsque la directive de 1996 a été adoptée⁵⁴⁰, chaque pays a appliqué son système national, entraînant des différences considérables entre les structures tarifaires. Certains pays ont déterminé une tarification destinée aux consommateurs, d'autres en partie pour les consommateurs et les producteurs et les derniers se sont concentrés sur le transit. L'absence de concertation et de vision coordonnée de cette question a, de ce fait, entraîné une stagnation des échanges transfrontaliers d'électricité. Le « *forum* de Florence » a donc très rapidement dégagé les principes fondamentaux devant servir de fondement au système de tarification : transparence, simplicité, reflet des coûts et non-discrimination. De plus, les acteurs sectoriels ont aussi reconnu que la tarification devait être basée sur les flux physiques d'électricité et non sur la distance séparant les parties contractantes, les pays traversés devant être dédommages des frais causés sur leurs réseaux par un système de compensation entre gestionnaires de transport⁵⁴¹. Enfin, deux problèmes ont été soulevés de façon régulière : il s'agit de la

⁵³⁷ D'importantes contributions ont été apportées par les *fora* en ce qui concerne l'adoption d'approches communes pour les questions relatives aux transactions transfrontalières, selon le cinquième considérant de la décision de la Commission 2003/796/CE, précitée.

⁵³⁸ A noter la création de *fora* sur les combustibles fossiles et les sources d'énergie renouvelables qui se réunissent respectivement à Berlin et Amsterdam ; source : http://ec.europa.eu/energy/index_en.html.

⁵³⁹ Au regard du caractère informel de ces réunions, une grande partie de l'information est disponible uniquement sur le site de la Commission européenne ; source : http://ec.europa.eu/energy/index_en.html.

⁵⁴⁰ Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E., n° L 27, du 30 janvier 1997, p. 20).

⁵⁴¹ En ce sens, deuxième réunion du « *forum* de Florence », tenue les 8 et 9 octobre 1998.

séparation juridique des gestionnaires de réseaux de transport, qui a d'ailleurs été introduite dans la directive de 2003⁵⁴², ainsi que de la gestion des congestions occasionnelles qui paralysent les échanges transfrontaliers.

Le « *forum* de Madrid » a réuni périodiquement l'ensemble des acteurs du secteur gazier à partir de la fin du mois de septembre 1999. La question de la tarification des échanges transfrontaliers est moins brûlante que celle de l'électricité puisque ceux-ci se pratiquent depuis plusieurs années. En effet, plus de la moitié de la consommation totale de gaz dans l'Union européenne traverse au moins une frontière⁵⁴³. Il n'en reste pas moins que des obstacles au développement du marché intérieur du gaz persistent comme les barrières tarifaires, techniques et commerciales concernant l'accès au réseau, la capacité de stockage et les échanges transfrontaliers.

L'intérêt primordial de ces *fora* relève, bien entendu, du consensus qui se dégage parmi les parties intéressées dans ces secteurs. Du point de vue des régulateurs indépendants, ces réunions semestrielles permettent de bénéficier d'un retour direct sur l'efficacité de leur action dans une optique nationale, mais aussi communautaire. De plus, les *fora* sont l'occasion d'une concertation avec leurs homologues, voire d'une coordination de leurs actions futures. Cependant, comme toute enceinte dont l'objectif est de concilier un ensemble d'intérêts parfois antagonistes, les *fora* présentent des limites incontestables⁵⁴⁴. Le Sénateur Montesquiou mettait ainsi en avant le fait qu'aucun compromis n'a pu être trouvé dans le cadre du *forum* sur la tarification des flux d'électricité, faute d'accord de l'Allemagne qui exigeait l'application généralisée dans tous les Etats membres d'une charge spécifique sur les exportations⁵⁴⁵. Dès lors, comme le souligne la Commission européenne⁵⁴⁶, si les *fora* ont

⁵⁴² Article 10 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 37).

⁵⁴³ En ce sens, rapport d'information, n° 187 du 29 janvier 2002, fait au nom de la délégation au Sénat pour l'Union européenne, sur l'achèvement du marché intérieur de l'énergie, par M. Aymeri de Montesquiou, p. 13.

⁵⁴⁴ Sur ce point, voir Lemaire C. : « Energie et services d'intérêt économique général », in Louis J.-V., Rodrigues S. (dir.) : *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 295 ; *Vers une régulation européenne des réseaux*, rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, Coll. ISUPE, novembre 2003, p. 38. Dans ce sens, Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », Jean Monnet Working Paper, 01/04, p. 59.

⁵⁴⁵ Il a fallu attendre le *forum* des 7 et 8 mai 2001 pour qu'un accord soit trouvé sur ce point. En ce sens, Martin S. : « Pour une concurrence effective, une meilleure interconnexion aux frontières », *Gaz. Pal.*, 24 janvier 2002, n° 24, p. 17. Voir aussi : « L'accord de Florence : l'abandon des barrières tarifaires pour les transits transfrontaliers en Europe », in « Réseau de transport d'électricité, une première année d'existence riche de succès et de promesses », communiqué de presse de RTE, Paris, le 14 mai 2001, disponible sur : <http://rte-france.com>.

⁵⁴⁶ La Commission européenne, dans un communiqué de presse, précise que : « *on cross-border transactions issues, the European Electricity Regulatory Forum (« The Florence Forum ») and the European Gas Regulatory Forum (« The Madrid Forum ») have made important contributions. Whilst the two fora will remain important*

contribué à servir de plate-forme d'échanges entre les représentants des Etats membres, des ARI et des industriels, la coordination spécifique entre régulateurs de réseaux nécessite une structure plus formelle. Celle-ci s'est développée grâce à l'initiative spontanée des autorités de régulation indépendantes et là encore hors de tout cadre juridique communautaire.

§2 Les groupes spontanés de régulateurs européens

La création du premier groupe de régulateurs européens, en marge de toute structure communautaire, a eu lieu dans le secteur des communications électroniques dès 1997. Trois ans plus tard, les autorités de régulation indépendantes existantes dans les secteurs gazier et électrique ont aussi décidé de se réunir périodiquement dans le but de faciliter l'interrégulation solidaire et la création, par la mise en oeuvre coordonnée des textes en vigueur, d'un véritable marché européen de l'énergie. Ces groupes, créés sous la forme d'associations de droit belge⁵⁴⁷, réunissent quatre à cinq fois par an⁵⁴⁸ les autorités de régulation indépendantes des Etats membres, des pays candidats et de certains pays de l'Association européenne de libre échange (A.E.L.E.). Au-delà de l'intérêt pratique de la concertation européenne des régulateurs, les groupes émettent des documents incitatifs que les ARI s'engagent à respecter dans la mesure du possible. Par conséquent, émerge le problème de l'efficacité des groupes de régulateurs du fait de l'absence de caractère contraignant de leurs actes. Néanmoins, une forme d'interrégulation solidaire institutionnalisée se constitue à une échelle adaptée à l'eupéanisation des opérateurs de réseaux par le biais, d'une part, du Groupe des régulateurs indépendants pour les télécommunications (A) et, d'autre part, du Conseil des régulateurs européens de l'énergie (B).

as discussion platforms involving all players from government, regulators and industry, it was time to give regulatory co-operation and co-ordination a formal structure », in « *Commission creates European Regulators Group for Electricity and Gas* », le 12 novembre 2003, IP/03/1536. Dans le même sens, le cinquième considérant de la décision de la Commission 2003/796/CE, précitée.

⁵⁴⁷ Pour l'I.R.G., voir : E.R.G., lettre adressée au Commissaire Viviane Reding, 6 novembre 2007 ; pour le C.E.E.R., article premier des statuts du *Council of european energy regulators* A.S.B.L., déposés le 4 octobre 2005.

⁵⁴⁸ Voir les statuts du *Council of european energy regulators* A.S.B.L., déposés le 4 octobre 2005, article 15 ; rapport annuel 2003 de l'I.R.G., pt 2.

A Le Groupe des régulateurs indépendants pour les télécommunications (I.R.G.)

Le Groupe des régulateurs indépendants pour les télécommunications (connu sous sa dénomination anglaise : *Independent Regulatory Group* (I.R.G.))⁵⁴⁹ a été créé en 1997 pour réunir les autorités de régulation nationales dans l'optique d'un partage d'expériences et de points de vue sur des sujets d'intérêt commun. Sont évoqués, par exemple, l'interconnexion, les prix, le service universel ou toute autre problématique liée à la régulation et au développement du marché européen des communications électroniques. Ce groupe est composé des autorités de régulation nationales des vingt-sept Etats membres ainsi que de celles de trois pays candidats et des quatre membres de l'Association européenne de libre échange⁵⁵⁰.

Les décisions de l'I.R.G., prises par consensus au sein du réseau, portent sur l'approbation des documents émis, qui sont de trois sortes. Les premiers sont des « principes de mise en oeuvre et de bonnes pratiques » (« *Principles of Implementation and Best Practice* » (PIBs))⁵⁵¹, décidés en commun et destinés à être appliqués autant que possible par les ARI lorsqu'elles agissent dans les domaines concernés. Les seconds sont des rapports (« *Reports* ») qui décrivent de manière objective une situation particulière. Les derniers sont des repères (« *Benchmark* »), qui fournissent aux ARI des standards grâce auxquels elles pourront évaluer une situation, dans l'optique de la traiter ultérieurement. Les documents évoqués sont préparés par des groupes de travail spécialisés sur des thèmes particuliers comme la mise en oeuvre des directives, la position significative sur les marchés ou la coopération entre A.R.N. et A.N.C.⁵⁵². L'ensemble de ces actes, dépourvus de valeur juridique mais non dénués d'une certaine influence, est destiné à l'adoption, par les ARI, d'une approche commune sur les règles relatives au marché intérieur des communications électroniques.

⁵⁴⁹ L'ensemble des documents cités émanant de l'I.R.G. sont disponibles sur le site internet de l'institution : <http://www.irg.eu/site/en/index.asp>.

⁵⁵⁰ Les trois pays candidats : l'Ancienne république yougoslave de Macédoine, la Croatie et la Turquie ; les quatre membres de l'A.E.L.E. : Islande, Liechtenstein, Norvège, Suisse. Les directives relatives aux communications électroniques sont applicables à l'espace économique européen ainsi qu'aux pays candidats, voir : Décision du Comité mixte de l'E.E.E., n° 11/2004, du 6 février 2004, modifiant l'annexe II (Réglementation technique, normes, essais et certifications), l'annexe X (services audiovisuels) et l'annexe XI (services des télécommunications) de l'accord E.E.E., (J.O.U.E., n° L 116, du 22 avril 2004, p. 60).

⁵⁵¹ Par exemple : *Principles of implementation and best practice regarding local loop unbundling* (O7/02).

⁵⁵² Il existe onze groupes de travail : mise en oeuvre des directives, position significative sur les marchés, marché des mobiles, réseau fixe, comptabilité et analyse des coûts, analyses des marchés, consommateurs finaux, aspects réglementaires, coopération entre A.R.N. et A.N.C., IRGIS, groupe technique.

Au-delà d'un réseau d'échange d'expériences, l'I.R.G. est aussi une enceinte centralisant l'ensemble de l'information disponible, délivrée par les autorités de régulation indépendantes. En effet, un système d'information dénommé IRGIS (*Independent Regulatory Group Information System*) a été créé pour échanger des informations sur support électronique en temps réel. Cette coopération informationnelle est justifiée par l'importance de l'accès rapide à certaines données entre Etats membres pour assurer une régulation efficace. Se rapprochant de l'idée de régulation par l'information telle que conçue aux Etats-Unis⁵⁵³, l'outil mis en place se veut un moyen de prévention contre la capture des régulateurs indépendants. En effet, il est le meilleur moyen de lutter contre l'asymétrie d'informations et permet d'empêcher, grâce à une connaissance approfondie de l'état des marchés, les pressions exercées par les opérateurs sur les mesures prises par les ARI qui sont susceptibles d'affecter leur activité commerciale. Dans la même idée, un réseau des régulateurs indépendants a été créé dans le secteur énergétique.

B Le Conseil des régulateurs européens de l'énergie (C.E.E.R.)

Le Conseil des régulateurs européens de l'énergie (*Council of european energy regulators* (C.E.E.R.)) a été créé par le biais d'un « *Memorandum of Understanding* », en date du 7 mars 2000⁵⁵⁴. Il réunissait à cette époque, entre autres, les autorités de régulation italienne, espagnole et britannique⁵⁵⁵. Il est aujourd'hui composé des autorités de régulation des vingt-sept Etats membres ainsi que de deux membres de l'A.E.L.E. (la Norvège et l'Islande). Depuis le 4 octobre 2005, le C.E.E.R. a pris la forme juridique d'une association de droit belge sans but lucratif dont le siège est à Bruxelles⁵⁵⁶. Pour en devenir membre, il suffit d'être une autorité de régulation de l'énergie (ou un de ses hauts représentants) désignée par un Etat membre de l'Union européenne ou par un Etat membre de l'Espace économique européen (E.E.E.) qui adhère aux directives et règlements de l'UE relatifs à l'électricité et/ou au gaz⁵⁵⁷.

⁵⁵³ Sur ce point, voir *supra* p. 47 et s.

⁵⁵⁴ Ce document, ainsi que tous les documents émis par le C.E.E.R., est disponible sur le site internet du réseau : http://www.ceer.eu/portal/page/portal/CEER_HOME.

⁵⁵⁵ Respectivement l'A.E.E.G., la C.N.E. et l'OFGEM.

⁵⁵⁶ Voir les statuts du *Council of european energy regulators* A.S.B.L., déposés le 4 octobre 2005, article 1.

⁵⁵⁷ La notion d'autorité de régulation de l'énergie est définie dans l'article 5.3 des statuts, entre autres, par rapport à son indépendance vis-à-vis des intérêts de l'industrie de l'électricité et/ou du gaz, sur ce point, voir *infra* p. 704 et s.

Les objectifs principaux de l'association sont la promotion et le développement de marchés intérieurs efficaces et compétitifs, la coopération, l'échange d'informations et l'entraide mutuelle entre régulateurs en vue de préparer des avis d'experts alimentant les discussions avec les institutions de l'U.E. et en particulier avec la Commission. De plus, les membres de l'association se fixent comme objectif, outre l'avancement des recherches relatives aux questions de régulation, de coopérer dans la mesure du possible afin d'établir des politiques communes sur certaines matières. La coordination des politiques des autorités de régulation indépendantes est donc de mise. Pour ce faire, l'association examine et propose des directives, recommandations et « *best practices* », que les membres introduisent sur une base volontaire dans leur activité nationale de régulation⁵⁵⁸. Les décisions relatives à ces instruments incitatifs sont prises par consensus. Cependant, lorsque celui-ci n'est pas possible à obtenir, les statuts de l'association précisent que la décision est validée par un vote à la majorité qualifiée. Les votes des membres sont pondérés conformément aux principes de vote applicables au sein du Conseil des Ministres de l'U.E., tels que prévus par l'article 205 du Traité. L'élément suscite un certain étonnement au regard du statut associatif et ne correspond pas à une structure d'expertise indépendante qui devrait faire prévaloir une égalité entre ses membres et des modalités de vote à une majorité qualifiée mais non pondérée. Cependant, il pourrait démontrer la volonté du C.E.E.R. d'apparaître comme une entité proche des institutions communautaires.

Le C.E.E.R. s'est aussi fixé comme mission de conseiller et d'assister les institutions européennes sur les questions de régulation relatives à l'énergie, soit à la demande de celles-ci, soit de sa propre initiative. De plus, l'association répond aux missions confiées par les institutions européennes relatives à la préparation de mesures de mise en oeuvre des textes communautaires. Ainsi, le C.E.E.R. apparaît comme une instance à la fois d'échange et d'assistance entre ses propres membres, mais aussi de conseil pour les institutions communautaires. En témoigne l'article 13 des statuts de l'association qui prévoit qu'un représentant de la Commission européenne peut participer aux débats concernant ces missions spécifiques. Dès lors, l'ambiguïté de cette situation implique l'aménagement des règles internes. Par exemple, lorsque le C.E.E.R. travaille en collaboration avec les institutions communautaires et qu'une décision est prise à la majorité qualifiée, les membres qui ont voté pour s'estiment liés à la différence de ceux qui ont voté contre. Ces derniers peuvent exprimer leur opinion divergente qui peut d'ailleurs être publiée et diffusée.

⁵⁵⁸ Point 3.2.4. des statuts, précités.

L'ambiguïté de la situation du C.E.E.R. est confortée par la création en 2003, sur décision de la Commission européenne, d'une autre structure dont les objectifs sont presque semblables. Il s'agit du Groupe des régulateurs européens de l'électricité et du gaz, dont les objectifs sont relativement semblables. De même, un Groupe des régulateurs européens des réseaux de services et communications a vu le jour.

§3 Les groupes de régulateurs créés par la Commission européenne

Les directives relatives aux communications électroniques et à l'énergie, sous la forte influence du Parlement européen et de la Commission⁵⁵⁹, ont évoqué la création de Groupes de régulateurs européens. La formule du trente-sixième considérant de la directive 2002/21 est assez explicite sur les objectifs de la Commission pour être citée en son entier : « la Commission a indiqué son intention d'instituer un groupe européen des autorités réglementaires pour les réseaux et services de communications électroniques, qui constituerait un mécanisme approprié pour encourager la coopération et la coordination entre les autorités réglementaires nationales afin de promouvoir le développement du marché intérieur pour les réseaux et services de communications électroniques et de tendre vers une application cohérente, dans tous les Etats membres, des dispositions énoncées dans la présente directive et dans les directives particulières, notamment dans les domaines où la législation nationale mettant en oeuvre le droit communautaire confère aux autorités réglementaires nationales de très larges pouvoirs discrétionnaires pour ce qui est de l'application des règles pertinentes »⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Le Parlement européen a en effet introduit quatre amendements à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 96/92/CE et 98/30/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel (COM (2001) 125 final (J.O.C.E., n° C 240 E, du 28 août 2001, p. 60)) qui suggèrent la création par la Commission d'un groupe comprenant les autorités de régulation européennes des secteurs de l'électricité et du gaz sous cette forme : « La Commission a l'intention de créer sous peu un tel organe consultatif, par le biais d'une décision de la Commission. Ce groupe sera chargé d'encourager la coopération et la coordination des autorités de régulation nationales, afin de promouvoir le développement du marché intérieur de l'électricité et du gaz, et d'assurer une application cohérente, dans tous les Etats membres, des dispositions de cette directive et de celles du règlement sur les échanges transfrontaliers d'électricité », voir : proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 96/92/CE et 98/30/CE concernant des règles communes pour les marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel (COM (2002) 304 final), (J.O.C.E. n° C 227 E, du 24 septembre 2002 p. 393). Voir aussi : « *Commission creates European Regulators Group for Electricity and Gas* », du 12 novembre 2003, IP/03/1536.

⁵⁶⁰ Considérant n° 36 de la directive 2002/21/CE, précitée. De même dans le secteur énergétique : « La Commission a manifesté l'intention d'instituer un groupe des organes de régulation européens de l'électricité et du gaz qui constituerait un mécanisme consultatif adapté pour encourager la coopération et la coordination des autorités de régulation nationales, de manière à promouvoir le développement du marché intérieur de l'électricité et du gaz et à contribuer à l'application cohérente, dans tous les Etats membres, des dispositions visées par la présente directive, par la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et par le règlement (CE) n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité », considérant n° 14 de la directive 2003/55/CE, précitée ; considérant n° 16 de la directive 2003/54/CE, précitée.

Dès lors, l'idée de la Commission est de créer une structure visant à garantir une coordination entre les ARI⁵⁶¹ dans les domaines où elles disposent d'une certaine marge de manoeuvre. Selon Stéphane Rodrigues, une méfiance de l'institution communautaire à l'endroit de la coopération informelle aurait aussi motivé la mise en place de telles structures⁵⁶².

La décision de la Commission européenne du 29 juillet 2002 a donc institué le Groupe des régulateurs européens des réseaux et services de communications (*European Regulatory Group* (E.R.G.))⁵⁶³, et celle du 11 novembre 2003 le Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz (*European Regulatory Group on Electricity and Gas* (ERGEG))⁵⁶⁴. La création de ce qui peut être qualifié de réseaux d'autorités de régulation s'inscrit dans une tendance progressive visant à confier les tâches de coordination de l'action des administrations nationales à des entités composées de leurs représentants⁵⁶⁵ et chargées de mettre en place des actions communes par le biais d'incitations. Cependant, la création des groupes évoqués trouve son fondement dans une décision de la Commission, ce qui les différencie d'autres structures instituées dans le domaine de la coopération judiciaire, policière ou environnementale⁵⁶⁶. L'E.R.G. et l'ERGEG ne sont quand même pas les seuls exemples de réseaux de régulateurs créés par la Commission, puisqu'ils s'inscrivent dans un ensemble assez hétérogène dont l'étude comparée permet d'apporter certaines idées prospectives (A). Les groupes de régulateurs dans le domaine des communications électroniques et de l'énergie sont les seuls à avoir à la fois une compétence d'avis, de coordination et dans lesquels la Commission ne dispose pas d'une place prépondérante (B).

⁵⁶¹ A noter que la Commission précise, dans la décision 2002/627/CE (précitée), qu'il s'agit d'un groupe des autorités réglementaires nationales indépendantes, ce qui permet d'exclure, pour ceux des Etats membres qui ont confié la fonction d'A.R.N. à la fois au Ministre et à l'ARI et qui conservent un intérêt dans le secteur régulé, la présence des représentants du gouvernement au sein du réseau. Sur ce point, voir *infra* p. 708 et s.

⁵⁶² Rodrigues S. : « Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne – acquis et perspectives », précité, p. 427.

⁵⁶³ Décision 2002/627/CE, précitée.

⁵⁶⁴ Décision 2003/796/CE, précitée.

⁵⁶⁵ En ce sens : Dubos O. : « L'Union européenne : sphynx ou énigme ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, études en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Pedone, 2004, p. 49.

⁵⁶⁶ Europol et Eurojust sont des organismes de coopération policière et judiciaire en matière pénale créés respectivement par l'acte du Conseil, du 26 juillet 1995, portant établissement de la convention portant création d'un Office européen de police (Europol) (J.O.C.E., n° C 316, du 27 novembre 1995, p. 2) et la décision 2002/187/JAI du Conseil, du 28 février 2002, instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité (J.O.C.E., n° L 63, du 6 mars 2002, p. 1) ; voir : Canivet G. : « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », in Idot L., Poillot-Peruzzetto S. (dir.) « Internormativité et réseaux d'autorités, l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations », Toulouse, 24 octobre 2003, *L.P.A.*, 6 octobre 2004, n° 200, p. 45. Dans le domaine environnemental, le réseau pour la mise en oeuvre et le contrôle de l'application du droit de l'environnement de l'Union européenne (réseau IMPEL) a servi aussi de moyen de coopération entre la Communauté et les ordres juridiques nationaux ainsi qu'entre les Etats membres, voir : Blin-Franchomme M.-P. : « Internormativité et réseau d'autorités : regards sur la méthode communautaire en droit de l'environnement », in Idot L., Poillot-Peruzzetto S. (dir.), « Internormativité et réseaux d'autorités, l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations », Toulouse, 24 octobre 2003, *L.P.A.*, 6 octobre 2004, n° 200, p. 60.

A L'hétérogénéité des groupes de régulateurs

La création de groupes de régulateurs pourrait, à première vue, s'inscrire dans un mouvement initié en début de siècle par la Commission européenne. En effet, pour assurer une coordination renforcée de certaines autorités nationales, elle a dû mettre en place des réseaux chargés de différentes missions visant à faciliter la réalisation d'un véritable marché intérieur. Ainsi, le 6 juin 2001, a été créé le premier comité, dénommé Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières⁵⁶⁷, suivi dans le secteur des communications électroniques et dans celui de l'énergie des deux groupes de régulateurs en 2002 et 2003. Enfin, le règlement 1/2003 du Conseil, dans ses considérants, convient que « la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles communautaires de concurrence en étroite coopération »⁵⁶⁸.

Une observation approfondie révèle que seuls les groupes de régulateurs européens dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie ont une double fonction, à la fois de coordonner leurs positions et d'assister la Commission dans sa mission de surveillance et de proposition normative. En effet, le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières n'est qu'un organe consultatif indépendant chargé de conseiller la Commission, à sa demande ou sur initiative propre, sur les projets de mesures d'exécution dans le domaine concerné. Le Comité n'est donc pas une enceinte visant à coordonner l'action de ses membres⁵⁶⁹.

Le réseau européen de concurrence (*European Competition Network* (E.C.N.)), s'il n'a pas été créé formellement par une décision de la Commission⁵⁷⁰, apparaît aussi comme un organisme de coopération et de coordination, visant à assurer l'application effective et cohérente des règles communautaires de la concurrence, mais non de conseil.

⁵⁶⁷ Décision 2001/527/CE de la Commission, du 6 juin 2001, instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (J.O.C.E., n° L 191, du 13 juillet 2001, p. 43), modifiée par la décision de la Commission du 5 novembre 2003, modifiant la décision 2001/527/CE instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (J.O.U.E., n° L 3 du 7 janvier 2004, p. 32).

⁵⁶⁸ Quinzième considérant du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (J.O.C.E., n° L 1, du 4 janvier 2003, p. 1).

⁵⁶⁹ Ses membres sont les hauts représentants des autorités publiques dans le domaine des valeurs mobilières.

⁵⁷⁰ Le réseau européen des autorités de concurrence n'a pas été formellement créé, mais existe de fait par le truchement du règlement n° 1/2003 et de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (J.O.U.E., n° C 101, du 27 avril 2004, p. 41). De plus, une première manifestation du réseau existait déjà depuis 2001 sous la forme d'une association, l'*European Competition Authorities* (E.C.A.) réunissant les autorités européennes de la concurrence ainsi que la Commission.

De plus, la comparaison entre l'évolution normative ayant abouti à la création de l'E.C.N. diffère totalement de celle qui a justifiée la mise en place de l'E.R.G. et de l'ERGEG. En effet, le règlement 1/2003⁵⁷¹ a opéré une certaine « décentralisation »⁵⁷² du droit communautaire de la concurrence, alors que les directives de libéralisation, en prévoyant la possibilité pour la Commission de créer des groupes européens de régulateurs, visent à renforcer l'appréhension de ces secteurs sur une échelle communautaire plutôt que nationale. Le mouvement aboutissant à la création de l'E.C.N. serait, schématiquement, le contrepoint de la logique du règlement 1/2003 visant à octroyer une compétence de principe aux autorités nationales dans l'application du droit communautaire de la concurrence⁵⁷³. Au contraire, les autorités de régulation ont toujours eu la charge de la mise en oeuvre des règles communautaires sectorielles mais, aux yeux de la Commission européenne, les insuffisances dans l'application uniforme de ces textes justifie, à des fins de coordination, la création des groupes de régulateurs.

Les logiques sont inversées, mais le résultat reste-t-il identique ? En partie, certainement, dans la mesure où les autorités nationales ont la charge de l'application des règles et du contrôle des marchés et où le réseau vise à assurer une appréhension uniforme du cadre réglementaire⁵⁷⁴. Cependant, l'objectif principal de l'E.C.N. reste la coopération pour l'attribution des affaires, sur la base d'un équilibre subtil entre les principes de l'antériorité, de l'« autorité la mieux placée » et du dessaisissement lorsque la Commission ouvre une procédure⁵⁷⁵. Ces éléments de détermination de l'organe compétent ne sont aucunement explicités, par exemple, dans le texte instituant l'E.R.G.⁵⁷⁶, alors que l'intensification des

⁵⁷¹ Règlement (CE) n° 1/2003, précité.

⁵⁷² Voir sur ce point : Idot L. : « Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, études en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Pedone, 2004, spéc. p. 118. Favret J.-M. : « Le renforcement du rôle des autorités nationales dans la mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence. Le règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 », *A.J.D.A.*, 2004, p. 177 ; Nihoul P. : « Vers une nouvelle forme de concurrence », in *La décentralisation du droit communautaire de la concurrence, un rôle accru pour le praticien ?*, coll. du Centre d'études Jean Renaud, vol. 11, Bruylant, 2004, p. 7.

⁵⁷³ Conformément à l'article 5 du Règlement (CE) n° 1/2003, précité. Sur ce point, voir Godiveau G., *Droit de la libre concurrence : la nouvelle approche de l'Union européenne*, précitée, p. 452 et s. Le Professeur Loïc Grard estime aussi que le législateur communautaire s'est « résolu à fonder un contrepoint procédural sous forme d'un réseau (...). C'est une sorte de contrepartie à la décentralisation. C'est pourquoi on parle de coopération décentralisée », Grard L. : « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, études en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Pedone, 2004, p. 96.

⁵⁷⁴ En ce sens, sixième considérant de la décision 2002/627/CE, précitée.

⁵⁷⁵ Voir sur ces points les récents développements jurisprudentiels : Idot L. : « Coopération au sein du Réseau européen de concurrence », *Europe*, mai 2007, n° 144, p. 21.

⁵⁷⁶ Une règle de conflit est prévue dans le secteur énergétique : article 23 alinéa 10 de la directive 2003/54/CE, précitée ; article 25 alinéa 10 de la directive 2003/55/CE, précitée ; voir *supra* p. 635 et s.

échanges transnationaux est un objectif des textes en vigueur. En effet, pour l'instant, la concertation entre A.R.N. est de mise lorsqu'une affaire connaît une dimension transnationale⁵⁷⁷. Cette situation reste juridiquement précaire et elle fera probablement émerger, si des contentieux entre régulateurs nationaux apparaissent, la nécessité d'une règle de répartition des compétences inspirée, en partie⁵⁷⁸, du droit communautaire de la concurrence.

Enfin, une autre différence empêche d'assimiler l'ensemble des réseaux auxquels participe la Commission européenne : celle-ci fait partie de l'E.C.N., avec même un statut particulier du fait de son droit de « préemption »⁵⁷⁹, alors que dans l'E.R.G. et l'ERGEG l'institution communautaire n'est que représentée, tout en étant dénuée d'autre pouvoir que celui de participer aux réunions sans voix délibérative⁵⁸⁰. Dès lors, les groupes de régulateurs dans le domaine des communications électroniques et de l'énergie se différencient des autres groupes parce qu'ils sont les seuls à cumuler une compétence d'avis et de coordination et parce que la Commission ne dispose pas, en leur sein, d'une place aussi prépondérante.

B L'E.R.G. et l'ERGEG organes de coordination et de conseil

Les deux groupes créés par la Commission dans le secteur des communications électroniques et de l'énergie sont composés des dirigeants de chaque A.R.N. des Etats membres ou de leurs représentants. La Commission y est représentée à « haut niveau »⁵⁸¹ ou à un « niveau approprié »⁵⁸², mais n'en est pas formellement membre. Les décisions des groupes sont prises de préférence par le biais d'un consensus. Pour l'E.R.G., lorsqu'il est impossible d'obtenir un consensus et que le président des groupes estime qu'une décision est réellement nécessaire, celle-ci est prise à la majorité des deux tiers des membres présents⁵⁸³.

Ces groupes sont, en premier lieu, des enceintes consultatives. Leur mission est de conseiller et d'assister la Commission dans la consolidation du marché intérieur des réseaux

⁵⁷⁷ Sur ce point, voir *supra* p. 641 et s.

⁵⁷⁸ Aucune règle d'attribution de cas en faveur de la Commission n'est, pour l'instant envisageable, de plus, les règles d'attribution des affaires au sein de l'E.C.N. sont critiquées pour leur imprécision, en ce sens, Godiveau G., *Droit de la libre concurrence : la nouvelle approche de l'Union européenne*, précité, p. 452 et s.

⁵⁷⁹ Terme utilisé par le Professeur Laurence Idot in : « Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application », *C.D.E.*, 2003, p. 329.

⁵⁸⁰ Voir, par exemple, les articles 1 et 4 du règlement interne de l'E.R.G., *Rules of procedure for ERG*, ERG (03) 07.

⁵⁸¹ Article 2 paragraphe 4 de la décision 2003/796/CE, précitée.

⁵⁸² Article 4 de la décision 2002/627/CE, précitée.

⁵⁸³ Article 4 paragraphe 2, « *Rules of procedure for ERG* », ERG (03) 07.

considérés. Pour ce faire, les groupes peuvent délivrer des avis sur demande de l'institution communautaire ou de leur propre initiative. Plus précisément, l'ERGEG conseille et assiste la Commission pour la préparation de projets de mesures d'application dans les domaines de l'électricité et du gaz et pour toute question liée au marché intérieur dans ces deux secteurs⁵⁸⁴.

En second lieu, la Commission leur a conféré une mission d'interrégulation solidaire. Leur tâche consiste à faciliter la consultation des A.R.N. ainsi que la coordination et la coopération entre ces autorités, dans l'optique de contribuer au développement du marché intérieur et à l'application uniforme des directives. Dans le secteur des communications électroniques⁵⁸⁵, l'E.R.G. doit aussi servir d'interface de coordination entre les A.R.N. et la Commission⁵⁸⁶.

Pour ce faire, les groupes se réunissent à la demande de leur président, élu par les membres et choisi parmi eux. Les textes institutifs ne précisent rien sur le nombre de réunions annuelles. Cependant, il ressort des documents des groupes que deux réunions annuelles sont obligatoires même si, en pratique, celles-ci sont beaucoup plus fréquentes⁵⁸⁷. L'activité des groupes semble très fournie dans la mesure où de nombreux documents d'analyses ou de recommandations sont publiés⁵⁸⁸. Pour assurer cette activité, l'ERGEG est composé de trois groupes de travail, les *focus group*, divisés chacun en trois ou quatre sous-groupes, les *task force*. L'E.R.G., par contre, ne dispose pas de groupe de travail en son sein. La possibilité d'en créer lui était pourtant reconnue par la décision de la Commission⁵⁸⁹, mais cela n'a pas été le cas, certainement pour ne pas que l'activité de l'E.R.G. se superpose à celle de l'I.R.G. En effet, au regard de l'identité d'objectifs entre les groupes créés par la Commission et ceux créés sur initiative propre, l'idée d'un rapprochement s'est tout de suite imposée.

Dès lors, les groupes de régulateurs s'avèrent être des structures au sein desquelles la Commission tient une certaine place. Ces entités sont composées de représentants d'autorités de régulation indépendantes qui doivent se réunir pour coordonner leurs activités, mais aussi pour conseiller la Commission. De plus, les groupes créés spontanément et les groupes créés

⁵⁸⁴ Article 1 paragraphe 2 de la décision 2003/796/CE, précitée.

⁵⁸⁵ Rien n'est prévu sur la coopération entre les A.R.N. et la Commission dans le texte de la décision créant l'ERGEG, mais les communiqués de presse de l'institution européenne précisent cependant que la mission de l'ERGEG s'étend aussi sur ce point, voir : « *Commission creates European Regulators Group for Electricity and Gas* », du 12 novembre 2003, IP/03/1536.

⁵⁸⁶ Article 3 de la décision 2002/627/CE, précitée.

⁵⁸⁷ Sur ce point, voir les rapports annuels de l'E.R.G. et l'ERGEG publiés sur les sites internet respectifs.

⁵⁸⁸ Voir *infra*, p. 713 et s.

⁵⁸⁹ Article 5 alinéa 2 de la décision 2002/627/CE, précitée.

par la Commission ont tendance à travailler en commun. Enfin, les groupes peuvent édicter des documents de leur propre initiative, ce qui démontre une certaine liberté d'action. La question qui émerge est tout naturellement celle de savoir quelle pourra être la place de l'idée de l'indépendance des membres de ces groupes, mais aussi des groupes eux-mêmes dans ces formes de coordination institutionnalisée des ARI.

Section II : L'indépendance dans le cadre de la coordination des ARI en réseau

L'idée de l'indépendance peut être évoquée dans son acception horizontale. En réunissant les ARI au sein de groupes de régulateurs ce type d'interdépendance institutionnalisée a une influence positive sur la protection, voire l'amélioration, des garanties de l'indépendance des membres dans leur propre ordre juridique.

L'idée de l'indépendance peut aussi être envisagée dans une optique verticale. Dès lors, l'indépendance ne peut pas être appréhendée de la même manière que dans les ordres juridiques nationaux. L'idée de l'indépendance est renouvelée à partir du moment où elle est évoquée en rapport avec l'interdépendance institutionnalisée. La question qui se pose est celle de savoir si la structure réunissant les ARI doit être indépendante. En cas de réponse positive, par rapport à qui doit-elle être indépendante ?

D'une part, les groupes de régulateurs doivent être impérativement indépendants par rapport au Conseil⁵⁹⁰. Certains groupes étant créés sur initiative des ARI et les autres par une décision de la Commission, il ne devrait pas y avoir d'influence possible du Conseil ou des Etats membres, même si certains doutes peuvent être soulevés. D'autre part, pour des raisons tenant aux soupçons de politisation et de capture de la Commission, mais surtout à l'indépendance nécessaire de l'expertise technique reconnue implicitement par les décisions créant l'E.R.G. et l'ERGEG⁵⁹¹, il serait fortement conseillé que les groupes de régulateurs soient indépendants de celle-ci⁵⁹². Or, certains groupes ont été créés par la Commission qui dispose d'une place privilégiée en leur sein. Dès lors, il convient d'évaluer si la proximité

⁵⁹⁰ Pour de plus amples développements sur ce point, voir *infra*, p. 740 et s.

⁵⁹¹ Comme le souligne l'article premier de la décision 2003/796/CE, précitée : « Par la présente décision, la Commission crée un groupe consultatif indépendant pour les secteurs de l'électricité et du gaz ». Rien n'est prévu dans la décision 2002/627/CE, précitée. Cependant, le cinquième considérant du règlement interne de l'E.R.G. précise que « le Groupe devrait avoir une fonction de conseil et agir de manière indépendante », voir : *Rules of procedure for E.R.G. as proposed by the European Regulators Group*, E.R.G. (03) 07.

⁵⁹² Pour de plus amples développements sur ce point, voir *infra*, p. 742 et s.

entre ces groupes et ceux créés sur initiative propre permet encore de dire que ces entités réunissant les ARI fournissent une expertise indépendante à la Commission.

Ainsi, l'appréhension horizontale de l'indépendance révèle un développement de l'indépendance des membres du réseau (§1). La vision verticale démontre que l'indépendance organique peut faire émerger quelques doutes alors que l'indépendance dans le fonctionnement quotidien de ces groupes semble réelle (§2).

§1 Une appréhension horizontale, l'indépendance des membres du réseau

Les groupes de régulateurs européens contribuent à un renforcement de l'idée de l'indépendance des ARI dans les ordres juridiques des Etats membres. L'argument relève plus du domaine comportemental que du domaine juridique, cependant, il n'est pas dénué d'intérêt. Les groupes de régulateurs européens, qu'ils aient été créés de manière spontanée ou par la Commission, forment une caisse de résonance pour l'indépendance réelle des autorités de régulation⁵⁹³.

D'une part, la réunion périodique des ARI au sein de ces groupes incite à l'indépendance et contribue à la garantir par un effet d'assimilation. En se comparant aux autres ARI, celles qui ne disposent pas d'une indépendance réelle par rapport aux influences politiques la réclameront probablement dans leur propre ordre juridique (A). D'autre part, l'accent continuellement mis sur l'exigence d'indépendance par les documents produits au sein de ces groupes pousse les Etats membres et les instances européennes à protéger celle-ci dans leurs dispositions normatives (B). Dès lors, l'interdépendance des ARI, lorsqu'elle est institutionnalisée sous la forme de groupes de régulateurs, est un facteur de garantie et d'amélioration de leur indépendance au niveau interne.

A L'incitation à l'indépendance par un effet d'assimilation

Les réunions périodiques au sein des groupes d'autorités de régulation des Etats membres permettent, par effet d'assimilation, d'ancrer le principe de l'indépendance dans les

⁵⁹³ Comme le souligne Audrey Baudrier « les autorités nationales de régulation qui appartiennent à une association régionale de régulateurs poursuivant des objectifs similaires sont davantage intéressés à défendre leur indépendance et à mettre leurs compétences en valeur », Baudrier A. : « De la régulation à l'interrégulation : la gouvernance des télécommunications à l'épreuve des principes démocratiques », in *La démocratie à l'épreuve de la Société numérique*, Coll. GEMDEV Karthala, 2008, p. 100.

mentalités. Lorsque les représentants des ARI se rendent périodiquement dans des réunions auxquelles siègent des autorités de régulation qui disposent d'une indépendance organique et fonctionnelle mieux assurée que la leur, il y a de grandes chances pour qu'ils réclament des garanties allant dans ce sens à leurs législateurs nationaux. En effet, quelle peut être la crédibilité au sein d'un groupe européen de régulateurs d'une autorité ne disposant pas de garanties suffisantes d'indépendance dans son ordre juridique ? D'autant plus lorsque le groupe de régulateurs édicte des documents prônant une indépendance accrue des ARI et désigne nommément celles qui ne le sont pas suffisamment⁵⁹⁴. Dès lors, par la comparaison et par un effet d'assimilation, les réunions périodiques des autorités de régulation incitent celles-ci à peser de tout leur poids sur leurs législateurs nationaux pour accéder à un niveau convenable d'indépendance.

Il serait aussi possible d'imaginer un autre moyen, pour les groupes de régulateurs, de peser sur la généralisation de l'indépendance. Il s'agirait d'en faire un critère d'adhésion aux groupes spontanés de régulateurs européens (I.R.G. et C.E.E.R.).

Pour l'I.R.G., le critère d'appartenance pour être membre est simple, mais prête quand même à interprétation : il faut être une autorité de régulation nationale indépendante d'un pays européen mettant en oeuvre les directives relatives aux communications électroniques⁵⁹⁵. Si la deuxième partie du critère ne fait pas défaut, la question se pose de savoir quelle est la nature de l'indépendance exigée pour faire partie du réseau. Alors que l'I.R.G. se décrit comme une structure totalement indépendante composée de régulateurs indépendants⁵⁹⁶, il apparaît néanmoins que ce caractère n'est envisagé que globalement, voire formellement, eu égard à la liste actuelle de ses membres⁵⁹⁷.

Les statuts du C.E.E.R. précisent de manière plus complète la condition d'indépendance. En effet, les ARI doivent être totalement indépendantes des intérêts de l'industrie de l'électricité et/ou du gaz. Néanmoins, ce critère doit être interprété conformément aux directives 2003/54 et 2003/55 et au règlement n° 1228/2003. Au regard de cette dernière précision la condition apparaît donc revue à la baisse. En effet, ces textes n'exigent que de manière très laconique la totale indépendance par rapport au secteur concerné.

⁵⁹⁴ Sur ce point, voir *infra* p. 706 et s.

⁵⁹⁵ Rapport annuel 2003 de l'I.R.G., pt 2.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, pt 1.

⁵⁹⁷ En effet, la composition de l'I.R.G. ne révèle pas d'exclusion pour cause de manque d'indépendance dans la mesure où les 27 autorités de régulation des Etats membres y siègent.

Dès lors, le seul fait de réunir des régulateurs en fonction de leur caractéristique commune d'indépendance pourrait, par effet d'entraînement, inciter ceux qui ne sont pas admis, faute d'indépendance, à réclamer le renforcement de cette qualité dans leur propre ordre juridique. Si cette idée est difficilement envisageable dans le cadre des groupes de régulateurs européens, dans la mesure où il s'agirait d'une sanction indirecte d'une mauvaise transposition des directives par les Etats membres⁵⁹⁸, elle est concevable dans le cadre des groupes spontanés de régulateurs européens (I.R.G. et C.E.E.R.). En effet, les statuts de leur association pourraient exiger des critères stricts d'indépendance, et partant, refuser l'adhésion des A.R.N. qui n'y satisfont pas. Or l'assemblée générale du C.E.E.R., par exemple, délibère pour admettre ou non un candidat en tant que membre de droit dans l'association et peut décider d'exclure tout membre qui ne respecte pas les statuts. Le critère de l'indépendance pourrait être envisagé comme moyen de pression. En conjuguant cet élément avec les méthodes de travail entre groupes de régulateurs spontanés et groupes de régulateurs créés par la Commission, une situation paradoxale verrait le jour. Les premiers servant souvent d'enceintes de travail pour les seconds⁵⁹⁹, les régulateurs insuffisamment indépendants se verraient privés d'accès aux recherches de l'I.R.G. et du C.E.E.R. et uniquement inclus dans les réunions de validation des groupes créés par la Commission.

Avec cette hypothèse, encore une fois, l'objectif d'indépendance se heurte à celui de l'efficacité. En effet, en excluant un membre du groupe pour cause de manque d'indépendance une deuxième sanction contre-productive apparaîtrait. Elle s'analyse en l'absence d'intégration des marchés. Cela explique probablement pourquoi cette technique n'a jamais été utilisée de manière si brutale. Il faut donc s'en remettre à une conclusion raisonnable : les objectifs d'intégration des marchés priment sur le souci d'indépendance. Faute d'action si radicale, les groupes de régulateurs européens demandent régulièrement des mesures pour renforcer le degré d'indépendance des autorités nationales.

⁵⁹⁸ En effet, la Commission ne pourrait d'une part, exclure pour manque d'indépendance une autorité de régulation sans d'autre part, initier un recours en manquement pour mauvaise transposition de l'exigence d'indépendance contenue dans les directives de libéralisation.

⁵⁹⁹ Voir *infra* p. 711 et s.

B L'incitation explicite à l'indépendance des ARI

Nombreux sont les rapports ou communiqués de presse des groupes de régulateurs indépendants qui réclament une indépendance accrue pour les ARI⁶⁰⁰. Certains vont plus loin que la simple revendication et mettent en évidence non seulement les dispositions nationales nécessaires pour atteindre un degré élevé d'indépendance, mais citent aussi les autorités de régulation nationales qui ne disposent pas de garanties suffisantes. Par exemple, le rapport de l'ERGEG du 6 décembre 2006⁶⁰¹ cite la France, l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne dans l'ensemble des pays dont les A.R.N. ne bénéficient pas d'une indépendance fonctionnelle dans la mesure où le ministre responsable peut approuver, rejeter ou modifier les décisions des régulateurs⁶⁰². Ce rapport a été envoyé à la Commission européenne, le 8 décembre 2006, avec les contributions nationales⁶⁰³ élaborées par les régulateurs indépendants sur leur statut juridique, pour que celle-ci prenne acte des « décalages entre la réalité et les compétences souhaitées pour les autorités de régulation »⁶⁰⁴. Dans la même lignée, les groupes de régulateurs demandent à ce que leurs pouvoirs soient renforcés et harmonisés⁶⁰⁵, notamment dans le domaine décisionnel⁶⁰⁶, celui des sanctions⁶⁰⁷ et de l'interrégulation⁶⁰⁸.

Ces éléments ont été pris en compte par la Commission européenne dans le cadre de la réforme envisagée des directives relatives aux secteurs de l'énergie et des communications électroniques. En effet, l'E.R.G. approuve les propositions de la Commission allant dans le

⁶⁰⁰ Les documents publics de l'ERGEG, du C.E.E.R., de l'E.R.G. et de l'I.R.G. mettent en avant la nécessité d'une indépendance accrue des autorités de régulation, voir par exemple : C.E.E.R. *response to the energy Green paper*, C06-SEM-18-03, pt 2.4 ; plus récemment à propos des mesures proposées par la Commission dans le cadre du troisième paquet énergie qui visent à renforcer l'indépendance des A.R.N. : « *EU energy regulators back the European Commission's 3rd energy package proposals* », PR-07-09 ; voir aussi dans le secteur des communications électroniques : E.R.G. : « *E.R.G. ready for extended role* », ERG (07) 70 ; E.R.G., lettre adressée au Commissaire Viviane Reding, 6 novembre 2007.

⁶⁰¹ ERGEG, « *Compatibility of national legal conditions concerning regulatory competences* », du 6 décembre 2006, E06-REM-08-03, p. 8.

⁶⁰² Les autres Etats membres de l'E.E.E. cités dans le même cas sont l'Autriche, la Grèce, Malte, la Norvège et la Slovaquie.

⁶⁰³ Voir : Belin H. : « Les régulateurs relèvent l'existence de problèmes graves », *Europolitique*, mardi 12 décembre 2006, n° 3208, p. 10.

⁶⁰⁴ ERGEG et C.E.E.R., « *Energy regulators present key reports to Commissioner Piebalgs assessing the development of the EU energy markets in 2006* », PR-06-14.

⁶⁰⁵ C.E.E.R. *response to the energy Green paper*, C06-SEM-18-03, pt 2.4 ; ERGEG : « *3rd legislative package input ; paper 5 : powers and independence of national regulators* », 5 juin 2007, C07-SER-13-06-5-PD, pt 3.

⁶⁰⁶ ERGEG : « *3rd legislative package input ; paper 2 : legal and regulatory framework for a european system of energy regulation* », 5 juin 2007, C07-SER-13-06-02-PD, pt. 2.

⁶⁰⁷ Voir : ERGEG et C.E.E.R., « *Madrid Forum supports an EU Agency for the cooperation of regulators* », PR-07-11 ; ERGEG et C.E.E.R., « *EU energy regulators back the European Commission's third energy package proposals* », PR-07-09.

⁶⁰⁸ E.R.G., lettre adressée au Commissaire Viviane Reding, 6 novembre 2007.

sens d'un renforcement des pouvoirs et d'« une protection accrue de l'indépendance des autorités de régulation nationales que l'E.R.G. considère comme la pierre angulaire d'une régulation efficace »⁶⁰⁹. L'ERGEG remarque aussi les progrès substantiels, envisagés dans le troisième paquet énergétique présenté par la Commission, sur les mesures visant à renforcer les pouvoirs et l'indépendance des ARI⁶¹⁰.

Par conséquent, les groupes de régulateurs européens, qu'ils soient créés par la Commission ou qu'ils se soient formés de manière spontanée, disposent d'un pouvoir d'incitation conséquent sur la scène européenne. Dès lors, il est possible de conclure en constatant que l'interdépendance, lorsqu'elle est institutionnalisée sous cette forme, révèle les cas de manque d'indépendance, mais aide aussi à assurer et à améliorer les garanties de l'indépendance. En ce sens, ces structures servent de caisse de résonance pour l'indépendance. D'une part, une pression est exercée sur les décideurs nationaux par leurs propres ARI. En effet, celles-ci peuvent réclamer une indépendance accrue dans leur propre ordre juridique dans la mesure où elles ont régulièrement l'occasion de se confronter à d'autres ARI disposant de garanties plus fortes. D'autre part, elle s'exerce aussi sur la Commission européenne qui, sous l'influence des groupes de régulateurs, intègre des éléments allant dans le sens d'une indépendance renforcée dans ses propositions. L'interdépendance européenne est donc un facteur d'amplification de l'indépendance à l'échelle nationale. A l'échelle communautaire, la question se pose en d'autres termes.

§2 Une appréhension verticale, l'indépendance du réseau

L'indépendance des groupes de régulateurs peut être envisagée de manière verticale. L'analyse doit donc évaluer si les actes institutifs des groupes leur permettent de disposer d'une certaine indépendance (A). Il convient, ensuite, d'observer le fonctionnement de ces groupes de régulateurs pour savoir si la configuration actuelle, qui suppose deux sortes d'entités, dont une est créée par la Commission, qui travaillent en étroite collaboration, n'implique pas une attraction de la structure communautaire ou une absence d'expertise indépendante (B).

⁶⁰⁹ E.R.G. : « *E.R.G. ready for extended role* », ERG (07) 70.

⁶¹⁰ ERGEG et C.E.E.R., « *EU energy regulators back the European Commission's third energy package proposals* », PR-07-09 ; ERGEG et C.E.E.R. : « *Madrid Forum supports an EU agency for the cooperation of regulators* », PR-07-11.

A L'indépendance organique des groupes face à la Commission

L'indépendance organique des groupes face à la Commission ne peut être envisagée que pour les groupes créés par celle-ci. En effet, la question ne se pose pas pour le C.E.E.R. et l'I.R.G. dans la mesure où il s'agit d'associations dont l'indépendance organique ne fait pas de doutes et dont l'indépendance fonctionnelle ne peut être appréhendée que dans ses rapports privilégiés avec les groupes de régulateurs créés par la Commission.

La question de l'indépendance des groupes de régulateurs européens trouve sa cause dans la formulation même des textes de la Commission. En effet, la décision créant l'E.R.G. dispose dans son article premier qu'« un groupe consultatif des autorités réglementaires nationales indépendantes sur les réseaux et les services de communications électroniques appelé “groupe des régulateurs européens” (...) est institué par la présente décision »⁶¹¹. Une phraséologie différente est employée pour l'ERGEG : « par la présente décision, la Commission crée un groupe consultatif indépendant pour les secteurs de l'électricité et du gaz (...) »⁶¹².

Les groupes de régulateurs européens forment-ils un réseau indépendant d'A.R.N. ou un réseau d'autorités de régulation indépendantes ? Autrement dit, l'indépendance a-t-elle une dimension juridiquement contraignante au niveau communautaire ?

D'une part, l'interprétation de la formule évoquant un « groupe consultatif des autorités réglementaires nationales indépendantes » impliquerait qu'un réseau d'autorités indépendantes a été créé, mais que cette indépendance n'a qu'une nature nationale et non communautaire. En effet, la Commission, dans sa décision de 2002 instituant l'E.R.G., ne s'est pas attardée dans les dispositions contraignantes sur la notion d'indépendance mais seulement sur celle d'« autorité réglementaire nationale » qu'elle définissait conformément aux directives en vigueur. Tout au plus pouvait-on relever, dans les considérants, l'obligation pour les Etats membres de garantir l'indépendance des A.R.N.⁶¹³. Cependant, la décision de la

⁶¹¹ Article premier de la décision 2002/627/CE, précitée.

⁶¹² Article premier de la décision 2003/796/CE, précitée ; il est important de noter que la décision 2001/527/CE, précitée, crée aussi un « comité consultatif indépendant des valeurs mobilières » selon son premier article.

⁶¹³ Voir par exemple le deuxième considérant : « Conformément à la directive “cadre”, les États membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques. Les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques doivent aussi veiller à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une

Commission du 14 septembre 2004⁶¹⁴ vient clarifier et réaffirmer l'exigence d'indépendance. Elle modifie l'article quatre de la décision de 2002 en introduisant la mention : « le groupe est composé de responsables de l'autorité de réglementation nationale indépendante »⁶¹⁵. La portée de la décision modifiée viserait tout simplement à ce que les Etats membres n'envoient pas, dans le groupe, de dirigeants d'une autorité réglementaire nationale qui ne soit pas indépendante. Ces formules, indirectement, inciteraient aussi les Etats membres à la création de réelles ARI. En effet, l'E.R.G. aurait eu une toute autre configuration que celle imaginée par la Commission si les Etats membres avaient pu mandater une A.R.N. non indépendante. En prenant le cas espagnol, les fonctions d'A.R.N. ont été explicitement confiées à plusieurs entités, dont la C.M.T. et certaines directions ministérielles⁶¹⁶. Le simple fait d'envoyer un membre de la direction ministérielle au sein du réseau aurait fait perdre toute l'ambition du Groupe des régulateurs européens. Dès lors, la formule employée par la Commission dans la décision créant l'E.R.G. viserait uniquement à garantir l'indépendance de l'A.R.N. vis-à-vis de l'Etat membre et non à l'échelle européenne. Néanmoins, le cinquième considérant du règlement interne de l'E.R.G. précise que « le Groupe devrait avoir une fonction de conseil et agir de manière indépendante »⁶¹⁷. Sachant que cet acte devait, selon la décision du 29 juillet 2002⁶¹⁸, être approuvé par la Commission pour être considéré comme adopté, il semble que l'indépendance d'action vis-à-vis de celle-ci fasse l'objet d'un accord commun.

D'autre part, pour l'ERGEG, l'appréhension littérale de la formule visant à instituer un « groupe consultatif indépendant »⁶¹⁹, impliquerait que ce réseau soit indépendant, notamment de l'organe qui l'a créé, c'est-à-dire de la Commission. Cependant, aucune garantie d'indépendance n'est prévue. De plus, il est important de relever que la construction quasiment similaire des textes instituant l'ERGEG et l'E.R.G. ne reflète pas la distinction sémantique des deux articles premier, dans la mesure où la place accordée à la Commission

part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part », décision 2002/627/CE, précitée.

⁶¹⁴ Décision 2004/641/CE de la Commission, du 14 septembre 2004, modifiant la décision 2002/627/CE, instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, (J.O.C.E., n° L 293, du 16 septembre 2004, p. 30).

⁶¹⁵ *Ibid.*, article premier.

⁶¹⁶ Article 46, *ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones* (BOE, n° 264, du 4 novembre 2003), « Seront considérées comme autorités nationales de réglementation des télécommunications : a) le gouvernement ; b) les organes supérieurs et de direction du Ministre des sciences et de la technologie qui, conformément à la structure organique du département, assumeront les compétences prévues par cette loi ; c) les organes supérieurs et de direction du Ministre de l'économie en matière de régulation des prix ; d) la Commission du marché des télécommunications ; e) l'Agence étatique des radiocommunications ». Voir *supra* p. 371 et s.

⁶¹⁷ *Rules of procedure for E.R.G. as proposed by the European Regulators Group*, E.R.G. (03) 07.

⁶¹⁸ Article 5 alinéa 4 de la décision 2002/627/CE, précitée.

⁶¹⁹ Article premier de la décision 2003/796/CE, précitée.

européenne est identique. Celle-ci est représentée à un niveau approprié⁶²⁰ dans le groupe qui est composé des dirigeants de chaque autorité réglementaire nationale ou de leurs représentants. Dès lors, la Commission n'est pas membre du groupe, elle n'a aucune voix délibérative. Elle peut seulement participer à toutes les réunions ainsi qu'à celles des sous-groupes et groupes de travail. En outre, l'unique pouvoir que détient la Commission dans ces deux réseaux réside dans l'approbation du règlement intérieur⁶²¹. Il est donc difficile de dire que celle-ci ait réellement une place prépondérante dans le réseau, mais une influence est concevable.

Il y a d'autres éléments qui pourraient faire douter de l'indépendance de ces organes par rapport à la Commission. En effet, aucune disposition bénéficiant d'une force obligatoire ne permet d'affirmer que les groupes bénéficient de garanties allant dans le sens de l'indépendance. De plus, la Commission assure leur secrétariat, est le destinataire du rapport annuel et rembourse les frais de voyage et de séjour. Ces éléments restent des moyens de pression conséquents sur les groupes, d'autant plus lorsqu'ils sont cumulés avec la présence de la Commission au sein des réunions et des groupes de travail⁶²². De même, la Commission a créé ces groupes par des décisions. Conformément au principe du parallélisme des formes elle dispose donc de la possibilité de les dissoudre à tout moment par le même type d'acte. Par conséquent, l'hypothèse d'une ingérence de l'institution communautaire dans l'activité des groupes est envisageable. Cependant, une approche fonctionnelle de l'activité des groupes infirme cette idée dans la mesure où ceux-ci disposent d'une assez grande marge de manoeuvre.

B L'indépendance réciproque des groupes spontanés et des groupes créés

La ressemblance des objectifs assignés, d'une part, aux groupes spontanés de régulateurs européens et, d'autre part, à ceux créés par la Commission, ajoutée à des considérations techniques d'économie de structures implique une attraction réciproque entre ces réseaux. Dès lors, dans leurs secteurs respectifs, ces groupes vont travailler en parallèle, ce qui crée une certaine confusion quant au rôle de chacun et implique la question de l'utilité

⁶²⁰ Dans le cas de l'ERGEG la formule est différente mais n'implique, *a priori*, aucun changement : « La Commission devrait y être représentée à un haut niveau », selon le septième considérant et l'article 2 alinéa 4 de la décision 2003/796/CE, précitée.

⁶²¹ Le règlement intérieur est approuvé par consensus ou, en l'absence de consensus à la majorité des deux tiers, chaque Etat membre disposant d'une voix, sous réserve de l'approbation de la Commission, selon l'article 5 alinéa 3 de la décision 2003/796/CE et l'article 5 alinéa 4 de la décision 2002/627/CE, précitées.

⁶²² Sur la présence d'un représentant du gouvernement lors des réunions des ARI dans les Etats membres, voir *supra*, p. 348 et s.

de ces deux structures. En effet, il résulte de l'étude des documents produits par les groupes de régulateurs européens, qu'ils aient été créés par une décision de la Commission ou non, qu'un grand nombre sont publiés sous une double bannière. Cependant, si ces groupes ont tout de suite vu l'intérêt qu'il y avait au rapprochement de leurs deux structures, ils conservent néanmoins une identité propre motivée par l'importance de se soustraire à l'influence de la Commission européenne.

Le travail conjoint mené depuis quelques années dans le secteur des communications électroniques par l'I.R.G. et l'E.R.G. et dans celui de l'énergie par le C.E.E.R. et l'ERGEG, a contribué à faire progresser et converger les actions menées par les ARI dans leurs Etats membres respectifs, ce qui conforte l'idée que les groupes de régulateurs fournissent une expertise indépendante. De plus, les groupes de régulateurs européens créés par la Commission disposent d'une certaine liberté d'action à l'égard de celle-ci, notamment en utilisant la possibilité qui leur est offerte de délivrer des avis sur initiative propre, ce dont ils ne se privent pas⁶²³.

1 Un rapprochement des groupes de régulateurs sans assimilation

Alors que les groupes de régulateurs européens créés sur initiative spontanée (I.R.G. et C.E.E.R.) sont nés avant les groupes de régulateurs européens créés par la Commission (E.R.G. et ERGEG), il apparaît que les premiers ont été utilisés par les seconds comme structure de travail. En effet, nombre d'avis adressés par l'E.R.G. et l'ERGEG à l'institution communautaire résultent de recherches réalisées par les groupes de travail de l'I.R.G. et du C.E.E.R. Ces instances ont donc mené à la fois des actions parallèles et des actions conjointes. De plus, les groupes de régulateurs européens créés par la Commission font office d'enceintes appropriées pour le dialogue entre celle-ci et les groupes de régulateurs européens créés sur initiative propre. Par conséquent, il n'est pas possible d'envisager une absorption de l'I.R.G. et du C.E.E.R. par les structures communautaires mais seulement une attraction causée par l'utilité de disposer d'une plate-forme de dialogue avec la Commission européenne.

L'idée d'un travail en commun de ces groupes de régulateurs européens est motivée par leurs caractéristiques relativement semblables. Il est vrai que, hormis la participation de la Commission aux réunions des réseaux dont elle est l'instigatrice, la composition et la présidence de l'ensemble de ces groupes est identique. De plus, les objectifs qu'ils se sont, ou

⁶²³ Voir *infra* p. 713 et s.

que la Commission leur a assignés apparaissent convergents. Tous peuvent, sur demande ou de leur propre initiative conseiller l'institution européenne. Ils ont aussi, dans l'ensemble, comme mission de contribuer au développement du marché intérieur des secteurs dont ils ont la charge⁶²⁴. Enfin, tous servent d'enceinte d'interrégulation solidaire et favorisent la coopération entre les autorités de régulation indépendantes et la Commission.

Dès lors, à quoi bon maintenir deux types d'instances dont les membres et les missions sont semblables ? La réponse est donnée par le Président de l'I.R.G. qui explique que la différence entre ces groupes est certes faible, mais conséquente : la Commission ne participe pas aux débats de l'I.R.G. Pour appuyer cette distinction, la formule employée est intéressante : « l'I.R.G. est un *forum* indépendant pour des régulateurs indépendants (...) [qui] fournit un espace pour les régulateurs dans l'optique d'échanger des points de vue professionnels et d'arriver à des accords sans la participation de décideurs ou de responsables politiques »⁶²⁵. Est-ce à dire que l'E.R.G. serait, par déduction, un *forum* non indépendant ? L'idée apparaît un peu trop radicale et le choix entre la structure communautaire ou non est justifié en ces termes : « il y a des cas dans lesquels les A.R.N. estiment à l'avance que leur capacité à fournir des avis à la Commission requiert certaines considérations hors de la présence de la Commission »⁶²⁶. Dès lors, c'est la structure de l'I.R.G. qui est choisie. Hormis les cas dans lesquels il est manifeste qu'une bonne décision implique l'absence de la Commission européenne, les groupes de régulateurs travaillent en commun. En effet, des considérations pratiques viennent tout naturellement s'ajouter aux considérations organiques : rien ne sert de dupliquer les structures ou les déplacements de l'ensemble des représentants des ARI européennes, mieux vaut rationaliser le travail et regrouper les réunions.

⁶²⁴ Voir, par exemple, les sixièmes considérants de la décision 2002/627/CE et de la décision 2003/796/CE, précitées ; dans le même sens, voir les missions de l'I.R.G. sur leur site internet ainsi que l'article 2 du *Memorandum of Understanding for the establishment of the council of european energy regulators*, du 7 mars 2000.

⁶²⁵ Traduction libre et partielle de la préface du Président de l'I.R.G. : « *The difference in membership is small but significant; the European Commission attends the ERG meetings but is not a member of the IRG. The IRG is a wholly independent forum for independent regulators and includes colleagues from the EU Accession Countries as full members. The IRG provides a space for regulators to exchange professional views with each other, and come to agreements without the involvement of policy makers or politicians* », in rapport annuel 2003, pt. 1.

⁶²⁶ I.R.G./E.R.G. : « *A guide to who we are and what we do* », février 2006, ERG (06) 03.

2 L'apport d'une réelle expertise indépendante

Si, à l'origine de la création des groupes de régulateurs européens par la Commission, l'instauration de relations entre les groupes communautaires et non communautaires a été difficile, un équilibre est désormais atteint⁶²⁷. L'I.R.G. et le C.E.E.R. assurent globalement le travail journalier et fournissent le fruit de leur travail lors des réunions annuelles qui se déroulent en parallèle avec, respectivement, l'E.R.G. et l'ERGEG. Les conclusions relatives à ces travaux sont approuvées conjointement par les groupes communautaires et non communautaires lors de ces réunions. Il est vrai que les actes émis par les groupes de régulateurs n'ont aucune valeur juridique. Cependant, comme le souligne Christian Stoffaës, « en pratique, leurs travaux et leurs prises de positions exercent une influence certaine, notamment pour l'élaboration de nouvelles réglementations, et ils sont généralement suivis tant au niveau national qu'eupéen »⁶²⁸ dans le secteur des communications électroniques et dans celui de l'énergie.

- L'interrégulation en réseau dans le secteur des communications électroniques

L'E.R.G. ne dispose pas de groupes de travail en son sein. Dès lors, ce sont les experts de l'I.R.G.⁶²⁹ qui réalisent l'ensemble des recherches et l'élaboration des documents officiels. A partir de 2004, d'ailleurs, un programme de travail conjoint a été mis en place entre les deux entités. De plus, du fait d'une visibilité accrue de l'E.R.G., certaines activités, comme les consultations publiques d'opérateurs ou la détermination précise des critères de la notion de position significative sur un marché⁶³⁰, sont menées par les experts de l'I.R.G. sous la bannière de l'E.R.G.⁶³¹. Par conséquent, les documents émis par l'E.R.G., qui prennent la forme de positions communes (positions du groupe émises sur sa seule initiative), d'opinions (avis du groupe sur demande de la Commission ou d'une autre entité) ou de rapports (descriptions objectives d'une matière intéressant le groupe), sont très souvent le fruit du travail de l'I.R.G. adoptés au sein de l'E.R.G. avec la participation de la Commission.

⁶²⁷ En ce sens, I.R.G., rapport annuel 2003, pt. 1.

⁶²⁸ Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës : « Vers une régulation européenne des réseaux », Coll. ISUPE, novembre 2003, p. 82.

⁶²⁹ Les experts de l'I.R.G. se réunissent sous la forme de onze groupes spécialisés composés du personnel des autorités de régulation indépendantes des Etats membres.

⁶³⁰ Le *working paper on the SMP concept for the new regulatory framework*, mai 2003, de l'E.R.G. a été, comme le précise ce document, préparé par l'I.R.G.

⁶³¹ En ce sens, I.R.G., rapport annuel 2003, pt. 3.

En terme d'efficacité, il convient de reconnaître l'apport conséquent des groupes de régulateurs européens à l'évolution pratique de la régulation⁶³². En effet, l'I.R.G. et l'E.R.G. ont contribué à réaliser des avancées notables sur les thèmes qui intéressent le phénomène de l'interdépendance entre régulateurs. Il suffit de citer en exemple le document de l'I.R.G. sur la collaboration entre les A.R.N. et les A.N.C. qui incite à l'échange d'informations, à la clarification du partage des compétences et à la concertation réciproque⁶³³. De même, l'I.R.G. et l'E.R.G. ont produit un document conjoint affirmant leurs réserves sur le projet de recommandation de la Commission sur les marchés pertinents. Ils estiment en effet que le retrait ou la conservation de certains marchés de la liste ne correspond pas à la véritable situation concurrentielle dans les différents Etats membres⁶³⁴. La Commission européenne n'a pas suivi cet avis pour remodeler sa nouvelle recommandation⁶³⁵, ce que regrettent les groupes de régulateurs européens⁶³⁶. Les divergences de vues entre les groupes de régulateurs et la Commission démontrent que les premiers disposent d'une large marge de manoeuvre et fournissent une réelle expertise indépendante.

Ces groupes font aussi office de conseil dans le cadre spécifique de la procédure de l'article 7 de la directive « cadre »⁶³⁷. D'une part, ils ont produit un document de travail sur la notion de position significative sur un marché dans le cadre des textes en vigueur⁶³⁸. D'autre part, des groupes d'experts *ad hoc* de l'I.R.G. peuvent être désignés pour conseiller les ARI qui le demandent lorsqu'une « lettre de doutes sérieux » a été envoyée par la Commission. Cette procédure a été mise en oeuvre deux fois pendant l'année 2006. Les groupes d'experts *ad hoc* ont conclu à la pertinence, pour la *Bundesnetzagentur* et l'ARI hollandaise⁶³⁹, d'abandonner les projets de mesures, car ils estimaient que les objections adressées par la Commission étaient fondées. Sans attendre l'issue de la deuxième phase initiée par la Commission, les deux autorités de régulation ont retiré leurs projets. Il en fut de même, en

⁶³² Pour une présentation détaillée des travaux de l'I.R.G. et de l'E.R.G., voir, ARCEP, rapport annuel 2006, p. 105 et s.

⁶³³ I.R.G. *position paper* : « *collaboration between National Regulatory Authorities and National Competition Authorities of the Independent Regulators Group's (I.R.G.) member's countries* », du 25 novembre 2002.

⁶³⁴ I.R.G./E.R.G. *opinion on the draft recommendation on relevant markets*, IRG (07) 25.

⁶³⁵ Recommandation de la Commission, n° 2007/879/CE, du 17 décembre 2007, concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2001/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.U.E., n° L 344, du 28 décembre 2007, p. 65).

⁶³⁶ En ce sens, E.R.G. *press release*, « *E.R.G. ready for extended role* », ERG (07) 70.

⁶³⁷ Sur cette procédure, voir *supra* p. 662 et s.

⁶³⁸ E.R.G. : « *working paper on the SMP concept for the new regulatory framework* », mai 2003.

⁶³⁹ *Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit* (O.P.T.A.).

2007, pour A.G.Com et l'autorité de régulation indépendante polonaise⁶⁴⁰. Par conséquent, l'I.R.G. fait office de plate-forme indépendante de conseil pour les ARI, en complément de la procédure initiée par la Commission. Il s'agit ici d'une formule d'interrégulation solidaire particulièrement efficace. En outre, au regard du parallélisme entre la procédure de l'article 7 de la directive « cadre », telle que menée par la Commission, et l'avis de l'I.R.G., le groupe des régulateurs européens créé sur initiative communautaire demande formellement à la Commission de ne pas rendre de décision de retrait avant d'avoir analysé et répondu à l'avis adressé conjointement par l'I.R.G. et l'E.R.G.⁶⁴¹. En d'autres termes, le groupe européen demande à ce que son office de conseil auprès des ARI et de la Commission soit reconnu et valorisé dans l'optique d'aboutir à une mesure consensuelle et non pas à une acte unilatéral de la part de la Commission. Ici encore, l'expertise indépendante est de mise.

- L'interrégulation en réseau dans le secteur de l'énergie

Les statuts du C.E.E.R. prévoient qu'il doit maintenir des relations étroites avec l'ERGEG⁶⁴² afin de faciliter la consultation, la coordination et la concertation entre les A.R.N. de tous les Etats membres et entre celles-ci et la Commission dans une optique de consolidation du marché intérieur et d'application cohérente de la législation communautaire. Cependant, à la différence du secteur des communications électroniques, les deux entités disposent de leurs propres groupes de travail⁶⁴³ qui officient à la fois sur des programmes différents, quoique complémentaires, et sur un programme annuel commun⁶⁴⁴. Ainsi, un grand nombre de documents sont produits conjointement sous la double bannière du C.E.E.R. et de l'ERGEG, dans la mesure où le premier prépare souvent techniquement le travail du second. Par exemple, un travail non négligeable d'évaluation et de proposition a été effectué à la fois par le C.E.E.R. et l'ERGEG sur les conclusions à tirer des pannes électriques généralisées, de septembre 2003 et novembre 2006, qualifiées de *black-out*. Ce problème

⁶⁴⁰ L'ARI polonaise: *Urzad Komunikacji Elektronicznej* (U.K.E.). Sur le retrait des projets d'A.G.Com et de l'U.K.E., voir *European Regulator's Group : consistency and cooperation*, octobre 2007 in lettre adressée au Commissaire Viviane Reding, 6 novembre 2007. Le rapport de l'I.R.G. sur le projet de mesure notifié par l'U.K.E. a été publié en ligne sur son site : *I.R.G. expert group report opening of phase II investigation pursuant to article 7 (4) of directive 2002/21 EC : case PL/2007/0668 – wholesale national market for trunk segments of leased lines in Poland*, IRG (07) 26.

⁶⁴¹ En ce sens, E.R.G., lettre adressée au Commissaire Viviane Reding, 6 novembre 2007.

⁶⁴² Statuts du *Council of european energy regulators* A.S.B.L., déposés le 4 octobre 2005, article 3.2.8.

⁶⁴³ L'ERGEG est composé de trois groupes de travail, les *focus group*, divisés chacun en trois ou quatre sous-groupes, les *task force*.

⁶⁴⁴ L'ensemble des *European Energy Regulators work programme* sont élaborés conjointement par le C.E.E.R. et l'ERGEG sont disponibles sur le site : http://www.ceer.eu/portal/page/portal/CEER_HOME.

transnational a affecté le marché en privant temporairement d'électricité, respectivement, cinquante et dix millions de consommateurs européens⁶⁴⁵.

D'autres documents sont produits de manière individuelle par le C.E.E.R. pour que l'expertise fournie soit détachée de toute intervention de la Commission européenne. En ce sens, le C.E.E.R. a publié certains documents d'intérêt sur les relations d'interdépendance dans la régulation des réseaux⁶⁴⁶. Il en est ainsi, par exemple, de l'évaluation des critères d'exemption pour les nouvelles interconnexions⁶⁴⁷ sur lesquelles la Commission dispose d'un pouvoir de décision individuelle⁶⁴⁸. De même, le C.E.E.R. pousse à l'harmonisation et à la coordination des méthodes de régulation pour faciliter l'émergence de projets d'interconnexions visant à augmenter les échanges transfrontaliers de gaz⁶⁴⁹.

De son côté, l'ERGEG a travaillé, sur sa propre initiative ou sur demande de la Commission européenne, à l'élaboration de documents incitatifs ou d'actions concrètes sur des problématiques transnationales qui sont l'obstacle premier à la réalisation du marché intérieur. Ainsi, des propositions de lignes directrices et rapports ont été publiés sur les congestions aux frontières, la tarification du transit ou l'impératif de coopération informationnelle entre A.R.N.⁶⁵⁰. De manière plus globale, l'ERGEG est à l'origine de la

⁶⁴⁵ Le premier évènement, le 28 septembre 2003, a privé 50 millions de consommateurs d'électricité en Italie, France et Suisse. Le second, le 4 novembre 2006, a touché 10 millions de foyers à travers l'Autriche, la Belgique, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Portugal et l'Espagne. Les rapports évoquent aussi les *black-out* survenus en Grande-Bretagne (coupures en août et septembre qui ont affecté respectivement 400.000 et 200.000 foyers), en Suède (septembre 2003, 2 millions de personnes déconnectées) et au Portugal (un million de personnes déconnectées suite à des incendies pendant l'été 2003). Certains dysfonctionnements, hausses de prix ou de consommation non prévus sont aussi abordés au sujet de la Norvège (hiver 2002-2003), de la France et du Danemark ; voir C.E.E.R. *press statement* : « *Lessons that should be drawn from the recent incidents in electricity supply and suggestions for guaranteeing an adequate electricity supply in liberalised markets* », octobre 2003 ; C.E.E.R., *press release* : « *European energy regulators investigate black-out in Europe* », PR-06-11 ; ERGEG *final report* : « *The lessons to be learned from the large disturbance in the european power system on the 4th of november 2006* », 6 février 2007, E06-BAG-01-06 ; sur la crise électrique italienne, voir aussi : Chérot J.-Y. : « Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires. L'articulation des autorités nationales et de la Commission dans la mise en oeuvre des politiques communes », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 169. Pour une vision comparée avec le *black-out* californien, voir : Glachant J.-M. : « La crise californienne, accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l'électricité ? », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les risques de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2005, p. 29.

⁶⁴⁶ Voir aussi le très intéressant rapport du C.E.E.R. sur les différentes ARI européennes, leurs statuts et leurs compétences : C.E.E.R. *regulatory benchmark report*, 6 décembre 2005, C05-IEB-08-03.

⁶⁴⁷ C.E.E.R. *position paper* : « *Assessment of criteria for exempting new interconnectors* », du 28 mars 2006, C05-EWG-22-04.

⁶⁴⁸ Sur ce point, voir *supra*, p. 662 et s.

⁶⁴⁹ C.E.E.R. *report*, « *Investments in gas infrastructures and the role of EU national regulatory authorities* », 12 mai 2005, p. 49.

⁶⁵⁰ Respectivement : ERGEG *explanatory note* : « *Guidelines on congestion management* », 18 juillet 2005 ; ERGEG : « *Report on the transmission pricing (for transit) and how it interacts with entry-exit systems* », 6

segmentation virtuelle du marché européen, dans l'optique d'une vaste réflexion associant l'ensemble des acteurs pour mettre en oeuvre des solutions visant à construire un marché unique et concurrentiel⁶⁵¹.

Pour conclure, il apparaît que les groupes créés sur initiative propre et les groupes créés par la Commission disposent d'une certaine indépendance par rapport à celle-ci. Deux éléments principaux viennent appuyer cette idée. D'une part, les groupes n'hésitent pas à critiquer les positions et les propositions de la Commission dans leurs propres avis⁶⁵². D'autre part, ils disposent de la possibilité d'émettre des avis sur initiative propre ce qui leur donne une très grande marge de manoeuvre, moteur d'indépendance.

décembre 2006, E06-GFG-18-03 ; ERGEG : « *3rd legislative package input ; paper 5 : powers and independence of national regulators* », 5 juin 2007, C07-SER-13-06-5-PD, pt e).

⁶⁵¹ En ce sens, trois groupes d'initiatives régionales (*Gas Regional Initiative* (GRI)) ont été créés dans le secteur gazier et sept dans le secteur électrique (*Electricity Regional Initiative* (ERI)). L'ERGEG pilote chacune de ces régions européennes dans la définition et la mise en oeuvre de solutions visant à construire un marché unique et concurrentiel, voir : ERGEG : « *The creation of regional electricity markets, an ERGEG conclusions paper* », 8 février 2006, E05-ERF-03-06a ; ERGEG : « *Roadmap for a competitive single gas market in europe, an ERGEG conclusions paper* », 28 mars 2006, E06-GMI-02-03.

⁶⁵² Voir la critique des groupes de régulateurs sur les propositions de la Commission visant à créer des agences européennes dans les secteurs de l'énergie et des communications électroniques, *infra*, p. 784 et s.

Conclusion du chapitre

Si les *fora* d'acteurs du secteur de l'énergie se sont révélés d'une efficacité assez limitée pour résoudre le déficit de coordination entre les autorités nationales de régulation, il n'en est pas de même pour les groupes de régulateurs formés de manière spontanée ou sur initiative de la Commission européenne⁶⁵³. En effet, les groupes de régulateurs, grâce à un travail souvent réalisé en commun, ont favorisé à la fois la coordination des mesures des ARI, la concertation avec les autorités nationales de concurrence et la coopération avec les institutions communautaires. Cependant, l'absence d'autorité attachée aux actes qu'ils peuvent émettre constitue une limite de taille pour assurer une réelle coordination entre leurs politiques et favoriser la création d'un véritable marché intérieur de l'énergie et des communications électroniques. Mais ceci n'enlève pas le mérite des groupes de régulateurs qui se révèlent être des enceintes capables à la fois de garantir et de promouvoir l'indépendance des ARI. En effet, cette forme d'interrégulation institutionnalisée favorise l'indépendance tant de manière implicite, par effet d'assimilation et de comparaison, que de manière explicite, en désignant les Etats membres qui ne satisfont pas pleinement à cette exigence. De plus, alors qu'aucune garantie textuelle n'est réellement prévue pour assurer un degré d'indépendance des groupes par rapport à la Commission, il s'avère qu'ils forment des enceintes d'expertise indépendante tout à fait crédibles. En témoignent les divergences entre leurs positions et celles de la Commission ainsi que l'utilisation fréquente de la possibilité d'émettre des avis sur initiative propre. Cependant, pour assurer une réelle coordination des membres de ces réseaux, les groupes de régulateurs ne disposent pas de pouvoirs suffisants. En effet, leur pouvoir est principalement consultatif et les actes qu'ils édictent sont des avis, recommandations ou *best practices*, auxquels aucun effet contraignant n'est reconnu. Par conséquent, la structure des groupes de régulateurs s'avère satisfaisante, dans la mesure où elle apparaît relativement indépendante, pour éviter que l'interdépendance institutionnalisée n'entre en conflit avec l'indépendance. En revanche, l'absence de pouvoirs contraignants conduit à rechercher d'autres solutions.

⁶⁵³ Cette opinion est contredite par la Commission ainsi que par une partie de la doctrine.

Chapitre II : La coordination des autorités de régulation indépendantes par la création d'organismes communautaires décentralisés

Envisager la création d'organismes communautaires décentralisés⁶⁵⁴ trouve son origine dans la constatation du fait que les autorités de régulation nationales ne peuvent réaliser les objectifs fixés par le droit communautaire de manière satisfaisante. L'institution d'agences européennes peut « être considérée comme le résultat d'une phase de maturation du marché unique qui rendrait impraticable la gestion purement nationale de certaines questions administratives (...) mais ne permettrait pas encore le transfert de pouvoirs correspondant à une véritable administration supranationale »⁶⁵⁵. Ces organismes se présentent donc comme une solution institutionnelle à des problématiques que ni le système de l'administration indirecte, ni celui de l'administration directe ne peuvent résoudre. La création d'agences s'explique également par le fait que la Commission, d'une part, ne peut assurer l'ensemble des tâches administratives et, d'autre part, ne dispose pas des compétences techniques nécessaires pour assurer les missions envisagées et doit donc les confier à des experts nationaux.

Dès lors, les agences seraient un instrument administratif censé assurer la coordination des organes chargés de mettre en oeuvre le droit communautaire. Elles viendraient solutionner l'inefficacité des Etats membres face à leurs obligations tirées de l'article 10 du Traité⁶⁵⁶. Pour ce faire, elles devraient être composées de l'ensemble des organes entre lesquels ont été réparties les attributions de la surveillance et de la régulation quotidienne des marchés, c'est-

⁶⁵⁴ La qualification d'« organisme communautaire décentralisé » est le terme générique communément admis pour qualifier les entités, dénomées souvent agences, qui « ont été instituées par voie réglementaire en vue d'exécuter des tâches bien déterminées dans leur acte de création, possèdent la personnalité juridique et bénéficient d'une certaine autonomie organisationnelle et financière ». Les termes « agence » et « organisme communautaire décentralisé » seront donc utilisés conformément à cette définition et pour décrire les deux propositions de la Commission visant à créer de telles structures dans les secteurs évoqués. Cependant, la Commission propose une Autorité européenne du marché des communications électroniques (A.E.M.C.E.) et une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACRE). Au regard du manque d'indépendance et de pouvoirs de ces deux entités, en l'état actuel des propositions, elles seront qualifiées indistinctement d'« agence » ou d'« organisme communautaire décentralisé ». En revanche, par souci de clarté, le terme d'« autorité » sera employé pour définir une entité instituée par voie réglementaire en vue d'exécuter des tâches bien déterminées dans son acte de création, possédant la personnalité juridique et dotée d'une indépendance garantie et de forts pouvoirs.

⁶⁵⁵ Franchini C. : « Les notions d'administration indirecte et de co-administration » in Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J. (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, L.G.D.J., 2008, p. 249.

⁶⁵⁶ Sur ce point, voir Blanquet M. : « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, études de l'IREDE, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 53.

à-dire, dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie, des ARI des Etats membres. Néanmoins, la Commission dispose, en l'état actuel du cadre réglementaire, de certaines compétences dans les secteurs envisagés susceptibles d'être déléguées aux agences⁶⁵⁷. La question se pose donc de savoir si les agences seront, au-delà d'un organisme palliant le manque de coordination des A.R.N., une structure bénéficiant des pouvoirs que la Commission détient actuellement. En ce sens, il y aurait un double transfert de compétences, d'une part, des Etats membres vers l'agence, d'autre part, de la Commission européenne vers l'agence. Les entités que pourrait créer le droit communautaire sectoriel réaliseraient, en même temps, une décentralisation de la matière et une intégration de celle-ci vers un organe composé d'autorités de régulation nationales indépendantes.

Cependant, à la différence des autres agences créées dans la Communauté, les structures envisagées seraient à la fois un organe agréant les différentes autorités de régulation indépendantes nationales⁶⁵⁸, et une agence indépendante dans son champ d'action communautaire. Il convient de prendre en compte la particularité des entités composant les agences qui doivent être indépendantes face aux gouvernements de leur Etat d'appartenance, mais aussi leur statut communautaire qui devrait impliquer un degré d'indépendance à définir par rapport au Conseil et à la Commission européenne. Au regard de cette double dimension et de la particularité de l'ordre juridique communautaire par rapport aux ordres juridiques nationaux, il est opportun de mettre en relief que les raisons justifiant l'indépendance ne peuvent être déterminées de la même manière. Ainsi, les organismes communautaires décentralisés confirment, dans les secteurs envisagés, la difficulté qu'il y a à identifier un modèle d'autorité indépendante. Enfin, au regard des difficultés observées de la construction d'un marché unique de l'énergie et des communications électroniques, si les organismes

⁶⁵⁷ Il en serait ainsi, par exemple, des dérogations accordées aux nouvelles infrastructures dans le domaine énergétique ainsi que de son pouvoir de veto sur les mesures de régulation sectorielle *ex ante* imposées aux opérateurs disposant d'une position dominante sur certains marchés de communications électroniques.

⁶⁵⁸ Il existe dans l'Union européenne certaines agences susceptibles de réunir les représentants d'autorités administratives indépendantes des Etats membres, comme par exemple l'Autorité européenne de sécurité des aliments (la France envoie un représentant de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments) ou l'Agence européenne des médicaments (la France dispose d'une Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé mais n'est pas tenue par le droit communautaire d'envoyer un de ses membres à l'Agence européenne des médicaments). Cependant, dans ces agences européennes, les entités nationales qui participent aux travaux ne font partie que d'un forum consultatif. De plus, les entités nationales ne sont pas, dans leur ordre juridique des autorités de régulation dans la mesure où elles ne disposent pas de pouvoirs de décision, de règlement des conflits ou de sanctions. Voir l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (règlement n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments (J.O.U.E., n° L 136, du 30 avril 2004, p. 1)) et l'Autorité européenne de sécurité des aliments (règlement n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires (J.O.C.E., n° L 31 du 1^{er} février 2002, p. 1)).

communautaires décentralisés doivent avoir comme mission d'assurer la coordination de l'activité des ARI, d'exercer des fonctions appartenant actuellement à la Commission et de prendre en charge la gestion des services dont la maille est européenne, elles devraient bénéficier de forts pouvoirs.

Dès lors, il convient d'envisager la nécessité d'une entité de régulation indépendante au niveau communautaire susceptible de résoudre les difficultés de coordination que connaît le système actuel (section I). Celle-ci devrait disposer d'une indépendance garantie et de forts pouvoirs. Cependant, la jurisprudence communautaire et l'interprétation qu'en font les institutions n'autorise pas la création d'une telle entité. En témoignent les propositions de la Commission visant à créer une Autorité européenne du marché des communications électroniques et une Agence de coordination des régulateurs de l'énergie qui apparaissent inadaptées (section II). Elles ont le double désavantage de présenter des organismes qui ne sont dotés ni d'une indépendance garantie, ni de forts pouvoirs.

Section I : La nécessité d'une autorité de régulation européenne indépendante

Les problèmes liés au manque de coordination entre les activités des autorités nationales de régulation appellent, sans aucun doute, une action communautaire (§1). Cependant, la solution ne réside pas uniquement, comme pourrait le faire croire une partie de la doctrine et les écrits de la Commission, dans la création d'une autorité européenne. Il convient d'avoir une vision globale des obstacles à la création d'un marché unique de l'énergie et des communications électroniques pour dégager ceux qui nécessitent un accroissement de la réglementation et ceux qui justifient la création d'une autorité européenne. Les deux initiatives devraient être envisagées de concert. Néanmoins, les arguments en faveur de l'instauration d'une autorité européenne impliquent nécessairement que celle-ci soit dotée de forts pouvoirs (§2). De plus, la position particulière du Conseil et de la Commission face à des organismes communautaires dont la spécificité serait de regrouper des autorités de régulation nationales indépendantes implique que cette structure bénéficie d'une indépendance garantie (§3). Cependant, il faut préciser que les éléments démontrant la nécessité d'une telle entité européenne relèvent de l'opportunité et non pas, comme ce qui sera envisagé ultérieurement⁶⁵⁹, d'une étude de faisabilité juridique.

§1 L'objectif de l'intégration des marchés

Les institutions communautaires, les acteurs de la régulation et la doctrine, ont constaté nombre d'entraves à la réalisation d'un véritable marché intérieur de l'énergie et des communications électroniques, censées justifier le recours à la création d'une agence de régulation européenne. Ces obstacles relèvent, d'une part, des difficultés engendrées par le manque de coordination de l'activité de régulation entre les Etats membres (A) et, d'autre part, des problèmes liés à la spécificité de chaque secteur régulé (B).

⁶⁵⁹ Voir *infra* chapitre III du présent titre.

A Les problèmes liés au manque de coordination européenne

Le manque de coordination européenne, critique la plus souvent émise pour justifier la création d'une agence de régulation européenne, prend plusieurs formes. Il s'agit, en premier lieu, d'une absence d'homogénéité des pouvoirs et des degrés d'indépendance des ARI, qui provoquent des disparités de mise en oeuvre du droit communautaire entre les Etats membres. En second lieu, la coordination des activités des ARI, au sein notamment des groupes de régulateurs, est jugée globalement inefficace ou au moins insuffisante. En dernier lieu, l'incohérence des mesures et parfois le manque de compétences des ARI sur des problématiques transnationales impliquent un cloisonnement des marchés freinant la fluidité des échanges.

1 Le manque de coordination institutionnelle des ARI

Le manque avéré d'uniformité des garanties de l'indépendance et des pouvoirs des autorités de régulation nationales dans l'Union européenne a été soulevé comme une des causes du morcellement des approches réglementaires entre les Etats membres⁶⁶⁰. La Commission européenne constate aussi, à juste titre, que certains régulateurs ont de très faibles pouvoirs et les compétences qui devraient normalement leur être attribuées ont été réparties, dans certains Etats membres, entre différents organismes⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ En ce sens, exposé des motifs de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 699 final, p. 2 ; exposé des motifs de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, du 19 septembre 2007, COM (2007) 530 final, p. 11. Antoine-Tristan Mocilnikar note aussi que « la diversité des types de régulation reste forte aussi bien dans les champs de compétence (...), l'organisation (...), les modalités d'intervention (...), les pouvoirs et l'indépendance réelle par rapport aux gouvernements », Mocilnikar A.-T. : « Arguments et conditions pour une autorité européenne de l'électricité et du gaz », in rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës : « Vers une régulation européenne des réseaux », Coll. ISUPE, novembre 2003, p. 243. Dans le même sens : Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », Jean Monnet Working Paper, 01/04, p. 12, 31 ; Della Cananea G. : « *Independant regulatory agencies in the european legal space* », in Della Cananea G. (dir.) : « *European regulatory agencies* », éd. Rive droite, coll. ISUPE, 2005, p. 163 et 164. Les groupes de régulateurs estiment aussi que : « *the powers and independence of national energy regulators differ widely and often they do not have the powers to do the job properly* », in ERGEG et C.E.E.R. : « *Fact sheet on a european system of energy regulation : regulatory and EU network bodies* », mai 2007.

⁶⁶¹ Exposé des motifs de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, du 19 septembre 2007, COM (2007) 530 final, p. 8 ; voir *supra* p. 369 et s.

Le manque d'indépendance peut faire craindre la capture de l'autorité de régulation par les marchés. De plus, l'insuffisance des pouvoirs implique souvent une asymétrie d'informations au bénéfice des opérateurs et au détriment des ARI⁶⁶². Ces éléments ralentissent la construction d'un véritable marché intérieur dans la mesure où ils génèrent des externalités préjudiciables⁶⁶³ et des distorsions de concurrence⁶⁶⁴. En outre, ils freinent l'avancement technologique, constituent un obstacle à la fourniture de services transnationaux et sont susceptibles de dissuader l'entrée de nouveaux opérateurs ou investisseurs⁶⁶⁵, ce qui justifie, selon la Commission, la création d'agences européennes⁶⁶⁶.

2 Le manque de coordination fonctionnelle des ARI

Des procédures de coopération et de coordination entre autorités de régulation ont été mises en place (interrégulation sectorielle, solidaire, *fora* et groupes de régulateurs)⁶⁶⁷. Elles s'avèrent insuffisantes pour résoudre le morcellement des réglementations et des décisions prises au sein de l'Union européenne dans ces secteurs. Ce diagnostic est partagé par les opérateurs⁶⁶⁸, la Commission européenne et la doctrine.

Reprenant l'idée de Damien Geradin et Nicolas Petit, d'une part, les mécanismes mis en place pour favoriser la coopération et la coordination des ARI sont relativement lents et

⁶⁶² En ce sens, Damien Geradin et Nicolas Petit préconisent la création d'une autorité européenne pour, entre autres, limiter les asymétries d'informations entre les opérateurs et l'administration, in Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 36.

⁶⁶³ Dans ce contexte, une externalité négative peut être définie comme l'activité d'un ou plusieurs Etats membres ayant une influence négative sur un autre Etat membre ou sur les opérateurs agissant dans son champ de compétences. Pour une vision technique des externalités, voir : Glachant J.-M., Perez Y., Pignon V., Saguan M. : « Un marché européen de l'électricité ou des marchés dans l'Europe ? Regards croisés : économistes et ingénieurs », in *Annales de la Régulation*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, L.G.D.J., vol. I, 2006, p. 480.

⁶⁶⁴ En ce sens, rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, Coll. ISUPE, novembre 2003, p. 16.

⁶⁶⁵ Voir : exposé des motifs de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 699 final, p. 2 ; exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 10.

⁶⁶⁶ Exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, p. 2.

⁶⁶⁷ Sur ce point, voir *supra* partie III, titre I, chapitre II et partie III, titre II, chapitre I.

⁶⁶⁸ Selon la consultation effectuée par la Commission, il est reconnu que « les activités de l'ERGEG ont contribué très favorablement à l'achèvement du marché intérieur du gaz et de l'électricité. Cependant, la plupart des intéressés (...) estiment que le développement du marché intérieur exige un mécanisme officiel permettant aux régulateurs nationaux de coopérer et de prendre des décisions sur d'importantes questions transnationales », proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 43. Dans le même sens, la Commission relève que l'E.R.G. « a été critiqué par l'industrie pour son approche fondée sur "le plus petit dénominateur commun" », in « La réforme européenne des télécommunications propose un marché unique pour 500 millions de citoyens », le 13 novembre 2007, MEMO/07/458.

coûteux dans la mesure où les règles applicables sont complexes et n'empêchent pas l'éventualité de conflits de compétences⁶⁶⁹. D'autre part, les *fora* de régulateurs ont un impact limité sur l'harmonisation des pratiques. Etant fondés sur le principe du consensus, ils seraient probablement incapables de parer à une crise majeure⁶⁷⁰. Cette idée peut aussi être transposée aux groupes de régulateurs. Ils n'ont que rarement recours à un vote à la majorité⁶⁷¹ ce qui contribue à ce que leurs décisions se conforment la plupart du temps à la solution du « moins-disant », en d'autres termes, un nivellement par le bas. Enfin, la coordination mise en oeuvre par les groupes de régulateurs, sous forme d'orientations non contraignantes, peut s'avérer insuffisante pour faire face à une situation d'urgence et donc incapable d'assurer le niveau de sécurité requis et l'efficacité dans l'organisation du marché. Dans le même sens, si la Commission reconnaît la contribution des groupes de régulateurs à la construction du marché intérieur de l'énergie et des communications électroniques, elle remarque, néanmoins, que cette solution « n'a pas donné l'impulsion décisive pour développer les normes et approches communes qui s'imposent »⁶⁷². Plus particulièrement, l'instance bruxelloise critique le travail en commun exercé sous la double bannière de l'I.R.G. et de l'E.R.G. et explique que « si la structure actuelle ne produit pas de résultats suffisants, c'est parce que son organisation n'est pas optimale et n'offre ni la rapidité et l'efficacité requises pour parvenir à des approches communautaires cohérentes, ni le degré de responsabilité et de transparence nécessaire »⁶⁷³.

Ainsi, il existe un consensus général sur les conclusions tirées par Christian Stoffaës qui, tout en reconnaissant la nécessité d'une coopération renforcée entre les ARI, constate aussi que « le besoin d'une fonction de coordination plus affirmée, dotée de pouvoirs commence de se faire jour »⁶⁷⁴.

⁶⁶⁹ Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 59.

⁶⁷⁰ En ce sens, Mocilnikar A.-T. : « Arguments et conditions pour une autorité européenne de l'électricité et du gaz », in rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës : *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 233.

⁶⁷¹ La Commission relève, en effet, que la pratique au sein de l'ERGEG, qui exige généralement l'assentiment des vingt-sept Etats membres, ne donne pas de résultats satisfaisants : « elle a débouché sur un certain nombre de codes non contraignants et rassemblé les efforts pour convenir d'approches communes par une "convergence progressive", mais ne s'est pas avérée capable de conduire à de réelles décisions sur les questions difficiles, décisions devenues indispensables aujourd'hui », exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 11. Dans le même sens, exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, p. 5.

⁶⁷² Exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 10.

⁶⁷³ Exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, p. 6.

⁶⁷⁴ Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës : *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 53. Pour la Commission, voir l'exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une

3 Le manque de coordination sur des problématiques transnationales

Le dernier inconvénient qu'il est possible de relever dans l'activité générale des ARI a trait aux problématiques transnationales. L'hétérogénéité des solutions a été évoquée lorsqu'une affaire implique deux parties situées dans des Etats membres différents à l'occasion d'un règlement de conflits⁶⁷⁵. Dans le secteur des communications électroniques, une obligation de coordination est imposée pour résoudre les litiges transfrontaliers, mais elle n'offre pas toutes les garanties d'une répartition claire des compétences et d'une convergence entre les vues des ARI et la décision prise par l'une d'elles⁶⁷⁶. Dans le secteur énergétique, le problème de la détermination de l'autorité susceptible de régler un différend transfrontalier est résolu grâce à un système de répartition des compétences. Les directives ne prévoient aucune coordination ou coopération spécifique entre les régulateurs⁶⁷⁷. Dès lors, des divergences peuvent apparaître entre les solutions apportées à des conflits transfrontaliers entre opérateurs dans la mesure où les ARI ne sont pas formellement tenues de coordonner leurs positions avec celles des autres Etats membres concernés. En ce sens, l'ERGEG reconnaît la nécessité d'un mécanisme européen imposant la coopération des régulateurs de l'énergie et d'une prise de décisions sur des affaires transfrontalières qui incluent à la fois la surveillance de ces marchés, le partage d'informations, la possibilité d'enquêtes et de contrainte⁶⁷⁸.

Au-delà de la problématique spécifique du règlement des différends, les services transnationaux tendent à se développer au sein de l'Union européenne. Si une obligation générale de coopération est évoquée dans les directives de libéralisation, il n'en reste pas moins que, comme certains le leur reprochent, les ARI ne prennent pas suffisamment en

Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, p. 5 et 6 et l'exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 10 à 12.

⁶⁷⁵ Voir *supra* p. 635 et s.

⁶⁷⁶ Article 21, 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 (J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33) dite directive « cadre ».

⁶⁷⁷ Article 23 alinéa 10 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 37) ; article 25 alinéa 10 de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (J.O.C.E., n° L 176, du 15 juillet 2003, p. 57).

⁶⁷⁸ ERGEG et C.E.E.R. : « *Fact sheet on a european system of energy regulation : regulatory and EU network bodies* », mai 2007.

compte les problématiques transnationales des marchés⁶⁷⁹. Dès lors, la gestion globalisée des secteurs de l'énergie et des communications électroniques n'est pas abordée de manière satisfaisante par les autorités nationales de régulation, ce qui engendre un manque de cohérence dans le marché intérieur⁶⁸⁰. La Commission insiste aussi sur le coût de cette carence d'harmonisation des règles lorsqu'elle précise que « l'approche actuellement suivie pour sélectionner et autoriser les opérateurs pour certains types de services transfrontières n'est pas compatible avec la mise en pratique des économies d'échelle requises pour le développement de nouveaux services »⁶⁸¹. Elle relève, par conséquent, la nécessité d'un système mieux coordonné dans le domaine des communications électroniques pour la mise en place de véritables services d'envergure communautaire⁶⁸². Une coordination européenne au sein d'une même entité pourrait venir compléter l'action des autorités nationales de régulation dans les domaines où la dimension géographique du réseau excède la portée des compétences nationales⁶⁸³.

B Les problèmes liés aux spécificités des secteurs régulés

L'expansion croissante des marchés des communications électroniques et de l'énergie a aussi fait émerger, de manière spécifique, certains problèmes liés à une absence de coordination entre les mesures envisagées dans les Etats membres. L'analyse de ces carences pourrait justifier le recours à la création d'autorités européennes capables de les traiter de manière uniforme.

⁶⁷⁹ Mocilnikar A.-T. : « Arguments et conditions pour une autorité européenne de l'électricité et du gaz », in rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 233.

⁶⁸⁰ Comme le remarquent Damien Geradin et Nicolas Petit, les secteurs de l'énergie et des communications électroniques « impliquent nombre de problématiques transfrontalières qui ne peuvent être gérées de manière satisfaisante par les autorités nationales de régulation, ce qui implique une absence de cohérence dans le marché intérieur », in Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 61.

⁶⁸¹ Exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, p. 4.

⁶⁸² Par exemple sur l'autorisation des droits d'utilisation pour les fréquences et les numéros, en ce sens : exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, p. 4.

⁶⁸³ En ce sens, Stoffaës C., « *Foreword* », in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, éd. Rive droite, coll. ISUPE, 2005, p. 163.

1 Dans le secteur des communications électroniques

Si certains problèmes ont été résolus ponctuellement par les institutions communautaires, en élaborant des réglementations (accès à la boucle locale⁶⁸⁴) ou en créant des agences (sécurité des réseaux⁶⁸⁵), nombre d'entre eux n'ont pas encore trouvé d'issue satisfaisante. Il en est ainsi, par exemple, de l'attribution des fréquences satellitaires où « la maille pertinente est clairement celle du continent et où la nécessité de négocier auprès de chaque administration nationale crée des lourdeurs et des gaspillages »⁶⁸⁶. L'urgence à prendre en compte cette problématique est d'autant plus avérée que les Etats membres se sont difficilement relevés de l'expérience de l'attribution des licences UMTS⁶⁸⁷. A l'époque, les textes en vigueur⁶⁸⁸ laissaient, conformément au principe de subsidiarité dont l'observation se justifiait par des questions fiscales, une marge de manoeuvre assez large aux administrations nationales dans le mécanisme d'attribution des licences sur leur territoire. L'hétérogénéité des méthodes choisies, conjuguée à « la bulle spéculative de l'Internet mobile »⁶⁸⁹, a provoqué une très grande disparité des sommes acquittées par les opérateurs, atteignant parfois des montants démesurés. Plusieurs d'entre eux ont donc frôlé la faillite en investissant dans la technologie UMTS et le produit de cette matière fiscale n'a bénéficié qu'à certains Etats membres⁶⁹⁰. Malheureusement, la Commission n'a pu réagir à temps. Selon certains auteurs,

⁶⁸⁴ Règlement n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2000, relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale (J.O.C.E., n° L 336, du 30 décembre 2000, p. 4).

⁶⁸⁵ Règlement n° 460/2004, du Parlement européen et du Conseil, du 10 mars 2004, instituant l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (J.O.U.E., n° L 77, du 13 mars 2004, p. 1).

⁶⁸⁶ Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës : *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 68. Dans le même sens, Jean-Michel Hubert, ancien président de l'A.R.T., explique que « lorsque des futurs opérateurs satellitaires cherchent à obtenir une licence, ils sont appelés à faire "un tour d'Europe" avec des Etats où la réglementation peut varier », La lettre des télécommunications, n° 47, du 13 décembre 1999.

⁶⁸⁷ L'UMTS, (système universel de télécommunications mobiles), est un système de communications mobiles et sans fil de la troisième génération capable d'être le support, en particulier, de services multimédias novateurs, dépassant les possibilités des systèmes de la deuxième génération tels que le GSM (Système global de communications mobiles), et capable de combiner l'utilisation d'éléments terrestres et satellitaires, selon l'article de la décision n° 128/1999/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 décembre 1998, relative à l'introduction coordonnée dans la Communauté d'un système de communications mobiles et sans fil (UMTS) de troisième génération (J.O.C.E., n° L 17, du 22 janvier 1999, p. 1), voir : Van Eeckhout A. : « L'affaire des licences UMTS », Concurrences n°1-2004 p. 108.

⁶⁸⁸ Directive 97/13/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 10 avril 1997, relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications (J.O.C.E., n° L 117, du 07 mai 1997 p. 15) ; directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP) (J.O.C.E., n° L 199, du 26 juillet 1997, p. 32) ; décision n° 128/1999/CE, précitée.

⁶⁸⁹ Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 63.

⁶⁹⁰ Pour une vision globale de l'affaire des licences UMTS, Cohen E. : « Design institutionnel communautaire et UMTS », in rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, Coll. ISUPE, novembre 2003, p. 186. Selon Elie Cohen, « deux Etats se sont appropriés les deux tiers

« si une autorité de régulation européenne de télécommunications avait existé, on n'aurait pas enregistré une telle distorsion dans les conditions d'attribution des licences ni une telle spéculation dans les tarifs d'acquisition par les opérateurs »⁶⁹¹. Par conséquent, au regard de l'expérience acquise et des problématiques à venir, comme l'attribution des fréquences satellitaires et le développement de nouveaux services transnationaux⁶⁹², de nouvelles formes de coordination sont souhaitables.

2 Dans le secteur de l'énergie

L'absence de coordination dans le secteur énergétique se fait sentir avec encore plus d'acuité que dans celui des communications électroniques, en raison de leur faible degré d'ouverture. Dès lors, certains éléments ont été soulevés pour justifier la création d'une agence de régulation européenne. Il en est ainsi, par exemple, du manque de fluidité des marchés causé par une hétérogénéité des prix de gros et de la tarification du transport dans le secteur électrique⁶⁹³. De plus, par manque d'investissements, les interconnexions aux frontières sont encore insuffisantes et régulièrement engorgées ce qui, cumulé à des conditions d'accès aux réseaux mal harmonisées, retarde la construction d'un véritable marché intérieur de l'énergie.

Par conséquent, la Commission et une partie de la doctrine appellent de leurs vœux un système apte à gérer les pénuries énergétiques ainsi que l'équilibre permanent entre l'offre et la demande⁶⁹⁴. Derrière ce souhait, se dissimule la nécessité de prévenir les pannes généralisées dont les consommateurs ont fait l'expérience en Europe⁶⁹⁵. Ces événements, qualifiés de *black out*, trouvent leur origine dans le manque de capacités d'interconnexions

de la matière fiscale collectée sur des entreprises en difficulté et indirectement sur d'autres Etats européens », p. 193.

⁶⁹¹ Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës : *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 65.

⁶⁹² Comme par exemple les services mobiles et les services reposant sur le protocole IP (nouvelles technologies liées à Internet), exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, p. 5.

⁶⁹³ En ce sens, Mocilnikar A.-T. : « Arguments et conditions pour une autorité européenne de l'électricité et du gaz », in rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës : *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 239.

⁶⁹⁴ En ce sens, exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 21 et 22 ; de même, Mocilnikar A.-T. : « Arguments et conditions pour une autorité européenne de l'électricité et du gaz », in rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës : *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 235 et 245 ; Bergougnoux J. : « Comment le régulateur gagnera sa légitimité », in Vernholes A. (dir.), « Services publics et marché : l'ère des régulateurs », Sociétal n° 30, 4^{ème} trimestre 2000, p. 66 ; et plus récemment, Merlin A. : « Les autorités indépendantes, nouveau mode de gouvernance ? », discours prononcé au Forum d'Iéna, Paris, le 22 juin 2006.

⁶⁹⁵ Voir *supra* p. 715 et s.

que les gestionnaires de réseau de transport peuvent offrir⁶⁹⁶ et démontrent, selon certains auteurs, « l'insuffisance des formes de coopération traditionnelles et la nécessité d'une autorité garante en dernier ressort de l'obligation de fourniture inhérente au service public de la distribution d'électricité »⁶⁹⁷.

Aux Etats-Unis, le législateur a tiré les leçons des dysfonctionnements du marché électrique californien (dont l'affaire *Enron* marque le point de départ⁶⁹⁸) et des pannes de l'été 2003 en renforçant les pouvoirs de la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC)⁶⁹⁹. Le vote de la loi d'orientation de l'énergie d'août 2005⁷⁰⁰ a donc transformé cette agence en un véritable organisme fédéral de régulation sectorielle des systèmes énergétiques. Elle est désormais chargée d'imposer de nouvelles normes aux gestionnaires de réseaux de transport, détient des pouvoirs sur les questions de sûreté de fonctionnement du système électrique et peut sanctionner la violation des standards visant à fiabiliser l'ensemble du réseau⁷⁰¹. En Europe aussi, l'occurrence de ce genre de problèmes pourrait être limitée à la fois par un décloisonnement des réseaux nationaux, par un investissement massif dans les interconnexions aux frontières mais aussi par un système de coordination des régulateurs nationaux et des gestionnaires de réseaux de transport.

Au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, il apparaît que la construction d'un véritable marché intérieur de l'énergie et des communications électroniques implique un effort de coordination entre les politiques menées dans les différents Etats membres. En ce sens, une autorité européenne dotée de forts pouvoirs peut être une solution pour favoriser l'homogénéité des conditions d'échanges de ces services.

⁶⁹⁶ En ce sens, Mocilnikar A.-T. : « Arguments et conditions pour une autorité européenne de l'électricité et du gaz », in rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 241 ; exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 15.

⁶⁹⁷ Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 241.

⁶⁹⁸ Pour une vision d'ensemble de la crise californienne et des *black out* de l'été 2003 aux Etats-Unis, voir : Glachant J.-M. : « La crise californienne, accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l'électricité ? », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les risques de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2005, p. 29.

⁶⁹⁹ Sur la FERC, voir *supra* p. 55 et s.

⁷⁰⁰ *Energy Policy Act*, 8 août 2005, 42 U.S.C. 15801.

⁷⁰¹ *Ibid.* Voir aussi, Merlin A. : « Les autorités indépendantes, nouveau mode de gouvernance ? », précité.

§2 La nécessité d'une autorité européenne dotée de forts pouvoirs

Les arguments avancés par la doctrine, les acteurs des marchés concernés et la Commission européenne conduisent sans aucun doute à la création d'une autorité européenne de régulation dotée de forts pouvoirs. Cependant, il convient de différencier, parmi l'ensemble des problèmes relevés dans le fonctionnement du marché intérieur de l'énergie et des communications électroniques, ceux qui pourraient raisonnablement justifier cette création, de ceux qui sont utilisés de manière fallacieuse et dont la solution dépend principalement d'autres facteurs que la création d'une autorité européenne dotée de forts pouvoirs (A). En outre, l'hypothèse d'une telle instance fait inévitablement émerger la question du devenir des autorités nationales de régulation dans ce nouveau système (B).

A L'autorité européenne, une solution parmi d'autres

La nécessité d'une véritable autorité européenne est parfois confondue avec celle d'une « régulation » européenne, entendue au sens large du terme⁷⁰². De même, la nécessité d'une « régulation » européenne se traduit souvent par l'émergence de l'idée que la création d'une nouvelle autorité est nécessaire. Cependant, ce « raccourci » fausse parfois les débats, dans la mesure où si certains problèmes évoqués précédemment pourraient être résolus grâce à la mise en place d'une autorité dotée de pouvoirs forts, tous ne trouveront pas de solution par cette seule création. En ce sens, il est possible de rejoindre les positions de Christophe Lemaire lorsqu'il explique que « la création d'une véritable autorité européenne de régulation ne se justifie certainement pas si l'on ne souhaite pas confier davantage de compétences au niveau communautaire. Par contre, si l'on veut intégrer davantage non seulement les marchés mais aussi d'autres préoccupations liées par exemple à la sécurité d'approvisionnement, au suivi et à la prévision du niveau de consommation et des besoins en capacités de production nécessaires pour y répondre, ou encore à la prise en compte et au développement des services d'intérêt économique général, alors la question pourra être posée avec davantage de pertinence »⁷⁰³. Dans cette optique, sans rentrer dans des considérations de faisabilité⁷⁰⁴, il convient d'évaluer quelle pourrait être l'influence de la création d'une autorité de régulation

⁷⁰² Le sens large du terme inclut à la fois l'activité de l'autorité de régulation indépendante et l'activité normative exercée par le gouvernement et/ou le législateur.

⁷⁰³ Lemaire C. : « Energie et services d'intérêt économique général », in Louis J.-V., Rodrigues S. (dir.) : « Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne », Bruylant, 2006, p. 299.

⁷⁰⁴ Sur ce point, voir *infra* chapitre III du présent titre.

européenne sur les problèmes recensés. Au regard de cette évaluation, une conclusion s'impose : l'autorité à créer devrait disposer de pouvoirs conséquents.

1 La seule création d'une agence européenne ne peut tout résoudre

Quels que soient les pouvoirs que les institutions communautaires confèrent à l'autorité européenne envisagée, elle ne pourra, à elle seule, résoudre tous les problèmes évoqués précédemment. Il convient de distinguer entre les compétences susceptibles d'être prises en charge par une autorité de régulation européenne et celles qui ne peuvent relever que du législateur communautaire, en l'état actuel des traités ou même en imaginant une révision⁷⁰⁵.

En premier lieu, les problèmes généraux liés au manque de coordination européenne n'appellent pas, ou pas uniquement, une solution venant de la création d'une agence européenne. Le manque d'indépendance et de pouvoirs des A.R.N. ne peut être résolu que par une réglementation communautaire. De plus, l'incohérence entre les mesures prises par celles-ci ne peut être évitée que si l'autorité européenne dispose d'une capacité décisionnelle ou normative encadrant l'activité des A.R.N. En effet, la coordination actuelle (interrégulation solidaire et groupes de régulateurs), fondée sur le consensus, n'a pas pu empêcher ces divergences. Dès lors, une solution visant à contraindre les autorités nationales devrait être envisagée. Enfin, les inconvénients liés à l'inefficacité de l'appréhension, par les A.R.N., des problématiques transnationales impliquent aussi de larges compétences. En ce sens, l'exemple de la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) pourrait servir de référence dans la mesure où elle exerce son office dès lors que le commerce interétatique est en jeu. L'autorité européenne devrait, en s'en inspirant, être compétente pour assurer la fluidité des interconnexions aux frontières, régler les conflits transnationaux, surveiller les gestionnaires de réseaux et sanctionner, le cas échéant, leurs comportements contraires aux règles préétablies. Ces ambitions supposent donc une structure dotée de forts pouvoirs et d'une compétence élargie.

En second lieu, l'expérience acquise donne aussi quelques pistes de réflexion sur les problématiques spécifiques aux différents réseaux.

⁷⁰⁵ Sur ce point, voir *infra* p. 808 et s.

En effet, le contentieux de l'attribution des licences UMTS démontre que l'existence d'une autorité de régulation européenne à cette époque n'aurait pas servi à harmoniser les pratiques entre Etats membres. S'il est possible d'adhérer à l'argument selon lequel la Commission aurait pu être alertée plus rapidement par une autorité européenne, par contre, la solution du problème n'aurait pas pu venir de cette dernière. En effet, la responsabilité de cette affaire incombe principalement aux Etats membres. Certes, le manque d'information, de réactivité et d'insistance de la Commission pour uniformiser les procédures d'enchères ont précipité les événements⁷⁰⁶. Néanmoins, le choix du Conseil, laissant une marge de manoeuvre importante aux Etats membres pour opter entre plusieurs procédures d'attribution des licences, est l'origine avérée de cette crise. Par conséquent, seule une réglementation communautaire cohérente aurait pu éviter qu'une procédure non coordonnée, étalée sur une trop longue période, provoque de tels transferts fiscaux. En ce sens, une gestion satisfaisante des marchés implique une réglementation adaptée et non pas une autorité de régulation indépendante, sauf à considérer le rôle complémentaire qu'elle aurait pu avoir en avertissant la Commission européenne des risques existants.

Dans la même logique, limiter les risques de *black out* ne trouve pas sa solution unique dans la création d'une agence de régulation. En témoigne, aux Etats-Unis, l'existence de la FERC bien avant les événements qui ont frappé le nord du pays durant l'été 2003. Ces pannes généralisées sont dues à une conjonction de circonstances très complexes, parmi lesquelles il est possible d'isoler le manque de coordination entre les gestionnaires de réseaux de transport, l'absence d'anticipation et d'étude des scénarios de gestion de crise et, le cas échéant, la faiblesse des interconnexions et le manque d'infrastructures de transport d'énergie⁷⁰⁷. Par

⁷⁰⁶ Sur le déroulement de cette crise, voir : Cohen E. : « Design institutionnel communautaire et UMTS », in rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 186.

⁷⁰⁷ En ce sens, Glachant J.-M. : « La crise californienne, accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l'électricité ? », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les risques de régulation*, précité, p. 40. Jean-Michel Glachant exclut le manque d'investissement dans les réseaux de transport des causes du *black out* d'août 2003 aux Etats-Unis, alors qu'Antoine-Tristan Mocilnikar n'apparaît pas du même avis. Selon lui, la sous capacité des infrastructures italiennes a aussi induit le *black out* de 2003, Mocilnikar A.-T. : « Arguments et conditions pour une autorité européenne de l'électricité et du gaz », in rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 234. Le Président de la CRE, Philippe de Ladoucette, attribue aussi les pannes du 4 novembre 2006 (qui ont touché l'Autriche, la Belgique, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Portugal et l'Espagne) aux mêmes types de facteurs : « l'ampleur de cette panne résulte d'une mauvaise application des règles de sécurité par des gestionnaires de réseaux allemands et d'une insuffisante coopération entre les gestionnaires de réseaux européens. Pour y remédier, les régulateurs européens préconisent que, sous leur contrôle, des règles juridiquement contraignantes pour les gestionnaires de réseaux de transport soient établies », audition devant la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, le mercredi 11 juillet 2007, compte rendu n° 3. Voir aussi, C.E.E.R. *press statement* : « *Lessons that should be drawn from the recent incidents in electricity supply and suggestions for guaranteeing an adequate electricity supply in liberalised markets* », octobre 2003 ; C.E.E.R., *press release* : « *European energy regulators investigate black-out in Europe* », PR-06-

conséquent, en s'inspirant des solutions envisagées outre-atlantique, seule une autorité dotée de forts pouvoirs peut être à même de limiter une partie des risques. L'objectif serait un contrôle approfondi, à l'échelle européenne, des pratiques mises en oeuvre par les gestionnaires de réseaux de transport, en termes de coordination et de gestion des crises. Reste cependant un paramètre qui dépend principalement des Etats : favoriser l'investissement dans les capacités d'interconnexion⁷⁰⁸.

Par conséquent, s'il est vrai que la création d'une autorité européenne de régulation pourrait favoriser une vision et des pratiques coordonnées entre les mesures prises dans l'Union européenne, elle ne peut être envisagée que dans le cadre d'une réforme globale et volontariste de la politique communautaire des services publics organisés en réseaux qui, par un accroissement des compétences communautaires, assurerait la fluidité des échanges et la construction du marché intérieur. Cependant, si tous les problèmes ne peuvent pas être résolus par le seul recours à une autorité de régulation européenne, ceux qui justifient réellement cette hypothèse appellent aussi une structure dotée de pouvoirs adaptés.

2 Les pouvoirs envisageables pour une véritable autorité européenne

Si la doctrine s'avère majoritairement favorable à l'idée de la création d'une autorité européenne de régulation⁷⁰⁹, les auteurs envisagent aussi de forts pouvoirs pour celle-ci.

11 ; ERGEG *final report* : « *The lessons to be learned from the large disturbance in the european power system on the 4th of november 2006* », 6 février 2007, E06-BAG-01-06; sur la crise électrique italienne : Chérot J.-Y. : « Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires. L'articulation des autorités nationales et de la Commission dans la mise en oeuvre des politiques communes », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 169.

⁷⁰⁸ Les Etats membres se sont donc engagés, lors du Conseil européen de Barcelone à porter le niveau minimum d'interconnexion aux frontières à dix pour cent (Conclusions de la présidence, Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002, SN/100/1/02/REV1, p. 15). La Commission fait aussi de l'investissement dans les réseaux de transport d'énergie une des priorités de la politique énergétique, notamment dans le Livre vert sur « une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable », du 8 mars 2006, COM (2006) 105 final, p. 7. La politique des réseaux transeuropéens devrait être une solution pour augmenter les investissements dans les réseaux de transport d'énergie.

⁷⁰⁹ Certains auteurs s'opposent quand même à une telle création. Voir, par exemple : Hubert J.-M. : « L'autorité française de régulation des télécommunications », in Frison-Roche M.-A., Cohen-Tanugi L. (dir.), « La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels », Colloque D.G.C.C.R.F., du 25 mars 1998, *L.P.A.*, 10 juillet 1998, n°82, p. 34. Plus récemment, l'opinion de la doctrine apparaît globalement favorable : il est possible de le déduire dans les écrits suivants : Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 97 ; Vandamme J. : « Introduction », in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, éd. Rive droite, coll. ISUPE, 2005, notamment p. 24 ; Chevalier J.-M. : « La dynamique de la régulation énergétique dans le contexte européen », in Frison-Roche M.-A., Cohen-Tanugi L. (dir.) « La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels », précité, p. 14 ; Quélin B., Riccardi D. : « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », in « La régulation, nouveaux

Ainsi, il est possible d'adhérer aux conclusions tirées par Christian Stoffaës qui estime qu'« une coopération, aussi sophistiquée et techniquement compétente qu'elle soit, ne remplace pas une autorité dotée d'un pouvoir »⁷¹⁰. Selon lui, celle-ci est souhaitable dans les secteurs répondant à quatre caractéristiques. Tout d'abord, des négociations avec des partenaires extra-européens seraient nécessaires dans ces secteurs. Ensuite, l'indépendance du régulateur par rapport à la Commission ou aux Etats membres devrait être affirmée⁷¹¹. De plus, l'autorité ne compliquerait pas et ne nuirait pas à la stabilité des règles. Enfin, la technicité et la réactivité indispensables à la régulation du secteur justifieraient une institution spécialisée et permanente⁷¹². A n'en pas douter les secteurs des communications électroniques et de l'énergie rentrent dans ces critères.

Selon le même auteur, ce nouveau type d'autorité, contrairement aux structures existant déjà au sein de l'Union européenne⁷¹³, devrait bénéficier de pouvoirs exécutifs forts, comme « celui de fixer des normes, de prendre des décisions sur des litiges et d'arbitrer entre des objectifs d'intérêt public en concurrence (par exemple entre les objectifs de concurrence et de service public) »⁷¹⁴. De plus, les autorités européennes devraient servir à la fois de complément aux A.R.N., dans les secteurs dont la maille géographique de la régulation excède les compétences nationales, et d'organes de coordination pour les litiges transfrontaliers.

Dès lors, la question se pose de savoir si l'agence de régulation européenne ne devrait pas disposer, comme certaines autorités de régulation nationales, d'un pouvoir quasi-juridictionnel (régler des conflits et sanctionner), d'un pouvoir d'émettre des décisions individuelles et d'un pouvoir réglementaire de mise en oeuvre dans leur champ de compétences. En ce sens, Damien Geradin et Nicolas Petit plaident pour l'introduction en droit communautaire d'une nouvelle catégorie d'agences, qu'ils qualifient de « véritables

modes ? Nouveaux territoires ? », Colloque organisé par l'ENA, le 29 janvier 2004, *R.F.A.P.*, 2004, n° 109, p. 81. Le penchant pour la création d'une autorité européenne dans le secteur des communications électroniques et de l'énergie est affirmé dans : Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 31, 39, 61 ; spécifiquement pour le secteur des communications électroniques : Grard L. : « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, études en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Pedone, 2004, p. 89 ; Cambini C., Ravazzi P., Valletti T. : « *Il mercato delle telecomunicazioni, dal monopolio alla liberalizzazione negli stati uniti e nella UE* », édition Il Mulino, 2003, p. 97 ; dans le secteur de l'énergie : Lieberherr J.-G. : « Pour une agence européenne de l'énergie », *The European Union review*, vol. 10, n° 2, juillet 2005, p. 23.

⁷¹⁰ Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 30.

⁷¹¹ Su ce point, voir *infra* p. 739 et s.

⁷¹² Stoffaës C., « *Foreword* », in Della Cananea G. (dir.) : *European regulatory agencies*, précité, p. 14.

⁷¹³ Voir *infra* p. 752 et s.

⁷¹⁴ Stoffaës C., « *Foreword* », in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, précité, p. 13.

agences de régulation ». Elles correspondraient à des structures bénéficiant des mêmes types de pouvoirs que les autorités de régulation nationales⁷¹⁵. Dans le même sens, Jacques Ziller estime que « la coordination des régulateurs nécessite (...) l'existence de mécanismes de résolution de conflits »⁷¹⁶. Thierry Tuot, dans le cadre d'une réflexion sur le pouvoir de sanction des autorités de régulation, imagine, entre autres, le scénario du déplacement du pouvoir de sanction, mais aussi du pouvoir de régulation, à une échelle communautaire : « il faudrait [dans cette hypothèse] que les régulateurs deviennent européens et que le pouvoir de sanction devienne un pouvoir communautaire »⁷¹⁷.

Dans cet ordre d'idées, il apparaît qu'une autorité européenne, dont les pouvoirs seraient semblables à ceux des régulateurs indépendants nationaux et dont les compétences seraient concentrées sur la coordination des mesures envisagées dans les Etats membres, sur les problématiques transfrontalières et transnationales, pourrait être une solution adéquate. L'autorité ainsi créée disposerait à la fois d'un pouvoir réglementaire, de décision individuelle, de proposition et de sanctions. Le pouvoir réglementaire de mise en oeuvre servirait, par exemple, à définir les obligations incombant aux gestionnaires de réseaux de transport, les conduites à adopter en cas de crise et l'ensemble des mesures techniques applicables aux secteurs⁷¹⁸. Le pouvoir de décision individuelle pourrait être utilisé pour accorder des autorisations ou licences à caractère transnational, ou régler les conflits de compétences entre ARI sur les litiges transfrontaliers. Un pouvoir de règlement des différends pourrait aussi être envisagé si l'ampleur des conséquences d'un litige entre opérateurs est susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres. De plus, un pouvoir de proposition et d'avis apparaissent nécessaires, comme prolongement de l'expertise de l'autorité, sur les mesures envisagées par le législateur communautaire. Enfin, le complément indispensable de toute activité de surveillance d'un marché reste le pouvoir de sanction qui pourrait être mis en oeuvre de manière rapide par l'autorité dès qu'un acteur enfreint une règle posée par celle-ci⁷¹⁹.

⁷¹⁵ Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 49 et 61.

⁷¹⁶ Il conclut en outre qu'« aucune des agences de régulation européennes ne dispose de l'ensemble de ces pouvoirs », Ziller J. : « L'interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation », *R.F.A.P.*, 2004, n° 109, p. 21.

⁷¹⁷ Tuot T. : « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes? Les organismes de régulation économique », in « Les sanctions administratives », *A.J.D.A.*, numéro spécial, 20 octobre 2001, p. 138.

⁷¹⁸ Il s'agirait, par exemple, des règles d'accès aux marchés, de tarification, de financement des obligations de service public et de surveillance des conditions dans lesquelles sont assurés les services d'intérêt économique général. En ce sens, Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 92.

⁷¹⁹ Il s'agirait de sanctions financières et/ou un retrait d'autorisation ou de licence.

Cependant, en imaginant une autorité européenne capable d'assurer une régulation homogène du marché intérieur des communications électroniques et de l'énergie, la question du devenir des autorités nationales et de leur place dans un schéma de régulation européenne doit être envisagée.

B Le devenir des A.R.N. dans un schéma de régulation communautaire

Les problèmes de coordination empêchant l'approfondissement de l'ouverture des marchés sont, pour une part, dus à l'activité des A.R.N. Il faut distinguer les activités purement nationales de celles de dimension transnationale. Leur action sur le fondement des dispositions nationales peut rester efficace et justifier leur permanence. En outre, la création d'une entité européenne qui ne soit pas composée des spécialistes nationaux, c'est-à-dire les A.R.N., n'est pas justifiable. Dès lors, la mise en place d'une entité au niveau communautaire ne va pas impliquer la disparition des autorités nationales. Il n'en est pas de même pour les groupes de régulateurs.

1 La pérennité des A.R.N.

Certains auteurs ont émis l'idée de la disparition des ARI, en cas d'inefficacité, pour limiter les dépenses de fonctionnement ou pour éviter les conflits de compétences⁷²⁰. Ainsi Christian Stoffaës estime-t-il que « si un échelon supplémentaire doit être créé, il faut alléger par ailleurs »⁷²¹. Il est vrai que la survie des ARI dépendra de l'ampleur du mandat d'une éventuelle autorité européenne de régulation. Si celle-ci dispose des pouvoirs actuellement détenus par les régulateurs nationaux, rien ne sert de maintenir cet échelon. De plus, l'optique de régulation des marchés étant l'établissement d'une concurrence efficace, une fois celle-ci assurée, les autorités nationales pourraient disparaître⁷²². Cependant, l'hypothèse d'une autorité de régulation européenne dont les compétences seraient d'assurer la régulation des marchés dans l'ensemble de l'Union européenne apparaît irréaliste voire contre-productive.

⁷²⁰ Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 71 et 90. Dans un scénario de communautarisation du pouvoir de sanction, Thierry Tuot évoque « la création, à la place des (...) organes nationaux, d'un organe de régulation communautaire », Tuot T. : « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes? Les organismes de régulation économique », in « Les sanctions administratives », précité, p. 138.

⁷²¹ Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 90.

⁷²² Sur ce point, voir *supra* p. 620 et s.

Les A.R.N. disposent de compétences au titre des différents droits nationaux et les tâches que les vingt-sept autorités nationales de chaque secteur effectuent conformément au droit communautaire ne pourraient en aucun cas être réalisées par une seule autorité européenne⁷²³. Une approche pragmatique consisterait plutôt à laisser aux autorités nationales leurs compétences actuelles (ou à les renforcer) et à rassembler au sein de l'autorité européenne les fonctions liées aux éléments problématiques évoqués précédemment (accès aux réseaux transfrontaliers, gestion des opérations dont la maille est communautaire et coordination de l'action des ARI). En ce sens, les autorités de régulation devraient continuer à jouer un rôle primordial dans la supervision quotidienne des marchés de l'énergie et des communications électroniques, même dans l'hypothèse de la création d'une autorité européenne⁷²⁴. Dans cette idée, l'articulation entre les compétences de cette dernière et des instances nationales deviendrait alors un enjeu majeur afin d'éviter les conflits. Cette délimitation prend, en effet, une très grande importance au regard des réticences de l'ensemble des régulateurs nationaux dans le domaine des communications électroniques face à la création d'une telle autorité européenne⁷²⁵.

2 La dissolution des groupes de régulateurs ?

Si les ARI ne devraient pas disparaître, suite à la création d'autorités européennes, il n'en sera probablement pas de même des groupes de régulateurs. En effet, leur objectif premier étant la coordination de l'activité des instances nationales, le maintien de ces structures communautaires deviendrait superflu. Les groupes de régulateurs créés à l'initiative de la Commission européenne (E.R.G. et ERGEG) devraient disparaître, *de facto*, à la

⁷²³ Il en est ainsi, par exemple, des analyses réalisées sur le fondement de l'article 7 de la directive cadre, voir *supra*, p. 663 et s.

⁷²⁴ Ce point de vue est soutenu par Damien Geradin et Nicolas Petit dans : Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 61. Cependant, cela ne veut pas dire que les autorités de régulation devront être indépendantes. Comme souligné précédemment, si l'Etat se désengage complètement des marchés considérés, l'indépendance ne sera plus nécessaire. Cette dernière idée va cependant à l'encontre de la philosophie générale présidant les dernières propositions de la Commission qui ne conditionnent apparemment plus l'indépendance à la position partielle de l'Etat membre. Voir : proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 697 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, du 19 septembre 2007, COM (2007) 528 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, du 19 septembre 2007, COM (2007) 529 final.

⁷²⁵ Voir *infra* p. 786 et s.

naissance d'une autorité de régulation⁷²⁶. En revanche, la question se pose de savoir quel pourrait être le devenir des associations regroupant les autorités de régulation indépendantes (I.R.G. et C.E.E.R.). Elles n'ont aucun lien formel avec les instances communautaires, mais n'en sont pas moins très proches par leur collaboration accrue avec les groupes de régulateurs créés par la Commission⁷²⁷. L'existence d'une association d'autorités indépendantes est-elle nécessaire dans un schéma de régulation européenne ? La réponse à la question se trouve dans la capacité des institutions communautaires à créer une autorité européenne dotée d'une forte indépendance. Si cet objectif est atteint, une association de régulateurs n'aura plus sa raison d'être.

§3 La nécessité d'une autorité européenne dotée d'une indépendance garantie

Si les motifs présidant traditionnellement à la mise en place d'autorités de régulation européennes ne peuvent être en tous points semblables à ceux justifiant la création d'ARI à l'échelle nationale, il n'en reste pas moins que l'étude des facteurs fondant leur indépendance est opportune⁷²⁸. En effet, l'indépendance a une dimension nationale, mais peut aussi avoir une dimension communautaire, voire internationale, sans pour autant qu'elle soit juridiquement reconnue et consacrée dans un texte contraignant.

La Commission justifie souvent la nécessité de l'indépendance des autorités de régulation nationales pour éviter que le manque de clarté sur la séparation entre les fonctions de réglementation et les activités des opérateurs ne dissuade les investisseurs⁷²⁹. Cette idée peut tout à fait être transposée au niveau communautaire. L'indépendance de l'autorité de régulation nationale est un « impératif de crédibilité internationale »⁷³⁰, il faut donc la garantir, si besoin, au niveau communautaire. Cependant, il ne suffit pas d'affirmer que l'institution d'autorités de régulation au niveau communautaire est justifiée lorsqu'il apparaît

⁷²⁶ C'est ce qui ressort notamment de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, spéc. p. 2, 9 et considérant n° 14, ainsi que de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, spéc. p. 10 et 43.

⁷²⁷ Voir *supra* p. 711 et s.

⁷²⁸ La principale différence ici tient à ce que les Etats se sont construits sur le principe de répartition des pouvoirs tandis que l'Union européenne se fonde sur un équilibre institutionnel, conséquence de la représentation d'intérêts divers. Dès lors, les facteurs de l'indépendance ont pu être envisagés dans les ordres juridiques internes face à l'Etat dans son ensemble, alors que dans l'ordre juridique Communautaire, ils doivent être appréhendés par rapport à chaque institution représentant un intérêt.

⁷²⁹ Voir par exemple : communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 7 décembre 2000, sixième rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, (COM (2000) 814 final).

⁷³⁰ Chérot J.-Y. : « Rapport introductif », in « La régulation : quelles structures ? Quels objectifs ? », journée d'études du 21 avril 2004, Faculté des sciences juridiques de Tunis, p. 13.

« nécessaire de garantir l'indépendance du régulateur par rapport à la Commission ou aux Etats membres »⁷³¹ pour que celle-ci soit réellement indispensable.

Dès lors, la question se pose de savoir par rapport à qui elle doit être garantie. Un premier élément de réponse peut être analysé succinctement dans la mesure où il semble évident : l'autorité européenne doit être indépendante des acteurs du marché pour éviter un phénomène de capture. Ce que le droit communautaire exige pour les ARI nationales⁷³² doit aussi être appliqué pour un organisme chargé d'une activité de régulation, transnationale par exemple, au niveau communautaire. Restent donc les interrogations complexes du degré d'indépendance qui devrait ou non être requis par rapport aux Etats membres et à la Commission. Les réponses envisagées doivent tenir compte de la particularité de la création d'une autorité européenne dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie. Contrairement aux autres organismes décentralisés déjà institués en droit communautaire, l'autorité envisagée serait chargée de coordonner les positions d'autorités devant elles-mêmes être indépendantes face aux gouvernements. Dès lors, la question des facteurs de l'indépendance prend une ampleur toute particulière. Il apparaît que l'impartialité du régulateur implique une indépendance absolue entre le Conseil, représentant les intérêts des Etats membres, et les autorités communautaires (A). Le souci d'externaliser les fonctions par rapport à la Commission rend fortement souhaitable un degré élevé d'indépendance (B).

A L'impartialité, facteur d'indépendance face aux Etats membres

Il a été démontré que l'indépendance des autorités de régulation nationales est justifiée par le fait que les Etats membres ne peuvent à la fois intervenir sur le marché, par le biais de leur opérateur historique, et prendre en charge la régulation de celui-ci. Le droit communautaire interdisant cette position de juge et partie, contraire à l'idée d'impartialité du régulateur, les Etats membres interventionnistes devaient confier cette fonction à une autorité indépendante.

Comme le soulignent certains auteurs, « il n'existe pas d'entreprises publiques européennes, ni d'Etat actionnaire européen »⁷³³, mais il n'en reste pas moins que certains Etats membres interviennent sur le marché communautaire par le biais de leur opérateur

⁷³¹ Stoffaës C., « Foreword », in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, précité, p. 14.

⁷³² Sur ce point, voir *supra*, p. 138 et s.

⁷³³ Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 88.

historique. Dès lors, le Conseil, émanation des Etats membres, est à la fois juge et partie si l'indépendance des autorités de régulation européennes n'est pas assurée. Quelle pourrait être la crédibilité, pour un opérateur hors Union européenne désireux de pénétrer le marché communautaire, d'une autorité européenne influencée par le Conseil au sein duquel siègent les représentants d'Etats membres interventionnistes dans ces secteurs ? Le principe d'impartialité, comme en droit national, constitue le principal facteur justifiant l'indépendance de l'organe chargé des fonctions de surveillance des marchés. La garantie de l'indépendance par rapport aux Etats membres est donc indispensable si ceux-ci n'assurent pas un complet désengagement financier ou directif dans les opérateurs agissant dans le domaine des communications électroniques ou de l'énergie.

De plus, la particularité de la création d'une autorité de régulation européenne réside dans sa fonction. Il apparaît qu'elle serait principalement orientée vers la coordination de l'activité des instances nationales. Or, celles-ci doivent être indépendantes par rapport à leurs gouvernements. Quelle serait la logique d'une autorité européenne, chargée de coordonner l'activité des ARI, dépendante d'un Conseil composé des représentants du pouvoir exécutif des Etats membres ? Ce qui est interdit au niveau interne pourrait-il être admis par le truchement de l'ordre juridique communautaire ? Il faut éviter que la création d'autorités européennes soit le moyen, pour les Etats membres, de retrouver les pouvoirs qu'ils ont dû confier à des ARI sous l'impulsion du droit communautaire. Néanmoins, il est possible d'estimer que la coexistence de l'ensemble des représentants du pouvoir exécutif des vingt-sept Etats membres dilue les risques de conflits d'intérêts. En effet, certains d'entre eux ne sont pas interventionnistes. Cependant, cet argument plie devant une vision stricte de l'impartialité.

L'indépendance doit donc être garantie pour éviter des répercussions possibles à deux niveaux. Le premier serait le niveau communautaire. Certains Etats membres agissant sur les marchés ne peuvent pas, selon le principe d'impartialité, réguler celui-ci au niveau communautaire. Le second serait le niveau national. L'autorité chargée de coordonner l'activité des ARI ne devrait pas, eu égard à l'indépendance nécessaire de celles-ci, être dépendante du Conseil. En effet, une subordination de l'autorité européenne aurait, par effet de ricochet, une influence néfaste sur l'indépendance des ARI. Dès lors, l'idée de l'impartialité de l'organe chargé de la régulation d'un marché s'avère aussi être le facteur de l'indépendance des autorités créées en droit communautaire, tout du moins vis-à-vis des Etats membres.

Enfin, des propositions ont été émises pour que l'autorité européenne soit indépendante par rapport aux autorités nationales de régulation⁷³⁴. Il est vrai que ces dernières agissent au nom de l'Etat. Cependant, elles doivent être indépendantes de leurs propres gouvernements nationaux, du moins si ceux-ci n'ont pas une position impartiale face au secteur régulé. Dès lors, admettre la nécessité de l'indépendance de l'autorité européenne face aux ARN revient à soupçonner une subordination de ces dernières aux intérêts des opérateurs ou des gouvernements, autrement dit l'inefficacité du droit communautaire. L'idée est envisageable pour la doctrine, mais elle n'est pas justifiable par l'institution qui propose de créer une autorité européenne. En effet, la Commission ne pourrait pas, en même temps, argumenter l'opportunité de l'indépendance de l'autorité européenne par rapport aux A.R.N. et consolider l'indépendance de ces dernières comme elle envisage de le faire⁷³⁵.

B L'externalisation, facteur d'indépendance face à la Commission

Les membres de la Commission européenne « sont indépendants à l'égard des intérêts privés et des Etats »⁷³⁶. Par nature, la Commission dans son ensemble est donc indépendante des Etats. En principe, son action est impartiale dans la mesure où elle n'intervient pas sous la forme d'opérateur sur les marchés de l'énergie et des communications électroniques. Représentant l'intérêt communautaire, l'idée de l'indépendance d'une autorité européenne à son endroit ne devrait pas être évoquée.

Cependant, l'indépendance est une des caractéristiques que la Commission a mis en avant pour assurer une nouvelle « gouvernance européenne »⁷³⁷, notamment en consolidant un

⁷³⁴ Mocilnikar A.-T. : « Arguments et conditions pour une autorité européenne de l'électricité et du gaz », in rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 235 ; Scott C. : « *Agencies for european regulatory governance : a regimes approach* », in Geradin D., Muñoz R., Petit N. : « *Regulation through Agencies in the EU. A new paradigm of European governance* », Ed. Edward Elgar, 2005, p. 79.

⁷³⁵ Voir l'article 1^{er} paragraphe 12 de la proposition modifiant la directive 2003/54/CE, précitée. De même, l'article 1^{er} paragraphe 3 de la proposition modifiant les directives 2002/21/CE, 2002/19/CE et 2002/20/CE, précitée. Voir aussi l'article 1^{er} paragraphe 14 de la proposition modifiant la directive 2003/55/CE, précitée.

⁷³⁶ Gautron J.-C., *Droit européen*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2006, p. 119. Article 213 T.C.E.

⁷³⁷ Voir : Commission européenne, Livre blanc, « Gouvernance européenne », du 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final. Selon Marc Blanquet, « le concept de gouvernance permet de placer l'exercice de "l'art de gouverner" dans le cadre communautaire sous les regards croisés de la science politique, de la science administrative, mais également de la philosophie du droit », Blanquet M. : « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in Couzinet J.-F. (dir.) : *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité, p. 43 ; voir aussi : De Schutter O., Lebessis N., Paterson J. (dir.) : « La gouvernance dans l'Union européenne », Les cahiers de la cellule de prospective, OPOCE, 2001, 338 p. ; Simon D. : « Le principe de "bonne administration" ou "la bonne gouvernance" concrète », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum* en l'honneur de Jean Raux, Apogée, 2006, p. 155.

système d'organismes communautaires décentralisés. Pour la Commission, « la création de nouvelles agences de régulation autonomes (...) [qui] devraient jouir d'une certaine indépendance, dans un cadre clair défini par le pouvoir législatif »⁷³⁸ constitue « un moyen utile de recentrer ses ressources sur ses missions essentielles »⁷³⁹ et « améliorera la façon dont les règles sont mises en oeuvre et appliquées dans toute l'Union »⁷⁴⁰. La juxtaposition des formules « agences autonomes » et « qui devraient jouir d'une certaine indépendance » ne renseigne pas vraiment ni sur la teneur des liens entre la Commission et les agences, ni sur les facteurs susceptibles de justifier la création d'une entité dotée d'une certaine indépendance.

En prenant appui sur le livre blanc de la Commission, il est possible d'analyser les motifs conduisant à la création d'agences européennes. Une conception « gestionnaire » de la gouvernance voit en elles la représentation d'un effort de modernisation de l'action publique permettant d'en assurer l'efficacité⁷⁴¹, ce qui conduirait dans certains cas à « mieux exercer les responsabilités européennes par la décentralisation »⁷⁴². Par conséquent, selon le Professeur Marc Blanquet, le recours aux agences, outils de la nouvelle gouvernance européenne, répond aux problèmes particuliers de la Commission en ce début de siècle. Les agences seraient, d'un point de vue qualitatif, une réponse à la politisation de celle-ci, et d'un point de vue quantitatif, un outil d'externalisation maîtrisée⁷⁴³.

En premier lieu, la récente politisation de la Commission européenne peut-elle être le facteur justifiant la création d'agences indépendantes ? L'objectif serait, en ce sens, d'assurer une certaine continuité de l'action publique communautaire, par delà les éventuels changements de majorité au sein du Parlement, pour garantir sa crédibilité. Le progrès de la légitimité démocratique dans le système européen se traduit, entre autres, par l'approbation du Parlement européen sur la désignation du président et des membres de la Commission européenne⁷⁴⁴. Dès lors, un soupçon de politisation pèse sur le garant de l'intérêt général

⁷³⁸ Commission européenne, Livre blanc, « Gouvernance européenne », précité, p. 28.

⁷³⁹ *Ibid.*

⁷⁴⁰ *Ibid.*

⁷⁴¹ Blanquet M. : « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in Couzinet J.-F. (dir.) : *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité, p. 44. D'autres motifs peuvent être évoqués comme le souci de transparence, de responsabilité, de lisibilité, ou de cohérence, voir : Commission européenne, Livre blanc, « Gouvernance européenne », précité, p. 37 et s.

⁷⁴² Il s'agit du titre du chantier numéro trois du programme de travail pour l'élaboration du Livre blanc sur la gouvernance européenne, SEC (2000) 1547/7 final, p. 9 ; voir aussi les travaux préparatoires, pages 147 à 221, disponible sur : <http://ec.europa.eu/gouvernance>.

⁷⁴³ Blanquet M. : « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité, p. 44 et s.

⁷⁴⁴ Article 214 T.C.E. : « Le Conseil, réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement et statuant à la majorité qualifiée, désigne la personnalité qu'il envisage de nommer président de la Commission; cette désignation est approuvée par le Parlement européen. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée et d'un

communautaire et l'influence croissante du Parlement pousserait à choisir, dans certains domaines techniques ou sensibles, la formule de l'agence pour son indépendance⁷⁴⁵. Comme l'expliquent Martin Shapiro en droit interne mais aussi Giandomenico Majone à l'échelle communautaire, la principale raison pour créer des agences tient au désir de les protéger des interférences politiques⁷⁴⁶.

Il convient de relever néanmoins un certain paradoxe. D'une part, les membres de la Commission, pour gagner une certaine légitimité démocratique, voient une intervention croissante du Parlement dans leur mode de nomination. D'autre part, au regard de cette politisation croissante des modalités de nomination des commissaires, certains domaines sont soustraits à la Commission et confiés à des agences pour éviter de soumettre ces secteurs à la pression politique de la majorité. Au-delà de ce paradoxe, il reste une réalité observable, la politisation de la Commission rend souhaitable la mise en place d'agences indépendantes dans certains secteurs techniques.

En second lieu, le facteur qui a amené à la création d'agences dotées d'une certaine indépendance peut-il être le souci d'organiser l'externalisation de certaines fonctions relatives à la régulation de secteurs techniques ? Il faut entendre « externalisation » comme le fait de confier une fonction déterminée à une entité publique, dans la Communauté, mais extérieure à la hiérarchie administrative traditionnelle. Tout d'abord, si l'externalisation est un remède contre les problèmes actuels de la Commission, cela revient à dire que celle-ci ne peut prendre en charge la fonction de régulation de ces secteurs. Il apparaît que la Commission n'est pas

commun accord avec le président désigné, adopte la liste des autres personnalités qu'il envisage de nommer membres de la Commission, établie conformément aux propositions faites par chaque État membre. Le président et les autres membres de la Commission ainsi désignés sont soumis, en tant que collègue, à un vote d'approbation par le Parlement européen. Après l'approbation du Parlement européen, le président et les autres membres de la Commission sont nommés par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée ». Le Traité de Lisbonne, par son article premier paragraphe 18 va approfondir les liens entre le Parlement et la Commission : « En tenant compte des élections au Parlement européen, et après avoir procédé aux consultations appropriées, le Conseil européen, statuant à la majorité qualifiée, propose au Parlement européen un candidat à la fonction de président de la Commission. Ce candidat est élu par le Parlement européen à la majorité des membres qui le composent. Si ce candidat ne recueille pas la majorité, le Conseil européen, statuant à la majorité qualifiée, propose, dans un délai d'un mois, un nouveau candidat, qui est élu par le Parlement européen selon la même procédure », Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, J.O.U.E., n° C 306, du 17 décembre 2007, p. 1.

⁷⁴⁵ En ce sens, Blanquet M. : « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité, p. 46 ; voir aussi : rapport d'information sur les agences européennes de la délégation pour l'Union européenne au Sénat, par Marie-Thérèse Hermange, n° 58, du 27 octobre 2005, p. 11.

⁷⁴⁶ Voir : Shapiro M. : « *Agenzie indipendenti : Stati Uniti ed Unione europea* », *Diritto Pubblico*, 1996, p. 345 à 372, cité par Della Cananea G. : « *Independent regulatory agencies in the european legal space* », in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, précité, p. 158 ; Majone G. : « *Managing europeanization, the european agencies* », in Peterson J., Shackleton M. (dir.), *The institutions of the European Union*, 2^{ème} éd., Oxford University Press, 2006, p. 193.

techniquement la mieux placée pour assumer quotidiennement la surveillance des marchés de l'énergie et des communications électroniques, ni pour garantir une coordination des positions des ARI⁷⁴⁷. De plus, une trop forte centralisation des fonctions de régulation entre les mains de celle-ci serait difficilement envisageable. Comme le souligne le Professeur Edoardo Chiti, « le choix de créer un organisme en position auxiliaire par rapport à la Commission doit être relié non seulement à l'exigence d'assurer à l'agence une position spécifique d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique, bureaucratique et économique (...), mais surtout à l'opportunité d'établir une organisation décentralisée en la matière »⁷⁴⁸. L'argument de la nécessaire externalisation de certaines fonctions est d'autant plus justifié lorsqu'il est fait référence aux critiques adressées à l'instance bruxelloise. En effet, celle-ci est souvent soupçonnée de faiblesse à l'égard des pressions exercées par les lobbies commerciaux⁷⁴⁹. Dès lors, l'idée de la capture de la Commission par les intérêts du secteur pourrait justifier une externalisation des fonctions de surveillance du marché. En outre, les fonctions spécifiques de la Commission font émerger la question de l'opportunité d'un accroissement de ses pouvoirs dans le champ de la régulation des secteurs de l'énergie et des communications électroniques. En tant qu'autorité de concurrence au niveau communautaire, est-il souhaitable de lui confier la fonction de régulation et de coordination des positions des ARI ? La réponse devrait être négative. La même logique qu'au niveau national s'applique : la séparation des autorités de concurrence et des autorités chargées de la régulation d'un secteur est bénéfique pour assurer une confrontation entre les objectifs purement concurrentiels et ceux qui associent à la fois concurrence et protection des missions de service public. De plus, une des justifications avancées pour la création d'agences indépendantes tient à la visibilité de l'organe prenant en charge ces fonctions, tant vis-à-vis des opérateurs et des investisseurs que pour conduire des négociations avec des partenaires extra-communautaires⁷⁵⁰. La formalisation et l'externalisation de cette fonction, par rapport à la Commission, sont donc des garanties de l'indépendance de la régulation. Autrement dit, l'externalisation garantit que la Commission ne puisse favoriser certaines entreprises au détriment d'autres ou les entreprises

⁷⁴⁷ En ce sens, Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 61 ; voir aussi l'exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, p. 6 et l'exposé des motifs de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 11 : la Commission explique qu'elle n'a jamais mené d'activité de ce type qui nécessite l'expertise et la collaboration de spécialistes.

⁷⁴⁸ Chiti E. : « Agences, administration indirecte et coadministration », in Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J., *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 271.

⁷⁴⁹ Latour X. : « Les autorités indépendantes au sein de l'Union européenne », in mélanges Paul Sabourin, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 209.

⁷⁵⁰ Stoffaës C., « *Foreword* », in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, précité, p. 14.

communautaires par rapport à des concurrents extra-communautaires. Pour l'ensemble de ces arguments, l'externalisation des fonctions de régulation est souhaitable.

Néanmoins, au regard de ce qui précède, il est permis de s'interroger sur l'indépendance même de la Commission. Ce soupçon de politisation, une position parfois conflictuelle eu égard à l'ensemble de ses pouvoirs ainsi qu'une certaine faiblesse remarquée face aux lobbies, impliquent la question d'un éventuel déplacement de l'intérêt public communautaire. Existerait-il un intérêt différent des intérêts étatique et communautaire justifiant une intervention totalement neutre par le biais d'agences⁷⁵¹ ? Si la question risque de rester longtemps en suspens, l'ensemble de ces éléments justifie la prise en charge des fonctions de régulation par une autorité disposant d'une certaine indépendance par rapport à la Commission. Certes, l'instance bruxelloise n'est pas réellement en position de « juge et partie » dans le secteur régulé. L'indépendance à son endroit n'est donc pas indispensable, à la différence des Etats membres. Néanmoins, la volonté de protéger ces secteurs d'une influence politique, conjuguée aux arguments dissuadant d'une centralisation de cette activité, rapprochent la situation de l'Union européenne de celle observée dans les systèmes anglo-saxons. Le besoin d'externalisation ne répond évidemment pas aux mêmes motifs, mais il apparaît aussi comme le facteur fondamental qui pourrait impliquer la création d'agences dotées d'une certaine indépendance vis-à-vis de la Commission, dans un souci d'efficacité de l'action publique.

Par conséquent, l'indépendance des agences communautaires chargées des fonctions de coordination de l'activité des ARI et de régulation transnationale dans le secteur de l'énergie et des communications électroniques est une question qui ne peut être abordée dans les mêmes termes que dans les ordres juridiques nationaux. Au regard de l'impartialité nécessaire de l'entité de régulation européenne, son indépendance est indispensable face à certains Etats membres, donc au Conseil. Pour d'autres raisons, une externalisation de l'autorité par rapport à la Commission européenne est fortement souhaitable. Ainsi, un certain degré d'indépendance doit être envisagé. Après l'étude de l'opportunité de la création de tels organismes communautaires décentralisés, il convient de se pencher sur sa faisabilité. Au regard des agences précédemment créées et de l'état du droit, il apparaît malheureusement que l'hypothèse d'une autorité dotée de pouvoirs forts ainsi que d'une indépendance réellement garantie ne soit pas envisageable.

⁷⁵¹ La question est posée par Xavier Latour, « Les autorités indépendantes au sein de l'Union européenne », in mélanges Paul Sabourin, précité, p. 203.

Section II : Des organismes communautaires décentralisés inadaptés

Déléguer des fonctions d'exécution à des organismes communautaires décentralisés n'est pas une pratique récente. Elle a commencé à se développer à partir des années soixante dix, puis a pris un essor particulier des années quatre vingt dix au début du vingtième siècle⁷⁵². Cette nouvelle forme de gestion de l'action publique s'est cependant propagée sans une véritable cohérence d'ensemble. A partir de la réflexion engagée par le livre blanc sur la gouvernance⁷⁵³, la Commission, en se basant sur une interprétation stricte de la jurisprudence de la Cour, a entamé un processus visant à rationaliser leur expansion et à homogénéiser leur cadre juridique⁷⁵⁴. Celui-ci limite les pouvoirs des agences européennes et ne garantit pas leur indépendance (§1). Détentricice de l'initiative législative dans l'ordre juridique communautaire, la Commission propose la création de deux organismes décentralisés qui respectent l'esprit de cet encadrement et s'avèrent donc inadaptés pour résoudre le déficit de coordination européenne dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie (§2).

⁷⁵² Voir : Muller-Quoy I. : « L'apparition et le développement des agences de l'Union », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, études de l'IREDE, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 13 et s.

⁷⁵³ Commission, Livre blanc, « Gouvernance européenne », précité.

⁷⁵⁴ Communication de la Commission : « L'encadrement des agences européennes de régulation », du 11 décembre 2002, COM (2002) 718 final ; projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, du 25 février 2005, COM (2005) 59 final.

§1 Un cadre juridique trop strict

La jurisprudence *Meroni*, du 13 juin 1958⁷⁵⁵, marque le point de départ de l'encadrement des délégations de pouvoirs par les institutions communautaires. Cette jurisprudence a été reprise et interprétée de manière restrictive par la Commission européenne, souvent en accord avec les autres institutions (A). Par conséquent, les agences qui ont été créées et auxquelles des pouvoirs ont été confiés par les institutions communautaires reflètent cette vision. Une des catégories d'agences, dénommée « agence de régulation » s'avère être la structure envisagée par la Commission pour assurer la coordination de l'activité des autorités de régulation nationales. Cependant, les agences de régulation qui ont déjà été créées dans d'autres domaines, qui disposent de pouvoirs limités et ne bénéficient pas d'une véritable indépendance, apparaissent, en l'état actuel du droit, inadaptées aux nécessités pratiques de l'intégration des marchés des communications électroniques et de l'énergie (B).

A Les limites posées par la jurisprudence *Meroni*

La Cour de Justice avait à connaître, dans l'affaire *Meroni*⁷⁵⁶, d'une délégation faite par la Haute Autorité de la CECA, à des organismes de droit privé, de pouvoirs de décision individuelle qu'elle détenait du Traité. La requérante, l'entreprise italienne *Meroni & Co.*, reprochait à la Haute Autorité d'avoir délégué ceux-ci sans soumettre leur exercice aux conditions que le Traité exigeait s'ils avaient été exercés directement par elle. La Cour

⁷⁵⁵ C.J.C.E., 13 juin 1958, *Meroni e Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority*, aff. 9-56, concl. Roemer K., 19 mars 1958, Rec. 1958, p.11 ; Askenazy H., « Les arrêts de la Cour de justice de Luxembourg concernant la péréquation des ferrailles », *L'Echo des Mines et de la Métallurgie*, 1958 p. 429. Sur l'influence de cette jurisprudence sur l'encadrement des agences, voir : Della Cananea G. (dir.) : *European regulatory agencies*, précité, notamment Chiti E. : « *Beyond Meroni : the Community legitimacy of the provisions establishing the European Agencies* », p. 75 et s. ; Azoulay L. : « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », in Idot L., Poillot-Peruzzetto S., (dir.), « Internormativité et réseaux d'Autorités », actes du colloque du 24 octobre 2003 à l'Université de Toulouse I, *L.P.A.*, 5 octobre 2004, n° 199, p. 7 et s. ; Blanquet M. : « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in Couzinet J.-F. (dir.) *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité, p. 59 ; Dehousse R. : « *Delegation of powers in the European Union : the need for multi-principals model* », p. 4, disponible sur le site Internet de la Chaire Mutations de l'action publique et du droit public, sous la direction du Professeur J.-B. Auby : <http://www.chairemadp.sciences-po.fr>; Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 14 et s.

⁷⁵⁶ L'affaire concernait un recours en annulation formé contre une décision de la Haute Autorité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, du 24 octobre 1956 par la société *Meroni & Co. Industrie Metallurgiche S.A.*, et selon laquelle la requérante était tenue de verser à la Caisse de péréquation des ferrailles importées environ cinquante cinq millions de liras.

accepte le principe de la délégation⁷⁵⁷, mais elle s'est toutefois immédiatement attachée à encadrer celui-ci pour éviter toute remise en cause de l'ordre juridique communautaire. Elle estime 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 des 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 (...). Une délégation du premier type n'est pas susceptible de modifier sensiblement les conséquences qu'entraîne l'exercice des pouvoirs qu'elle affecte, alors qu'une délégation du second type, en substituant les choix de l'autorité délégataire à ceux de l'autorité délégante, opère un véritable déplacement de responsabilité »⁷⁵⁸. La Cour estime ensuite que l'article 3⁷⁵⁹ « permet de voir dans l'équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté, une garantie fondamentale accordée par le Traité »⁷⁶⁰ et en conclut que « la délégation d'un pouvoir discrétionnaire, (...) porterait atteinte à cette garantie »⁷⁶¹.

Par conséquent, au regard du principe de l'équilibre institutionnel⁷⁶², qui trouve son origine dans cette jurisprudence, les institutions européennes ne peuvent déléguer de pouvoir discrétionnaire impliquant une large liberté d'appréciation. Vingt ans plus tard, la Cour de Justice complète sa jurisprudence en interdisant, de manière plus large, toute délégation d'un pouvoir normatif. En effet, dans l'arrêt *Romano*⁷⁶³, elle estime que le Conseil ne peut pas habiliter un organisme tel que la Commission administrative des communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants⁷⁶⁴ « à arrêter des actes revêtant un caractère normatif »⁷⁶⁵. L'acte en question était une décision de portée générale⁷⁶⁶. Dès lors, si la

⁷⁵⁷ Sur la délégation en droit communautaire, voir : Gautier Y., *La délégation en droit communautaire*, thèse, Strasbourg, 1995, dactyl. ; Thatcher M. : « Concurrence ou complémentarité ? A propos de la délégation de pouvoirs », *R.F.A.P.*, 2004, n° 109, p. 49.

⁷⁵⁸ C.J.C.E., 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA*, précité.

⁷⁵⁹ Article 3 CECA : « Les institutions de la Communauté doivent, dans le cadre de leurs attributions respectives et dans l'intérêt commun (...) ».

⁷⁶⁰ C.J.C.E., 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA*, précité.

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² Sur l'équilibre institutionnel, voir *infra* p. 800 et s.

⁷⁶³ C.J.C.E., 14 mai 1981, *Giuseppe Romano c/ Institut national d'assurance maladie-invalidité*, aff. 98/80, concl. Warner J-P., 20 novembre 1980, Rec. 1981, p. 1241.

⁷⁶⁴ La Commission administrative des communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants était un organe composé de représentants des Etats membres institué par un règlement du Conseil auprès de la Commission européenne mais non doté de la personnalité juridique, article 80 du règlement (CEE), n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (J.O.C.E., n° L 149, du 5 juillet 1971, p. 2).

⁷⁶⁵ C.J.C.E., 14 mai 1981, *Giuseppe Romano*, précité, pt. 20.

⁷⁶⁶ Il s'agissait d'une décision fixant la date à prendre en considération pour déterminer le taux de conversion à appliquer lors du calcul de certaines prestations.

création d'agences n'est pas remise en cause par cette acception de l'équilibre institutionnel, elles ne peuvent pas bénéficier d'un pouvoir normatif général, seul un pouvoir de décision individuelle est permis à condition que celui-ci soit clairement défini et n'engendre pas de pouvoir discrétionnaire impliquant une large liberté d'appréciation⁷⁶⁷.

La Commission, conformément au principe d'autorité de la chose jugée et interprétée, s'est fait le relais de cette conception de la délégation de pouvoirs. Dans le Livre blanc sur la gouvernance⁷⁶⁸, qui n'a pas de valeur juridique, elle précise les conditions de la création d'agences de régulation au niveau de l'Union européenne. L'attribution directe de certaines responsabilités aux agences doit s'opérer dans le respect de l'équilibre des pouvoirs entre les institutions et sans empiéter sur leurs attributions et rôles respectifs. Ainsi, « elles peuvent se voir conférer le pouvoir de prendre des décisions individuelles dans des domaines spécifiques, mais ne peuvent adopter de mesures réglementaires générales »⁷⁶⁹. Un pouvoir de décision ne peut cependant pas leur être attribué « dans des domaines où elles devraient arbitrer des conflits entre des intérêts publics, exercer un pouvoir d'appréciation politique ou procéder à des évaluations économiques complexes »⁷⁷⁰. Il reste donc cantonné aux situations dans lesquelles « seul un intérêt public prédomine et où les tâches à accomplir requièrent une compétence technique particulière »⁷⁷¹. Enfin, aucune responsabilité pour lesquelles le Traité a conféré un pouvoir de décision à la Commission ne peut leur être conférée (politique de concurrence par exemple) et elles doivent être soumises à un système efficace de supervision et de contrôle⁷⁷².

Cette vision de la Commission, qualifiée de restrictive par la doctrine⁷⁷³, a néanmoins toujours perduré. En témoignent, par exemple, sa communication sur l'encadrement des

⁷⁶⁷ Il s'agit ici d'une interprétation d'ensemble des deux arrêts au regard des faits en cause. Cependant, il serait possible de considérer que la jurisprudence *Romano*, en interdisant une délégation de pouvoir normatif vise à la fois les actes à portée réglementaire et les décisions individuelles, tels qu'entendus en droit français. Dès lors, la jurisprudence *Romano* serait un revirement de la jurisprudence *Meroni* qui autorisait la délégation de certains pouvoirs de décision individuelle sous conditions.

⁷⁶⁸ Commission, Livre blanc, « Gouvernance européenne », précité.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 29.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 28.

⁷⁷² *Ibid.*, p. 29.

⁷⁷³ Voir par exemple : Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 14 ; Stoffaës C., « *Foreword* », in Della Cananea G. (dir.) : *European regulatory agencies*, précité, p. 14 ; Yataganas X. : « *Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independant agencies* » Jean Monnet Working Paper, 03/01, p. 20; cette conception est aussi relayée par une vision stricte de la doctrine selon Chiti E. : « *Beyond Meroni : the Community legitimacy of the provisions establishing the European Agencies* », in Della Cananea G. (dir.) : *European regulatory agencies*, précité, p. 79.

agences européennes de régulation, du 11 décembre 2002⁷⁷⁴, ainsi que le projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation du 25 février 2005⁷⁷⁵ qui restent dans cette lignée. La Commission a, en effet, toujours été réticente au fait de déléguer des pouvoirs à une agence ou une autorité indépendante⁷⁷⁶. Elle ne propose donc cette solution que lorsque sa structure s'avère incapable de mener à bien la mission impartie ou qu'elle estime que le Conseil n'acceptera pas l'accroissement de ses pouvoirs. Le cas échéant, la Commission propose en priorité de conserver les pouvoirs de décision individuelle pour ne laisser aux agences qu'une compétence consultative⁷⁷⁷.

La création des agences n'a pas non plus été favorisée par les Etats membres ou le Parlement qui apparaissent aussi peu enclins pour cette méthode de modernisation de l'action publique. Les Etats membres s'avèrent relativement opportunistes sur ce thème⁷⁷⁸. Si, par principe, ils craignent la diminution de leur sphère d'influence par la multiplication des agences, leur représentation souvent dominante au sein de celles-ci les fait parfois pencher vers cette solution institutionnelle. Comme le souligne le Professeur Giacinto Della Cananea, les Etats membres ont parfois montré « leur empressement à accepter des transferts modérés de pouvoirs de régulation à des agences, comme une alternative au renforcement de la structure administrative de la Commission »⁷⁷⁹. Le Parlement, en revanche, a régulièrement

⁷⁷⁴ Communication de la Commission : « L'encadrement des agences européennes de régulation », précité, p. 8.

⁷⁷⁵ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

⁷⁷⁶ En ce sens, Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës : *Vers une régulation européenne des réseaux*, précité, p. 74 ; Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 31 ; Dehousse R. : « *Delegation of powers in the European Union : the need for multi-principals model* », précité, p. 4 ; Delion A. : « Notion de régulation et droit de l'économie », in *Annales de la Régulation*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, L.G.D.J., vol. I, 2006, p. 25.

⁷⁷⁷ Il existe cependant certaines exceptions notables comme par exemple l'Agence européenne de la sécurité aérienne, voir les articles 20 à 23 du règlement n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 20 février 2008, concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, et abrogeant la directive 91/670/CEE du Conseil, le règlement n° 1592/2002 et la directive 2004/36/CE (J.O.C.E. n° L 79, du 19 mars 2008, p. 1).

⁷⁷⁸ Selon André Delion, les Etats membres ne sont pas favorables à la création d'agences car ils craignent de confier des compétences à des agences qui ne seraient plus encadrées par de vrais pouvoirs politiques, Delion A. : « Notion de régulation et droit de l'économie », précité, p. 25.

⁷⁷⁹ Traduction libre de : « *The [Member States] have, however, shown their willingness to accept a moderate transfer of regulatory powers to the agencies, as an alternative to strengthening the Commission's administrative structure* », Della Cananea G. : « *Independent regulatory agencies in the european legal space* », in Della Cananea G. (dir.) : *European regulatory agencies*, précité, p. 160. Dans le même sens, Jean-François Couzinet explique que : « le rôle confié à ces organismes et le rôle qu'ils se voient attribués sont autant de compétences concrètement enlevées à la Commission. Or, la structure même des agences fait apparaître la place prépondérante donnée aux représentants des Etats membres », Couzinet : « Agences et compétences de l'Union et des Etats membres », in Couzinet J.-F. (dir.) : *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, études de l'IREDE, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 37. Cette dernière affirmation doit, bien entendu, être appréciée au regard des compétences attribuées aux agences : si ces compétences étaient auparavant exercées par les Etats membres (collaboration, par exemple), la création d'une agence ne dépossède pas la Commission mais évite que celle-ci s'attribue cette mission.

affiché ses craintes face au développement de ce type d'organisme⁷⁸⁰. Il critique principalement le risque de double emploi entre les agences et d'autres instances existant à l'échelon des Etats membres, celui d'erreur dans l'appréciation de la nécessité de créer de telles entités ainsi que les dangers d'une dilution des pouvoirs et d'un affaiblissement des contrôles émanant des institutions communautaires. En ce sens, le Parlement a demandé à la Commission qu'elle précise les conditions de création et d'encadrement des agences⁷⁸¹. Il en résulte un éventail d'organismes inadaptés aux nécessités actuelles de l'approfondissement de la coordination des activités des autorités de régulation dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie.

B Les différents types d'organismes disponibles

La Commission a toujours eu une position ambivalente à l'égard des agences. Elle s'est constamment montrée réticente à accepter le principe de délégation de pouvoirs mais, en même temps, elle a continué à proposer la mise en place de nouvelles agences⁷⁸². Aujourd'hui, trente sont déjà en fonction⁷⁸³, dispersées à travers l'Union européenne conformément à l'idée d'une délocalisation territoriale. Cependant, leur appréhension n'est pas toujours aisée dans la mesure où leur manque d'homogénéité, très souvent critiqué, en fait une catégorie juridique dont la composition, les missions et les pouvoirs varient considérablement. Il convient donc de se baser sur l'essai de typologie de la Commission, qui devrait être suivi pour les agences futures, afin d'observer l'éventail disponible pour la création d'autorités dans le secteur des communications électroniques et de l'énergie. Il ressort de cette typologie une seule catégorie adaptée, les agences de régulation, qui disposent cependant de pouvoirs limités et ne bénéficient pas d'une véritable indépendance.

⁷⁸⁰ Résolution du Parlement européen, n° A3-0414/92, sur la création et le fonctionnement des organismes et agences spécialisés (J.O.C.E., n° C 42, du 15 février 1993, p. 63) ; résolution du Parlement européen, n° A3-0416/92, sur les aspects financiers des organismes satellites des Communautés européennes (J.O.C.E., n° C 42, du 15 février 1993, p. 61) ; rapport du Parlement européen, Commission des affaires constitutionnelles, sur la communication de la Commission « L'encadrement des agences européennes de régulation » (COM (2002) 718 final), du 4 décembre 2003, A5-0471/2003, p. 5.

⁷⁸¹ Rapport du Parlement européen, Commission des affaires constitutionnelles, sur le Livre blanc de la Commission « Gouvernance européenne », du 15 novembre 2001, A5-0399/2001 final, p. 32, 36. Pour les agences de régulation en particulier, rapport du Parlement européen, sur la communication de la Commission « L'encadrement des agences européennes de régulation », précité, p. 7.

⁷⁸² En ce sens, Dehousse R. : « *Delegation of powers in the European Union : the need for multi-principals model* », précité, p. 4.

⁷⁸³ Elles officient sous des appellations différentes comme fondation, centre, office, agence, observatoire, etc... Voir notamment, Muller-Quoy I. : « L'apparition et le développement des agences de l'Union », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité, p. 13 et s.

1 Les organismes communautaires décentralisés, une catégorie hétérogène

La Commission, reconnaît que les différences qui caractérisent l'ensemble des agences, pour ce qui concerne leurs structures internes, leurs relations avec les institutions, leurs tâches et leurs pouvoirs d'action, sont beaucoup plus importantes que les analogies⁷⁸⁴. Ces différences sont la conséquence du fait que les agences ont été créées à des moments historiques différents, pour faire face, au cas par cas, à des exigences ponctuelles. Par conséquent, il n'y a pas un seul modèle d'agence de l'Union, mais plusieurs⁷⁸⁵. Cependant, la Commission précise qu'elles présentent quelques caractéristiques formelles communes. Ainsi, les agences « ont été instituées par voie réglementaire en vue d'exécuter des tâches bien déterminées dans leur acte de création, possèdent la personnalité juridique et bénéficient d'une certaine autonomie organisationnelle et financière »⁷⁸⁶. Sur la base de cette description qui peut faire office de définition générale, il est possible de rajouter d'autres éléments communs. Elles sont composées d'un directeur exécutif qui prend généralement en charge les fonctions administratives journalières, la préparation du programme de travail et les tâches de représentation, et d'un conseil d'administration, au sein duquel la représentation des Etats membres est majoritaire, qui établit les orientations générales de l'activité de l'agence et adopte son programme de travail⁷⁸⁷.

La Commission distingue deux catégories d'agences, les premières sont qualifiées d'« exécution » et les secondes de « régulation ». Les agences d'exécution « sont chargées de tâches de pure gestion, à savoir assister la Commission dans la mise en œuvre des programmes communautaires de soutien financier, tout en étant soumises à un contrôle strict de sa part »⁷⁸⁸. Les agences de régulation « sont chargées de participer de manière active à

⁷⁸⁴ Communication de la Commission : « L'encadrement des agences européennes de régulation », précité, p. 3.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ Il est aussi possible de rajouter un point de convergence : la majorité des agences sont créées sur le fondement de la même base juridique. A défaut de disposition spécifique, il s'agit principalement de l'article 308 du Traité, mais aussi parfois de l'article 95. Certaines agences sont créées sur le fondement de la base juridique spécifique de la politique concernée, mais, à défaut, il existe certaines controverses sur le choix de cette base, voir : Communication de la Commission : « L'encadrement des agences européennes de régulation », précité, p. 7 ; Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité, p. 13 ; Bouveresse A. : « Bases juridiques autorisant la création d'organismes dotés d'une personnalité juridique propre », Europe, juillet 2006, n° 203, p. 9 ; Rapport d'information sur les agences européennes par Marie-Thérèse Hermange, précité, p. 22. Pour les agences proposées dans les secteurs de l'énergie et des communications électroniques, l'article 95 du TCE est envisagé par la Commission, voir par exemple la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 42.

⁷⁸⁸ Communication de la Commission : « L'encadrement des agences européennes de régulation », précité, p. 4. Voir aussi le règlement n° 58/2003 du Conseil, du 19 décembre 2002, portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires (J.O.C.E., n° L 11, du 16 janvier 2003, p. 1).

l'exercice de la fonction exécutive, en posant des actes qui contribuent à la régulation d'un secteur déterminé. Dans la plupart des cas, il s'agit d'agences qui, en vue de renforcer la cohérence et l'efficacité de cette régulation, réunissent et mettent en réseau au niveau communautaire des activités qui, à l'origine, relèvent du niveau national »⁷⁸⁹. Il ne fait aucun doute que, pour surmonter les difficultés évoquées précédemment dans le secteur des communications électroniques et de l'énergie, cette seconde catégorie est la seule qui soit envisageable.

2 Les agences de régulation, structure disponible mais inadaptée

Les agences de régulation déjà créées n'ont pas toutes la même mission. En ce sens, la Commission européenne distingue, d'une part, celles qui sont chargées principalement de fournir une assistance sous forme d'avis et de recommandations⁷⁹⁰, d'autre part, celles qui lui fournissent une assistance sous forme de rapports d'inspection, destinés à lui permettre d'assurer sa mission de « gardienne » du respect du droit communautaire⁷⁹¹, et enfin celles qui sont dotées du pouvoir d'adopter des décisions individuelles⁷⁹². Au regard de cette déclinaison des types de missions, une réflexion s'impose : le qualificatif de « régulation » est abusif. Au mieux, l'agence ne dispose que d'un pouvoir de décision individuelle. Le reste ne relève que de mesures de consultation ou d'inspection. Dès lors, il faut se ranger derrière les appréciations du Parlement européen lorsqu'il estime que « la Commission part du principe que ces agences peuvent être dotées uniquement du pouvoir d'adopter des décisions individuelles dans le cadre d'une législation communautaire bien précise, et ne peuvent pas arrêter de mesures normatives à application généralisée, de sorte qu'il pourrait être préférable

⁷⁸⁹ Communication de la Commission : « L'encadrement des agences européennes de régulation », précité, p. 4 ; voir aussi : projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité, p. 4 et s.

⁷⁹⁰ Voir, par exemple, l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (Règlement n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments (J.O.U.E., n° L 136, du 30 avril 2004, p. 1)) et l'Autorité européenne de sécurité des aliments (Règlement n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires (J.O.C.E., n° L 31 du 1^{er} février 2002, p. 1)).

⁷⁹¹ Voir l'Agence européenne pour la sécurité maritime (règlement n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2002, instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime (J.O.C.E. n° L 208, du 5 août 2002, p. 1)).

⁷⁹² Voir l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (règlement n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (J.O.C.E., n° L 11 du 14 janvier 1994, p. 1)), l'Office communautaire des variétés végétales (règlement n° 726/2004 du Conseil, du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales (J.O.C.E., n° L 227 du 1^{er} septembre 1994 p. 1)) et l'Agence européenne de la sécurité aérienne (règlement n° 216/2008, précité).

d'éviter le terme "régulation" pour exclure tout malentendu »⁷⁹³. Cependant, par commodité de langage, la dénomination d'agence de régulation continuera à être employée, tout en gardant à l'esprit la réalité à laquelle elle se réfère.

A l'évidence, l'hypothèse de création d'une autorité de régulation européenne dans les secteurs de l'énergie et des communications électroniques suppose l'ensemble des trois types de missions précitées. En effet, la coordination des mesures prises par les A.R.N. implique à la fois une fonction d'inspection dans les Etats membres et un pouvoir consultatif pour proposer des actes visant une harmonisation des pratiques. De même, la régulation des problématiques transfrontalières et transnationales (délivrance de licences satellitaires, par exemple) rend nécessaire l'octroi d'un pouvoir de décision individuelle. Par conséquent, à défaut d'être cantonnée dans l'une des catégories évoquées par la Commission, la création d'une autorité européenne de régulation de l'énergie et des communications électroniques devrait impliquer l'ensemble de ces missions.

Il apparaît que certaines agences européennes sont déjà chargées, en même temps, de fournir une assistance technique sous forme consultative, d'aider la Commission à remplir sa mission de gardienne des traités, et d'adopter des décisions individuelles. Pour prendre un exemple d'agence qui pourrait servir de modèle aux régulateurs européens souhaités dans les secteurs envisagés, l'Agence européenne de la sécurité aérienne (A.E.S.A.)⁷⁹⁴, dispose de l'ensemble de ces pouvoirs. Elle apparaît comme l'un des organismes communautaires décentralisés les mieux dotés, opinion confortée par le récent élargissement de ses compétences en février 2008⁷⁹⁵. L'A.E.S.A. contribue, par la production d'avis ou d'études, au travail de la Commission. Elle contrôle l'application effective des obligations réglementaires en décidant, par exemple, de réaliser des inspections dans les Etats membres. Elle dispose d'un pouvoir décisionnel en délivrant des certificats de navigabilité,

⁷⁹³ Rapport du Parlement européen sur la communication de la Commission « L'encadrement des agences européennes de régulation », précité, p. 8. La Commission a expliqué sa position dans le projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation précité : « La "régulation" doit être distinguée de la "réglementation" ou adoption de normes juridiques contraignantes de portée générale. En effet, la régulation ne passe pas nécessairement par l'adoption d'actes normatifs à caractère réglementaire. Elle peut également recourir à d'autres moyens plus incitatifs, tels que la co-régulation, l'autorégulation, les recommandations, le recours à l'autorité scientifique, la mise en réseau et la convergence de bonnes pratiques, l'évaluation de l'application et de la mise en œuvre des règles, etc. Il s'ensuit qu'une agence européenne de "régulation" n'a pas nécessairement le pouvoir d'édicter des normes juridiques contraignantes ».

⁷⁹⁴ Règlement n° 216/2008, précité.

⁷⁹⁵ Règlement n° 216/2008, précité. Sur ce dernier texte : Grard L. : « Sécurité et transport dans l'Union européenne, le recours aux agences de régulation », Europe, octobre 2003, n° 10, p. 4. De nouvelles compétences sont octroyées à l'A.E.S.A., sans pour autant que la nature de ses pouvoirs soit réellement modifiée (voir : Grard L. : « La seconde vie de l'Agence européenne pour la sécurité aérienne commence », *R.D.T.*, mai 2008, comm. 116).

d'environnement, de pilotage, et agrément des aéronefs des pays tiers⁷⁹⁶. Cependant, comme a pu le souligner le Professeur Loïc Gard, « la matière est technique, les décisions sont individuelles, la marge de manoeuvre est réduite : tous ces facteurs incitent à penser que la Commission n'est pas excessivement dépossédée de sa mission et que la délégation reste dans les cadres juridiques impliqués par le respect du principe d'équilibre institutionnel »⁷⁹⁷. En effet, conformément aux indications du Livre blanc sur la gouvernance, ce pouvoir décisionnel reste limité aux situations dans lesquelles « seul un intérêt public prédomine et où les tâches à accomplir requièrent une compétence technique particulière »⁷⁹⁸. La jurisprudence *Meroni* de 1958 est encore respectée à la lettre et l'A.E.S.A. ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire. En transposant ces pouvoirs et en imaginant, par exemple, qu'une autorité de régulation des communications électroniques voit le jour, elle ne pourrait être compétente pour régler un conflit transfrontalier ou décider des mesures susceptibles d'être appliquées par une ARI dans un contexte transnational ce qui suppose l'arbitrage entre des intérêts publics divergents. En l'état actuel de la jurisprudence et de sa vision étreinte par les institutions communautaires, les possibilités offertes aux agences européennes apparaissent insuffisantes au regard des ambitions de la création d'un véritable marché intérieur de l'énergie et des communications électroniques.

De plus, sans entrer dans les détails techniques⁷⁹⁹, il ressort de l'étude doctrinale de l'ensemble des agences européennes créées que celles-ci ne disposent que d'une très faible indépendance. En effet selon le Professeur Loïc Gard, il apparaît que ni l'Autorité européenne de la sécurité aérienne, ni son homologue dans le secteur maritime⁸⁰⁰, ne sont des autorités indépendantes⁸⁰¹. Cette affirmation peut être étendue, comme le souligne le Professeur Martha Franch Saguer, à l'Autorité européenne de sécurité des aliments⁸⁰², mais aussi généralement à l'ensemble des agences créées dans la Communauté européenne⁸⁰³.

⁷⁹⁶ Voir les articles 20 à 23, du règlement n° 216/2008, précité.

⁷⁹⁷ Gard L. : « Sécurité et transport dans l'Union européenne, le recours aux agences de régulation », précité, p. 6. Cette affirmation concerne l'ancien cadre réglementaire mais peut aussi bien être transposée au nouveau, voir Gard L. : « La seconde vie de l'Agence européenne pour la sécurité aérienne commence », précité.

⁷⁹⁸ Commission, Livre blanc, « Gouvernance européenne », précité, p. 28.

⁷⁹⁹ Pour une étude de l'indépendance des organismes proposés par la Commission, voir *infra* p. 759 et s.

⁸⁰⁰ Règlement n° 1406/2002, précité.

⁸⁰¹ Gard L. : « Sécurité et transport dans l'Union européenne, le recours aux agences de régulation », précité, p. 7.

⁸⁰² Franch Saguer M. « *La seguridad alimentaria: las agencias de seguridad alimentaria* », *Revista de Administración Pública*, n° 159, 2002, p. 339.

⁸⁰³ En ce sens, Rapport d'information sur les agences européennes de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, par Christian Philip, n° 3069, du 3 mai 2006 ; Muller-Quoy I. : « L'apparition et le développement des agences de l'Union », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité, p. 24 ; Scott C. : « *Agencies for european regulatory governance : a regimes approach* », in Geradin D., Muñoz R., Petit N., *Regulation through Agencies*

Enfin, la Commission, critiquée pour avoir proposé la création au fil des années d'agences européennes dont la configuration est très hétérogène, tente de donner une plus grande uniformité à cette catégorie juridique, depuis le projet d'accord interinstitutionnel sur l'encadrement des agences européennes de régulation de février 2005⁸⁰⁴. Celui-ci reprend certains caractères communs aux structures créées, organise la participation de celles-ci à la fonction exécutive et tente de rationaliser leur création. Cependant, le besoin d'homogénéité ne s'accorde pas toujours aux nécessités pratiques et il est possible de voir dans la ligne de conduite adoptée à la fois sur l'octroi de pouvoirs limités et l'absence de garantie d'une véritable indépendance de sérieuses limites. Par conséquent, le cadre juridique communautaire, dont l'origine remonte aux jurisprudences *Meroni* et *Romano*, relayé par une vision stricte des institutions communautaires, s'avère insuffisant. Ainsi, la Commission, en restant cantonnée dans le cadre qu'elle a formalisé dans son projet d'accord interinstitutionnel, a proposé des structures juridiques inadaptées pour assurer une entière coordination de l'activité d'autorités nationales indépendantes et une régulation, à l'échelle européenne, des problématiques transfrontières.

§2 L'insuffisance des propositions de la Commission

L'idée de créer des agences ou autorités de régulation dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie n'est pas nouvelle⁸⁰⁵. Elle commence désormais à prendre forme par le biais des deux propositions de la Commission. La première vise à instituer une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACRE)⁸⁰⁶. La seconde

in the EU. A new paradigm of European governance, précité, p. 79; Geradin D., Petit N. : « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 51.

⁸⁰⁴ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité ; sur ce projet, voir aussi : rapport d'information sur les agences européennes par Marie-Thérèse Hermange, précité ; Rapport d'information sur les agences européennes par Christian Philip, précité.

⁸⁰⁵ Dans le domaine des communications électroniques, cette solution a été évoquée par le rapport du Commissaire Bangemann dans la recommandation de la Commission au Conseil européen, « l'Europe et la société de l'information planétaire » (J.O.C.E., n° C 363, du 19 décembre 1994, p. 33), et reprise notamment dans la directive O.N.P. de 1997 (directive 97/33/CE, précitée, considérant n° 25 et article 22)). Elle a aussi été évaluées par des études indépendantes commandées par la Commission (Nera et Denton Hall : « *Issues associated with the creation of a European regulatory authority for telecommunications* », Etude réalisée pour la Commission européenne, mars 1997 ; Eurostrategies, Cullen International, « *The possible added value of a European regulatory authority for telecommunications* », décembre 1999). L'idée est aussi évoquée par le Livre vert sur les services d'intérêt général du 21 mai 2003 (COM (2003) 270 final), au point 59, pour les communications électroniques et l'énergie. Dans ce dernier secteur, elle avait été envisagée dans la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Achèvement du marché intérieur de l'énergie », du 13 mars 2001 (COM (2001) 125 final) et mise formellement à l'étude par le Livre vert : « Une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable », précité, spéc. p. 7.

⁸⁰⁶ Proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

voudrait créer une Autorité européenne du marché des communications électroniques (A.E.M.C.E.)⁸⁰⁷.

Une première constatation préliminaire s'impose. La Commission certifiât vouloir donner une certaine cohérence dans le cadre juridique des agences de régulation⁸⁰⁸. Une différence émerge cependant sur la dénomination des deux entités. Il est difficile de comprendre pourquoi il y a, d'un côté, une « Agence de coopération », de l'autre, une « Autorité européenne de marché ». L'énergie et les communications électroniques étant bien, aux yeux de la Commission, des marchés, cette première différence ne peut être que dénuée de sens. La deuxième différence prête plus à confusion. Une autorité disposerait-elle de pouvoirs plus étendus qu'une agence ? C'est ce qu'une vision classique des deux termes pourrait amener à penser⁸⁰⁹. Cependant, il apparaît que les deux structures sont dotées des mêmes types de pouvoirs (de décision individuelle et d'avis)⁸¹⁰. Dès lors, il convient de se tourner vers les objectifs fixés par la Commission à ces deux entités pour essayer de trouver une justification dans cette distinction sémantique. L'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie est instituée « afin de compléter, au niveau communautaire, les tâches réglementaires effectuées, au niveau national, par les autorités de régulation (...) et si nécessaire, de coordonner leur action »⁸¹¹. L'Autorité européenne du marché des communications électroniques « exécute ses tâches en coopération avec les autorités réglementaires nationales et la Commission au sein d'un système européen de régulation des communications électroniques »⁸¹² et, dans le cadre de ses activités, « poursuit les mêmes objectifs que ceux assignés aux autorités réglementaires nationales à l'article 8 de la directive 2002/21 »⁸¹³. Au regard de ce dernier article fixant les objectifs (promotion de la concurrence, développement du marché intérieur et soutien de l'intérêt des citoyens de l'U.E.), il semble que l'autorité ait un rôle d'action sur le marché, concurrent de celui des A.R.N., alors que l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie n'a qu'une mission complémentaire de

⁸⁰⁷ Proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée ; Lescop D., Tran Thiet J.-P., Tuot T. : « Régulations, vers la création d'une autorité européenne indépendante du marché des communications électroniques ? », *Concurrences*, n° 2, 2008, p. 162.

⁸⁰⁸ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

⁸⁰⁹ Sur ce point, voir : Grove-Valdeyron N. : « Les agences de la communauté sont-elles des autorités de régulation ? », in Gard L. (dir.) : « Autorités de régulation et droit européen », Journée d'études Jean Monnet, 20 février 2004, *J.C.P. E.*, n°2, supplément à la semaine juridique n° 19 du 6 mai 2004, p. 22.

⁸¹⁰ Voir *infra* p. 768 et s.

⁸¹¹ Article premier, proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸¹² Article premier, proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸¹³ *Ibid.*

coordination européenne de l'action des autorités nationales. Par conséquent, les philosophies apparaissent, de prime abord, distinctes, ce qui pourrait justifier la différence d'appellations.

Une deuxième remarque préliminaire tient à la particularité des nouveaux organismes proposés. La structure n'est pas, comme pour d'autres agences communautaires, un groupe de représentants d'administrations classiques des Etats membres. Il s'agit ici de la réunion de représentants d'autorités de régulation indépendantes formalisée au sein d'une entité qui prendra le nom d'Agence ou d'Autorité. Dès lors, l'indépendance des autorités européennes ne peut être envisagée de la même manière s'il s'agit d'une formule regroupant des administrations classiques ou des administrations indépendantes. Il eût été possible, par souci de respect de l'indépendance des ARI, de s'attendre à la simple transformation des groupes de régulateurs en agence de régulation, mais cela n'a pas été le cas dans les propositions de la Commission. Celle-ci, tout en soulignant qu'elle prend pleinement en compte le rôle spécifique des autorités de régulation nationales et leur indépendance⁸¹⁴, n'adapte aucunement la structure à cette particularité et reste dans la lignée de son projet d'accord interinstitutionnel⁸¹⁵.

Au regard de ces deux remarques, il convient donc d'évaluer les propositions de la Commission sous l'angle du statut (A) puis des pouvoirs des organismes envisagés (B) en mettant en relief leurs différences avant de rassembler les carences susceptibles d'être relevées et d'en rechercher une justification politique avant toute critique (C).

A Le statut des organismes proposés

Les organismes proposés par la Commission comprennent tous deux un conseil d'administration, un conseil des régulateurs, un directeur et une commission de recours. L'Autorité européenne du marché des communications électroniques inclut, en plus, un responsable de la sécurité des réseaux et un groupe permanent des parties prenantes⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Considérant n° 11 proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée ; considérant n° 32 proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸¹⁵ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

⁸¹⁶ L'Autorité européenne du marché des communications électroniques (A.E.M.C.E.) comprend un responsable de la sécurité des réseaux et un groupe permanent des parties prenantes. Ces deux organes résultent de l'intégration des fonctions de l'agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA) au sein de l'Autorité européenne du marché des communications électroniques.

1 Le conseil d'administration

Le conseil d'administration est composé de douze membres. Six sont désignés par la Commission et six par le Conseil⁸¹⁷. Les membres du conseil d'administration sont, dans le secteur des communications électroniques, désignés « de manière à garantir à ce dernier un niveau optimal de compétence et d'indépendance et à lui permettre de cumuler un large éventail de compétences utiles »⁸¹⁸. En revanche, pour le secteur énergétique, aucune condition relative à la qualification des personnes ni au niveau d'indépendance ne sont précisées, ce qui peut avoir une grande influence sur le fonctionnement de l'Agence⁸¹⁹.

Le mandat des membres du conseil d'administration est de cinq ans, renouvelable une fois. Ils désignent un président et un vice-président dont le mandat n'est que de deux ans et demi renouvelable. Le conseil d'administration se réunit sur convocation de son président, au moins deux fois par an en session ordinaire, mais il peut aussi être réuni à l'initiative de la Commission ou à la demande d'un tiers au moins de ses membres. Le directeur de l'Autorité prend part aux délibérations, à moins que le conseil d'administration n'en décide autrement. Le conseil d'administration arrête ses décisions à la majorité des deux tiers des membres présents, chaque membre disposant d'une voix.

2 Le conseil des régulateurs

Le conseil des régulateurs est un organe qui n'existe pas dans toutes les agences de la Communauté⁸²⁰. Il aurait pu être conçu comme l'élément fédérant l'ensemble des représentants des autorités de régulation indépendantes conformément au projet d'accord interinstitutionnel⁸²¹. Il se compose, dans le secteur des communications électroniques, d'un membre par Etat membre, qui est « le chef de l'autorité réglementaire nationale indépendante

⁸¹⁷ Article 25 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, et article 9 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée. La parité entre les membres nommés par le Conseil et ceux nommés par la Commission dans le conseil d'administration des agences de régulation est une des aspirations de la Commission pour assurer « une représentation paritaire des deux branches de l'exécutif communautaire », conformément au projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité, pt. 9.1 de l'exposé des motifs.

⁸¹⁸ Article 25 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸¹⁹ Voir l'article 9 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸²⁰ Voir par exemple le règlement n° 216/2008, précité.

⁸²¹ Celui-ci ne prévoit pas la présence de la Commission ou du directeur dans les organes de coordination entre autorités nationales compétentes, voir les points 13 et suivants du projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

chargé de l'application journalière du cadre réglementaire dans l'Etat membre »⁸²². Cependant, font aussi partie du conseil des régulateurs le directeur de l'Autorité européenne et un représentant de la Commission, tous deux ne prenant pas part au vote. De plus, le directeur préside le conseil des régulateurs. Un doute peut donc être émis sur les intentions de la Commission lorsqu'elle souligne sa prise en compte du rôle spécifique des autorités de régulation nationales et de leur indépendance⁸²³.

Dans le secteur de l'énergie, la configuration du conseil des régulateurs est différente. Il se compose d'un représentant, par Etat membre, des autorités de régulation et d'un représentant de la Commission ne prenant pas part au vote⁸²⁴. Cette absence de précision sur le représentant de l'A.R.N. prête à confusion. Quel peut être le sens, selon la Commission, de la notion de « représentant des autorités de régulation » ? La représentation d'une autorité ne veut pas forcément dire qu'il s'agira d'un de ses membres. En outre, pourquoi ne pas préciser que le représentant devrait être « le chef » de l'autorité de régulation ? Il est possible d'envisager que cette marge de manoeuvre laissée aux Etats membres les autorise à envoyer un membre du ministère chargé de représenter l'ARI ou, solution plus concevable, un des membres de l'ARI nommé par leur gouvernement⁸²⁵. Voulu ou non par la Commission, une incertitude demeure. Elle pourrait trouver un début d'explication si tous les Etats membres ne disposent pas d'une autorité de régulation des marchés énergétiques distincte du gouvernement. Mais, dans ce cas, le « chef » du ministère responsable pourrait être mandaté, ce qui ne poserait pas de problème dans la mesure où l'Etat n'est pas en même temps opérateur et régulateur du marché. Cet élément s'explique encore moins en faisant une comparaison avec l'ERGEG. En effet, la décision l'instituant impose la présence « des dirigeants de chaque autorité de régulation nationale ou de leurs représentants »⁸²⁶ ce qui ne laisse ici aucune place au doute. Cependant, les membres du conseil des régulateurs de l'ACRE sont formellement désignés par le conseil d'administration⁸²⁷. Il faut donc espérer

⁸²² Article 27 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸²³ Considérant n° 11 proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée ; considérant n° 32 proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸²⁴ Article 12 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸²⁵ Voir les modalités de nomination des membres des ARI, *supra* p. 282 et s.

⁸²⁶ Article 2 de la décision 2003/796/CE de la Commission, du 11 novembre 2003, instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, (J.O.U.E., n° L 296, du 14 novembre 2003, p. 34).

⁸²⁷ Il en est de même dans le secteur des communications électroniques, article 26 paragraphe 1 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

que celui-ci s'opposera à toute proposition, par un Etat, d'une personnalité n'étant pas membre de l'autorité de régulation indépendante du secteur, si celle-ci existe.

Une deuxième différence peut aussi être relevée entre la configuration des deux conseils des régulateurs. Dans celui de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, le directeur ne préside pas et ne fait pas non plus partie de l'organe supposé fédérer les représentants des ARI. Au regard de la procédure de nomination du directeur⁸²⁸, il est possible d'estimer que le conseil des régulateurs du secteur énergétique aura une plus grande latitude pour délibérer que celui des communications électroniques. Cependant, il est spécifié que le conseil des régulateurs « agit en toute indépendance et ne sollicite ni ne prend aucune instruction d'aucun gouvernement national ni d'aucun intérêt public ou privé »⁸²⁹. L'indépendance fonctionnelle est donc affirmée dans cet article qui, au regard de sa généralité, paraît englober l'ensemble des hypothèses de capture. En effet, les gouvernements sont expressément mentionnés et l'expression englobante de l'« intérêt public » pourrait exclure toute influence d'une institution communautaire ainsi que des parlements nationaux sur le conseil des régulateurs. De plus, la mention des intérêts privés empêche la capture de ce dernier par les opérateurs du secteur.

Néanmoins, il convient de remarquer qu'un représentant de la Commission fait partie du conseil des régulateurs, sans pour autant bénéficier d'un droit de vote. A titre indicatif, mais sans qu'une réelle comparaison soit possible, il est intéressant de faire un parallèle avec ce qui a pu être observé sur la représentation physique du pouvoir exécutif dans le processus décisionnel des autorités de régulation nationales du secteur énergétique. En Espagne, un membre du gouvernement peut assister aux réunions de l'ARI, avec la possibilité de s'exprimer et, en France, un commissaire du Gouvernement fait connaître les analyses du Gouvernement, mais se retire lors des délibérations de l'autorité⁸³⁰. A l'échelle européenne, la participation de la Commission prend une toute autre ampleur. Non seulement la présence de son représentant est permanente, puisque celui-ci fait partie du conseil des régulateurs, mais, de surcroît, il n'est pas censé se retirer lors des délibérations. Par conséquent, est-il réellement possible d'affirmer que la mention « le conseil des régulateurs agit en toute indépendance et

⁸²⁸ Voir *infra* p. 764 et s.

⁸²⁹ Article 27 paragraphe 6 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, article 11 paragraphe 5 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸³⁰ Voir *supra* p. 348 et s.

ne sollicite ni ne prend aucune instruction (...) d'aucun intérêt public »⁸³¹ englobe aussi les intérêts de la Commission ? La politisation de celle-ci peut être mise en relief et poser certains problèmes.

Enfin, rien n'est précisé sur la fréquence des réunions du conseil des régulateurs. Cependant, celui-ci devant adopter son règlement intérieur, il est probable que la périodicité des séances y soit fixé. Une précision sur ce point serait d'une grande importance. Si le nombre de réunions annuelles est restreint, le conseil des régulateurs risque de se transformer en une simple chambre d'enregistrement des décisions ou avis préparés par le directeur de l'organisme. Cet élément prend toute son ampleur au regard des modalités de vote au sein du conseil des régulateurs du secteur des communications électroniques. En effet, la Commission propose la majorité simple ce qui va dans le sens de la rapidité de la prise de décisions mais peut aussi affaiblir l'influence des membres de cet organe au sein des agences.

3 Le directeur

Le directeur dispose d'une place centrale dans les organismes proposés par la Commission. Il apparaît comme l'élément moteur ainsi que le lien entre le conseil des régulateurs et le conseil d'administration. Son indépendance semble garantie, mais la formule reste ambiguë. En effet, les deux organismes sont gérés par leur « directeur, qui est indépendant dans l'exercice de ses fonctions. Sans préjudice des compétences respectives de la Commission, du conseil d'administration et du conseil des régulateurs, le directeur ne sollicite ni n'accepte aucune instruction d'aucun gouvernement ni d'aucun organisme »⁸³². L'indépendance est donc affirmée face aux gouvernements nationaux. Mais le terme « organisme » reste assez vague. Il semble qu'il faille le comprendre comme les opérateurs du secteur. Une vision plus large apparaît douteuse.

« Le directeur est indépendant (...) sans préjudice des compétences (...) de la Commission, du conseil d'administration et du conseil des régulateurs ». Une interprétation *a contrario* laisse transparaître que le directeur peut solliciter ou accepter des instructions de la Commission, du conseil d'administration et du conseil des régulateurs. Pour ce dernier

⁸³¹ Article 27 paragraphe 6 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée ; article 11 paragraphe 5 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸³² La formule est sensiblement la même pour les autres agences, voir, par exemple, l'article 38 du règlement n° 216/2008, précité ; néanmoins, il convient de noter que, pour l'Agence européenne de la sécurité aérienne, le directeur est « totalement indépendant (...) », alors que pour les organismes évoqués celui-ci est « indépendant ».

organe, la référence ne porte pas à conséquences, le conseil des régulateurs étant supposé indépendant. En revanche, le conseil d'administration, composé de membres nommés par la Commission et les Etats membres, n'offre pas les mêmes garanties, tout du moins dans le secteur de l'énergie⁸³³. Or, le programme de travail des agences étant accepté par le conseil d'administration, celui-ci pourrait donner des instructions pour que le directeur, chargé de son élaboration, le réoriente dans une direction précise ou incorpore certains éléments sous l'influence des Etats membres, ou de la Commission, représentés de manière égalitaire. De plus, au regard de cette formulation imprécise, la Commission semble aussi pouvoir donner des instructions au directeur des agences de manière directe. L'élément peut s'avérer d'une grande portée dans le secteur des communications électroniques puisque le directeur préside le conseil des régulateurs. Ainsi, le directeur apparaît au centre des influences respectives des Etats membres et de la Commission. L'indépendance dans l'exercice de ses fonctions est affirmée, mais de sérieux doutes subsistent sur ses relations réelles avec le conseil d'administration et la Commission. Cet élément est amplifié par la procédure de nomination.

Le directeur de l'A.E.M.C.E. est nommé en fonction de son mérite ainsi que de ses compétences et de son expérience pertinente pour les réseaux et services de communications électroniques. Le conseil d'administration est chargé de cette nomination, après consultation du conseil des régulateurs qui émet un avis à la majorité des trois quarts de ses membres⁸³⁴. Pour l'ACRE, si les compétences et l'expérience sont nécessaires, rien n'est précisé sur l'objet de celles-ci⁸³⁵. De plus, son conseil des régulateurs émet un avis sur la nomination du directeur mais, à la différence de l'A.E.M.C.E., est exclu de la procédure de renouvellement du mandat⁸³⁶. Ces différences notables entre les conditions de nomination du directeur dans les deux organismes proposés ne rencontrent aucune explication logique. De plus, pour le secteur énergétique, il est difficile d'envisager comment le directeur de l'Agence pourrait bénéficier d'une certaine légitimité devant le conseil des régulateurs s'il n'est pas un spécialiste du secteur⁸³⁷ et, de surcroît, ne bénéficie pas d'un aval de celui-ci lors du renouvellement de son mandat. La volonté de détachement entre le directeur et les

⁸³³ Sur ce point, voir *supra* p. 760 et s.

⁸³⁴ Article 28 paragraphe 2 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée. Il en est de même pour l'ACRE, article 12 paragraphe 2 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸³⁵ A la différence de ce qui est prévu par le point 13.2 du projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

⁸³⁶ Article 13 paragraphe 4 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸³⁷ Voir cependant la procédure stricte de présélection des candidats susceptibles d'être nommés ou proposés comme directeur d'agence par la Commission : document de travail des services de la Commission, lignes directrices relative à la nomination des chefs des agences communautaires (COM (2005) 190 final).

représentants des ARI est donc apparente, d'autant plus que celui-ci ne préside pas et ne fait pas partie du conseil des régulateurs, à la différence de ce qui est envisagé dans le secteur des communications électroniques.

Enfin, une dernière particularité touche la fonction de directeur de ces organismes. Il « est nommé (...) sur la base d'une liste d'au moins deux candidats proposée par la Commission »⁸³⁸. Dès lors, le conseil d'administration n'a qu'un choix à faire entre les personnes proposées par la Commission et, de surcroît, ce choix apparaît très restreint dans la mesure où il peut être effectué sur une base de seulement deux candidats. Ceci traduit l'emprise de la Commission sur la procédure de nomination du directeur. Son mandat est de cinq ans renouvelable pour une durée maximale de trois ans. Avant le terme du premier mandat, la Commission procède à une évaluation des performances du directeur. Sur cette base, elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour proposer ou non au conseil d'administration de prolonger le mandat, après consultation du conseil des régulateurs dans le secteur des communications électroniques mais pas dans celui de l'énergie. Le directeur apparaît donc clairement comme l'instrument de la Commission au sein des agences. Enfin, il bénéficie de garanties relativement minimales sur son mandat. Il peut être démis de ses fonctions sur décision à la majorité des trois quarts du conseil d'administration, après consultation du conseil des régulateurs. Il n'y a, en outre, aucune spécification sur les causes de révocation. Par conséquent, si l'indépendance du directeur est affirmée face aux gouvernements nationaux et aux organismes privés, elle n'est aucunement garantie face au conseil d'administration et à la Commission.

4 La commission de recours

Un autre organe est prévu par les propositions évoquées, la commission de recours, chargée, comme son nom l'indique, des recours exercés contre les décisions prises par l'organisme. Elle se compose de six membres et de six suppléants choisis parmi les cadres supérieurs, actuels ou anciens, des autorités nationales de régulation, des autorités chargées de la concurrence ou d'autres institutions nationales ou communautaires, ayant l'expérience

⁸³⁸ Article 13 paragraphe 2 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, article 29 paragraphe 2 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

requis dans le secteur considéré⁸³⁹. Ses membres sont désignés par le Conseil d'administration sur proposition de la Commission après consultation du conseil des régulateurs. La durée du mandat des membres est fixée logiquement à cinq ans mais est susceptible de renouvellement sans limite, à la différence des autres organes. Ils prennent leurs décisions à la majorité d'au moins quatre des six membres, en toute indépendance sans être liés par aucune instruction. Ils ne peuvent exercer une autre fonction au sein de l'organisme et ne peuvent être démis de leurs fonctions en cours de mandat sauf pour cause de faute grave. Le conseil d'administration, après consultation du conseil des régulateurs, prend une décision à cet effet. Les membres de la commission de recours ne peuvent prendre part à aucune procédure s'ils ont un intérêt personnel dans celle-ci, s'ils ont déjà représenté une partie à la procédure ou s'ils ont participé à la décision faisant l'objet du recours. Sur ces motifs, ou s'ils sont suspectés de partialité, ils peuvent être récusés par une partie au recours.

Les précisions encadrant la nomination, l'exercice et la révocation des membres de la commission de recours peuvent faire l'objet de quelques réflexions comparées. Il faut noter que les garanties de l'indépendance de ces commissaires sont beaucoup plus claires que pour les autres composantes de l'Agence et de l'Autorité. En effet, la mention « les décisions sont prises en toute indépendance sans aucune instruction » ne laisse pas de place aux doutes, contrairement à ce qui a été observé pour le directeur et le conseil d'administration, particulièrement dans le secteur de l'énergie.

De plus, certaines incompatibilités sont énumérées. Elles sont, certes, justifiées par l'hétérogénéité du choix laissé à la Commission sur la provenance des membres⁸⁴⁰. Néanmoins, la question se pose de savoir si de telles incompatibilités ne pourraient pas être exigées pour le conseil des régulateurs ou le directeur de l'agence. Dans le premier cas, une ébauche de réponse pourrait résider dans le fait que les représentants des ARI sont déjà soumis à incompatibilités dans leur ordre juridique interne. Il a cependant été observé que celles-ci n'étaient pas toujours d'une grande rigueur. En outre, elles ne concernent que le marché national et non pas européen⁸⁴¹. N'est-il pas possible d'imaginer, par exemple, un représentant d'agence de régulation indépendante irlandais, membre du conseil des

⁸³⁹ Article 33 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée et article 15 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸⁴⁰ En effet, si la Commission propose des membres actuels des A.R.N., ceux-ci sont soumis à des incompatibilités dans leur ordre juridique interne qui peuvent jouer au niveau communautaire. Par contre, si la Commission propose des membres anciens d'A.R.N., il n'y a plus d'incompatibilités nationales, le droit communautaire doit donc en prévoir.

⁸⁴¹ Sur ce point, voir *supra* p. 304 et s.

régulateurs mais intéressé dans un opérateur lithuanien n'agissant pas sur le marché irlandais ? Aucun conflit d'intérêts dans l'ordre juridique national n'est avérée, mais à l'échelle européenne il en est différemment.

Pour le directeur, une réflexion identique peut être développée mais, cette fois, sans que des garanties dans l'ordre juridique d'origine ne soient prévues, ce qui pose encore plus de problèmes. Ces éléments doivent néanmoins être relativisés. Le projet d'accord interinstitutionnel prévoit que le directeur, les membres des comités scientifiques et des chambres des recours font une déclaration d'intérêt chaque année⁸⁴². Cependant, il ne s'agit que d'un projet dont les spécifications ne sont pas reprises dans les propositions de la Commission relatives aux secteurs de l'énergie. Dans le secteur des communications électroniques, les membres du conseil des régulateurs ne sont pas inclus dans la liste des personnes devant faire une déclaration d'intérêts et la périodicité de la déclaration n'est pas évoquée⁸⁴³. En outre, si une incompatibilité survient en cours de mandat, le directeur peut être révoqué par le conseil d'administration alors que les membres du conseil des régulateurs resteront en place et ne peuvent apparemment pas être récusés dans le cadre du processus décisionnel. En effet, il n'y a pas de précision sur la révocation ou l'impossibilité de prendre part à une délibération pour incompatibilité dans le statut communautaire des représentants des ARI, alors que leur impartialité est nécessaire. Sur l'ensemble de ces éléments, le régime prévu pour la commission de recours met cruellement en relief les lacunes existant dans les propositions de la Commission sur les autres organes de l'Autorité et de l'Agence. D'autres lacunes peuvent être relevées dans les pouvoirs des organismes envisagés.

B Les pouvoirs des organismes proposés

Evoquer les pouvoirs de ces deux organismes revient à se poser deux types de questions. D'une part, quelle est la nature de ces pouvoirs ainsi que leurs champs d'application respectifs et d'autre part, quelle est, à l'intérieur même de l'Agence ou de l'Autorité, la répartition des compétences amenant à la mise en oeuvre de ces pouvoirs. Ces éléments vont caractériser le véritable rôle des organismes proposés par la Commission au sein d'un système européen de régulation.

⁸⁴² Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité, pt. 15.

⁸⁴³ Article 44 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

1 La nature des pouvoirs et leur champ d'application

L'A.E.M.C.E. et l'ACRE disposent principalement de pouvoirs consultatifs. L'article 3 de la proposition portant sur le secteur des communications électroniques révèle cette particularité. Il précise que l'Autorité émet des avis à la demande de la Commission, prête son assistance à la Communauté, conseille les acteurs du marché et adresse des recommandations. Les avis sont émis à la demande de la Commission sur l'ensemble des questions relatives aux communications électroniques⁸⁴⁴. L'objectif affiché est de parfaire l'harmonisation de la mise en oeuvre du cadre réglementaire. Entre autres⁸⁴⁵, l'Autorité pourra être consultée sur les projets de mesure des A.R.N., le recensement des marchés transnationaux⁸⁴⁶, la qualité des services et la sécurité des réseaux⁸⁴⁷ ou la sélection des entreprises auxquelles des droits individuels d'utilisation de fréquences ou de numéros pourraient être octroyés pour des services recelant un potentiel transfrontière⁸⁴⁸.

La Commission, lorsqu'elle a à connaître d'un projet de mesure, conformément à la proposition de modification de l'article 7 de la directive cadre, en informe l'Autorité⁸⁴⁹. Celle-ci adresse un avis à la Commission qui analyse de manière détaillée et objective si le projet de mesure fait obstacle au marché unique et s'il est compatible avec le droit communautaire. Par conséquent, l'analyse qui est actuellement conduite par la Commission, risque d'être déléguée à l'Autorité si le cadre réglementaire proposé entre en vigueur.

De plus, si les A.R.N. n'ont pas réalisé leur analyse de marché dans les délais impartis, l'article 6 de la proposition de la Commission prévoit que l'Autorité européenne se substitue aux A.R.N., réalise cette analyse et inclut, sous forme d'avis, un projet de mesure spécifiant la ou les entreprises qui devraient être désignées comme puissantes sur ce marché tout en indiquant les obligations appropriées à imposer. La Commission, en prenant le plus grand compte de l'avis de l'Autorité européenne, pourra arrêter une décision demandant à l'instance

⁸⁴⁴ Article 4 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ Article 7 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸⁴⁷ Article 14 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸⁴⁸ Article 11 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸⁴⁹ Proposition de directive modifiant les directives 2002/21/CE, 2002/19/CE et 2002/20/CE, précitée, pt. 6 ; en substance, il s'agit des projets de mesure visant à définir un marché pertinent qui diffère de ceux recensés dans la recommandation ou décider de désigner ou non une entreprise comme disposant d'une puissance significative sur le marché ou imposer, modifier ou retirer une obligation incombant à un opérateur et qui aurait des incidences sur les échanges entre les États membres.

nationale de désigner certaines entreprises comme puissantes sur le marché et de leur imposer des obligations spécifiques⁸⁵⁰. Cette procédure vise finalement à éviter l'introduction d'un recours en manquement grâce à une méthode de substitution plus rapide. Elle ne fait cependant pas grand cas des raisons dues à des problématiques techniques nationales justifiant le retard de l'A.R.N. dans son analyse de marché.

L'Agence envisagée dans le secteur énergétique dispose aussi de pouvoirs consultatifs mais leur champ d'application est plus limité. Globalement, l'Autorité émet des avis sur le domaine relatif à la coopération des gestionnaires de réseaux de transport et sur la conformité des décisions prises par des autorités de régulation nationales au regard des orientations fixées dans le cadre réglementaire.

Enfin, les organismes proposés par la Commission peuvent émettre des avis de leur propre initiative. Il eût été possible d'envisager que la Commission laisse aux agences une complète liberté pour émettre des avis sur les sujets touchant la régulation sectorielle, comme pour les groupes de régulateurs indépendants⁸⁵¹. Il n'en est cependant pas ainsi, l'opportunité d'avis est encadrée. L'Autorité européenne du marché des communications électroniques ne peut adresser d'avis sur initiative propre que sur certains thèmes précisés dans l'article 15 de la proposition⁸⁵². Sont donc exclus, par exemple, des domaines comme la résolution des litiges transfrontaliers, l'échange d'informations, les retraits des droits d'utilisation de radiofréquences et de numéros octroyés en vertu de procédures communes. Dans ces cas, l'autorité ne peut s'exprimer sans sollicitation de la Commission ou, le cas échéant, des A.R.N. Dans le secteur énergétique, l'Agence peut émettre un avis de sa propre initiative à l'intention de la Commission sur toutes les questions relatives à l'objet pour lequel elle a été instituée. Au regard de la formule de l'article premier de la proposition de règlement, qui dispose que l'Agence est instituée « afin de compléter, au niveau communautaire, les tâches réglementaires effectuées, au niveau national, par les autorités de régulation (...) et si nécessaire de coordonner leur action »⁸⁵³, ce pouvoir semble un peu plus étendu. La différence d'appréhension du pouvoir propre d'avis octroyé à l'Autorité et à l'Agence reste une question difficile à résoudre, sauf à considérer que la Commission tente de limiter la

⁸⁵⁰ Réforme proposée de l'article 16 paragraphe 7 de la directive 2002/21, voir : proposition de directive modifiant les directives 2002/21/CE, 2002/19/CE et 2002/20/CE, précitée, pt. 14.

⁸⁵¹ Sur ce point, voir *supra* p. 716 et s.

⁸⁵² Article 15 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸⁵³ Article premier de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

capacité d'analyse et d'expertise indépendante de l'organisme européen du marché des communications électroniques.

De plus, en tant que structures de coopération, les deux entités sont chargées de diffuser l'ensemble de l'information disponible vers la Commission et les autorités de régulation indépendantes. Elles surveillent aussi les marchés et adressent des recommandations, avis ou orientations non contraignantes afin de favoriser la coopération des A.R.N.⁸⁵⁴ Plus particulièrement, dans le secteur des communications électroniques, les A.R.N. peuvent adresser à l'Autorité une demande de recommandation concernant la résolution d'un litige transfrontalier. Cette recommandation définit les mesures que les A.R.N. pourraient utilement adopter. Ces actes ne sont pas dénués d'influence sur la décision finale des régulateurs nationaux. Cependant, ils n'ont aucune valeur juridique contraignante.

Seule une disposition prévoit une procédure si jamais une A.R.N. ne se soumet pas aux orientations fixées par l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie. Cette dernière émet un avis, à la demande d'un ou plusieurs régulateurs nationaux ou de la Commission, concernant la conformité d'une décision prise par une A.R.N. aux orientations fixées dans le cadre réglementaire. En cas de non respect de l'avis de l'Agence, dans le délai de quatre mois, celle-ci en informe la Commission. Rien d'autre n'est évoqué dans le projet de règlement⁸⁵⁵, mais il faut imaginer que si la Commission partage l'interprétation de l'ACRE il y aura mise en oeuvre d'une procédure de recours en manquement, non fondé sur l'avis, mais sur la méconnaissance, par l'Etat membre, du cadre réglementaire en vigueur. Dans le reste des propositions de la Commission, qu'il s'agisse du secteur énergétique ou des communications électroniques, aucune mention n'est faite sur ce point. Il faut donc souhaiter la meilleure collaboration possible entre les agences et les autorités de régulation nationales pour envisager un réel pouvoir d'influence des actes des instances européennes.

Si les pouvoirs consultatifs et de recommandation sont prépondérants dans la réforme envisagée par la Commission, il n'en reste pas moins que ces organismes risquent de se voir octroyer certains pouvoirs décisionnels. Cependant, leur portée devrait rester limitée. Selon les propositions de la Commission, l'Autorité européenne du marché des communications électroniques arrête les décisions individuelles concernant la délivrance des droits

⁸⁵⁴ Article 7 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée ; article 3 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸⁵⁵ Article 7 paragraphe 5 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

d'utilisation pour les numéros de l'espace de numérotation téléphonique européen (ETNS)⁸⁵⁶. L'Agence de coordination des régulateurs de l'énergie peut accorder des dérogations aux dispositions du cadre réglementaire si les nouvelles infrastructures gazières se situent sur le territoire de plus d'un Etat membre ou dans le cas de nouvelles interconnexions transfrontalières en courant électrique continu⁸⁵⁷. Cependant, cette dérogation est notifiée à la Commission qui, dans un délai de deux mois, peut arrêter une décision exigeant que l'Agence la modifie ou l'annule. Le pouvoir ainsi octroyé semble donc très fortement encadré⁸⁵⁸. L'Agence arrête aussi des décisions individuelles sur des questions techniques si ces dernières sont prévues dans les orientations de la Commission évoquées par le cadre réglementaire envisagé⁸⁵⁹. Ces orientations apparaissent comme des actes très atypiques dans la mesure où elles sont décrites, par la Commission elle-même, comme « contraignantes ». En effet, « si l'Agence prend une décision, celle-ci ne serait contraignante que pour les situations techniques spécifiques explicitement prévues dans le règlement et les directives, ou définies au cas par cas par des orientations ou lignes directrices contraignantes. L'agence n'aurait aucun pouvoir d'appréciation politique en dehors de ce cadre »⁸⁶⁰. Si l'encadrement du pouvoir décisionnel de l'Agence semble de prime abord respectueux de la conception de la Commission sur l'interprétation de la jurisprudence *Meroni*⁸⁶¹, il apparaît aussi qu'un degré assumé de contrainte soit atteint par cette nouvelle formule d'orientations. L'interprétation du juge est attendue sur ce point.

Enfin, la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie prévoit que celle-ci « arrête le régime réglementaire applicable à l'infrastructure de liaison entre deux Etats membres au moins, conformément à l'article 22 quinquies paragraphe 3 de la directive 2003/54/CE et à l'article 24 quinquies, paragraphe 3 de

⁸⁵⁶ Article 8 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸⁵⁷ Article 8 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸⁵⁸ Cet encadrement est probablement justifié au regard de sa nature puisqu'il s'agit d'un pouvoir susceptible d'impliquer des évaluations économiques complexes, voir *infra* p. 812 et s.

⁸⁵⁹ Proposition de directive modifiant la directive 2003/54/CE, précitée, et proposition de directive modifiant la directive 2003/55/CE, précitée.

⁸⁶⁰ « Rôle de la Commission. Il existe en principe trois sauvegardes différentes pour garantir la position de la Commission et son rôle en tant que gardienne des traités. Premièrement, si l'Agence prend une décision, celle-ci ne serait contraignante que pour les situations techniques spécifiques explicitement prévues dans le règlement et les directives, ou définies au cas par cas par des orientations ou lignes directrices contraignantes. L'agence n'aurait aucun pouvoir d'appréciation politique en dehors de ce cadre ». Il s'agit du point 3.5 de l'exposé des motifs de la proposition de directive modifiant la directive 2003/54/CE, précitée ; du point 3.5 de la proposition de directive modifiant la directive 2003/55/CE, précitée ; du point 3.5 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1228/2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, du 19 septembre 2007, COM (2007) 531 final.

⁸⁶¹ Voir *infra* sur le caractère discrétionnaire des pouvoirs conférés aux agences, p. 812 et s. C.J.C.E., 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche*, précité.

la directive 2003/55/CE »⁸⁶². Les deux articles conditionnent ce pouvoir « à la demande conjointe des autorités de régulation nationales compétentes, ou si les autorités de régulation nationales compétentes ne sont pas parvenues à un accord sur le régime réglementaire approprié (...) »⁸⁶³. L'Agence aurait donc, en cas de carence des autorités de régulation nationales ou sur leur propre demande, un pouvoir réglementaire limité. Cela semble pourtant à la fois non conforme aux termes de la jurisprudence *Romano*⁸⁶⁴, qui exclut toute délégation d'un pouvoir normatif, et incohérent par rapport à la communication de la Commission sur l'encadrement des agences de régulation qui précise qu'elles « ne peuvent pas arrêter de mesures normatives à application généralisée »⁸⁶⁵. Cependant, un début d'infléchissement de cette ligne d'interprétation de l'équilibre institutionnel apparaît au travers de l'accord interinstitutionnel de 2005⁸⁶⁶. La Commission précise qu'« une agence européenne de “régulation” n'a pas nécessairement le pouvoir d'édicter des normes juridiques contraignantes »⁸⁶⁷. *A contrario*, il est possible qu'une agence européenne de régulation dispose d'un pouvoir normatif. L'hypothèse d'une inflexion de la vision de la Commission est corroborée par certaines formules employées dans la proposition relative au secteur de l'énergie comme, par exemple, la mention « il est nécessaire de garantir l'indépendance de l'Agence, ses compétences techniques et réglementaires (...) »⁸⁶⁸. Néanmoins, si un pouvoir normatif est théoriquement intéressant, il reste en pratique limité à un cas très précis⁸⁶⁹.

⁸⁶² Article 7 paragraphe 7 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸⁶³ Lettres a) et b), des articles 22 quinquies paragraphe 3 de la directive 2003/54/CE, précitée, et 24 quinquies, paragraphe 3 de la directive 2003/55/CE, précitée.

⁸⁶⁴ C.J.C.E., 14 mai 1981, *Giuseppe Romano*, précité.

⁸⁶⁵ Communication de la Commission : « L'encadrement des agences européennes de régulation », précitée, p. 8.

⁸⁶⁶ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

⁸⁶⁷ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité, pt. 7.1 de l'exposé des motifs. Cependant, le projet précise aussi qu'une agence ne peut adopter des mesures réglementaires générales, pt. 5.

⁸⁶⁸ Considérant n° 6 de l'exposé des motifs de la proposition de règlement une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée. Il faut aussi noter que le rapport de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie comporte une partie concernant les activités réglementaires de celle-ci, alors que celui de l'Autorité européenne du marché des communications électroniques comporte une partie concernant les activités de régulation (voir respectivement les articles 14 paragraphe 6 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, et 30 paragraphe 8 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée. S'il est possible de justifier la différence lexicale par les difficultés de traduction entre l'anglais et le français, la coïncidence reste néanmoins frappante.

⁸⁶⁹ Il ne s'agirait en effet que du domaine couvert par l'article 7 paragraphe 7 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée. La question se pose aussi de savoir si ce pouvoir est encadré par des orientations contraignantes de la Commission dans la mesure où celle-ci précise qu'elle « peut adopter des orientations sur (...) les situations dans lesquelles l'Agence devient compétente pour arrêter le régime réglementaire applicable aux infrastructures de liaison entre au moins deux États membres ». Voir : articles 22 quinquies, paragraphe 3 et 24 quinquies paragraphe 3, respectivement, de la proposition de directive modifiant la directive 2003/54/CE, précitée, et de la proposition de directive modifiant la directive 2003/55/CE, précitée.

2 La répartition interne des compétences décisionnelles

L'Autorité et l'Agence envisagées dans ces secteurs étant composées de plusieurs organes, il est important de déterminer quel est le processus amenant à une prise de décision pour déterminer l'influence respective de chacun.

D'une part, il existe une différence entre le secteur des communications électroniques et celui de l'énergie. Dans ce dernier, le conseil des régulateurs statue à la majorité des deux tiers de ses membres, chacun disposant d'une voix⁸⁷⁰. En revanche, le conseil des régulateurs de l'Autorité européenne du marché des communications électroniques statue à la majorité simple de ses membres⁸⁷¹. Cela peut traduire à la fois un souci de fluidité de la prise de décision dans le secteur des communications électroniques et l'importance des enjeux inhérents au secteur énergétique. Cependant, les différences d'approches des ARI sur les marchés de communications électroniques dans les vingt-sept Etats membres risque, par une formule de vote à la majorité simple, de créer un climat relativement conflictuel au sein de l'Autorité.

D'autre part, mais les éléments sont liés, la prise de décision au sein des agences témoigne d'une place prépondérante du directeur. Celui-ci préside le conseil des régulateurs de l'Autorité européenne du marché des communications électroniques. Pour les actes incitatifs et les décisions relevant des compétences de l'Autorité, le conseil des régulateurs émet un avis à l'intention du directeur. Formellement, ce n'est donc pas le conseil des régulateurs qui prend la décision, ni même lui qui la prépare⁸⁷². Il reste cantonné dans un rôle subsidiaire qui consiste à donner son « avis », qualifié parfois d'« accord », à la majorité des membres. De plus, rien n'est précisé si une majorité n'est pas obtenue. Enfin, le terme d'avis n'est pas adapté dans la mesure où il ne semble pas y avoir de place pour une réponse circonstanciée, ni d'éventuelles modifications ou précisions complémentaires de la part du conseil des régulateurs. Il s'agirait plutôt d'un système de validation ou de rejet liant le directeur, conformément à la formule de l'« accord » parfois utilisée par les propositions de la Commission. D'ailleurs, comme le montre l'article 30 paragraphe 3 de la proposition de règlement, « le directeur arrête les avis, recommandations et décisions (...) sous réserve de

⁸⁷⁰ Article 11 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸⁷¹ Article 27 paragraphe 4 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸⁷² Selon l'article 30 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, « le directeur est responsable de la mise en oeuvre du programme de travail ».

l'approbation du conseil des régulateurs »⁸⁷³. Par conséquent, la place du conseil des régulateurs, dans le domaine des communications électroniques, semble relativement restreinte au sein de l'Autorité alors qu'il eût été possible de l'envisager comme un véritable organe de préparation et de décision. Il faut donc espérer qu'aucune dérive vers un statut de chambre d'enregistrement ne se produise. De plus, le vote à la majorité simple risque de diviser d'une part, les représentants des ARI désirant une intégration rapide des marchés et, d'autre part, ceux qui mettent en avant leurs particularités nationales pour prendre le parti d'une intégration progressive de ceux-ci⁸⁷⁴. La question se pose aussi de savoir si la philosophie générale de la création d'agences n'est pas perturbée par un vote de ses membres à la majorité simple⁸⁷⁵. Un avis d'experts indépendants peut-il avoir une valeur de référence s'il n'est pas partagé par une large majorité des composantes de l'organisme ? Dans le secteur énergétique, le directeur de l'Autorité ne prend pas part aux délibérations du conseil des régulateurs qui adopte ses avis à la majorité des deux tiers. Par conséquent, la réduction de l'influence du directeur et une modalité de vote plus stricte fait varier l'importance donnée aux représentants des autorités de régulation indépendantes dans le sens d'une meilleure prise en compte des spécificités des marchés nationaux.

Enfin, le programme de travail est un élément qui témoigne aussi de la prépondérance du directeur, ainsi que du conseil d'administration, dans l'activité des agences⁸⁷⁶. Il est élaboré par le directeur puis soumis à la Commission et au conseil des régulateurs qui l'approuve à la majorité simple, pour l'A.E.M.C.E., ou des deux tiers, pour l'ACRE. Rien n'est précisé dans le cas où la Commission ne serait pas en accord avec le contenu du programme de travail. Cependant, au regard de la proximité entre celle-ci et le directeur, il est possible d'imaginer que son contenu sera en conformité avec les objectifs de la Commission. Si tel n'est pas le cas, le conseil d'administration, composé pour moitié de membres choisis

⁸⁷³ Proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

⁸⁷⁴ Paul Champsaur, président de l'ARCEP, souligne comme argument défavorable à la création d'une autorité européenne du marché des communications électroniques, la forte dimension nationale de ceux-ci. Voir : interview de Paul Champsaur : « Les propositions de Viviane Reding sont globalement négatives », Les Echos, 14 novembre 2007, disponible sur : <http://www.art-telecom.fr>.

⁸⁷⁵ Il n'y a pas de règle générale au sein des organes décisionnels des agences communautaires. Certains votent à la majorité simple comme l'Autorité européenne de sécurité des aliments (article 28 du règlement n° 178/2002, précité), et d'autres à la majorité des deux tiers, comme l'Agence européenne de la sécurité aérienne (article 37 du règlement n° 216/2008, précité), l'Agence européenne pour la sécurité maritime (article 14 du règlement n° 1406/2002, précité) ou l'Agence européenne pour l'environnement (article 8 du règlement n° 1210/90 du Conseil, du 7 mai 1990, relatif à la création de l'Agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (J.O.C.E., n° L 120, du 11 mai 1990, p. 1)).

⁸⁷⁶ Il en est de même pour la procédure d'adoption du rapport annuel, voir articles 26 alinéa 11 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, et 10 paragraphe 10 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

par la Commission, n'adoptera pas le programme de travail, tout du moins dans le secteur énergétique puisque aucune indépendance des membres de ce conseil n'est requise⁸⁷⁷. En effet, le conseil d'administration est chargé de son adoption par un vote à la majorité des deux tiers⁸⁷⁸. Un consensus entre personnalités nommées par la Commission et personnalités nommées par les Etats membres est donc nécessaire. Dans le processus d'adoption du programme de travail, le conseil des régulateurs dispose aussi d'une place restreinte. Il ne participe pas à son élaboration, sauf à considérer les indications qu'il peut formuler au directeur, et n'est chargé que de l'approuver selon les modalités de vote précédemment évoquées⁸⁷⁹. Par conséquent, le conseil des régulateurs n'apparaît aucunement comme un organe moteur au sein des agences proposées par la Commission. Les faiblesses de ses propositions sont très critiquables, même si elles trouvent une justification politique qui se reflète en termes juridiques.

C Justifications et critique des carences relevées

Pour trouver une solution au manque de coordination de l'activité des ARI et aux spécificités liées aux secteurs de l'énergie et des communications électroniques, la création d'une autorité de régulation européenne disposant de forts pouvoirs et d'une indépendance garantie est nécessaire. Les propositions de la Commission ne semblent pas aller dans ce sens.

Les raisons sont simples. Les instances communautaires ne sont généralement pas favorables à la création d'agences et encore moins si elles disposent de forts pouvoirs ou d'une indépendance avérée. D'ailleurs, aucune de celles déjà créées ne peut se prétendre réellement indépendante. Peu de critiques se sont élevées sur ce point, cependant, dans les secteurs de l'énergie et des communications électroniques l'indépendance du régulateur est triplement importante. D'une part, en raison de la formule d'organisme envisagée qui opte pour une représentation d'autorités de régulation indépendantes dans leur ordre juridique et non pour la représentation d'administrations nationales traditionnelles. D'autre part, pour que les Etats membres, qui sont souvent actionnaires de leur opérateur historique, ne soient pas juge et partie, autrement dit n'influencent pas l'organisme communautaire décentralisé pour

⁸⁷⁷ Voir *supra* p. 760 et s.

⁸⁷⁸ Article 26 paragraphe 5 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, article 9 paragraphe 4 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

⁸⁷⁹ Article 26 paragraphe 5 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, article 10 paragraphe 4 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

ralentir la libéralisation de ces secteurs. Enfin, pour que la Commission, soupçonnée de politisation et parfois de capture par le *lobbying* des opérateurs, ne perturbe pas le fonctionnement des marchés.

Quant à la nécessité d'une autorité dotée de forts pouvoirs, deux obstacles se forment. En premier lieu, les Etats membres n'y sont pas favorables, notamment dans le domaine de la coopération entre administrations nationales, dans la mesure où la mise en oeuvre du cadre réglementaire relève de leurs compétences propres. Or, par la création d'une autorité communautaire, la coordination des actes de mise en oeuvre du cadre réglementaire devrait être déléguée au niveau communautaire. En second lieu, du point de vue de la Commission qui, si elle propose une formule octroyant de forts pouvoirs de décision sur l'intégration des marchés, se voit dépossédée d'une partie de ses prérogatives au détriment d'une autorité dans laquelle le Conseil nomme un même nombre de représentants qu'elle.

Par conséquent, les propositions de la Commission reflètent les enjeux politiques et juridiques relatifs à l'équilibre des pouvoirs au sein des institutions communautaires.

Ces organismes ne disposent pas de pouvoirs suffisants et restent des entités majoritairement consultatives. En ce sens, la Commission n'a pas suivi la ligne de conduite suggérée par les groupes de travail ayant préparé le Livre blanc : « les décisions doivent être prises là où il existe une capacité réelle d'apprécier les divers paramètres intervenant dans la décision »⁸⁸⁰. La part du pouvoir décisionnel, même si l'initiative est très positive, reste donc cantonnée à une hypothèse transfrontalière dans le secteur des communications électroniques. Dans celui de l'énergie, la possibilité d'édicter des décisions individuelles apparaît plus étendue, mais elle est aussi encadrée par des « orientations contraignantes » de la Commission ou d'une possibilité d'annulation ou de modification. De plus, rien n'est envisagé pour contraindre les gestionnaires de réseaux de transports au-delà d'actes incitatifs. Enfin, si un semblant de pouvoir réglementaire est envisagé par la Commission, il reste techniquement très limité, même s'il s'agit d'une avancée certaine au regard de l'état du droit.

L'indépendance de ces organismes est parfois affirmée. Cependant, ils ne disposent pas de réelles garanties formelles allant dans ce sens. La complexité des structures envisagées par la Commission brouille un peu les pistes de réflexion. Il apparaît néanmoins que le conseil

⁸⁸⁰ Livre blanc sur la gouvernance, chantier numéro 3 : « Mieux exercer les responsabilités exécutives », rapport du groupe de travail 3a : « Etablissement d'un cadre pour les agences de régulation à vocation décisionnelle », juin 2001, p. 5.

d'administration, tout particulièrement dans le secteur énergétique, n'est pas en situation d'indépendance face aux Etats membres et à la Commission. De plus, les directeurs de l'A.E.M.C.E. et de l'ARCE sont au centre des influences des Etats membres et de la Commission, à la fois par le biais de leur mode de nomination, de leur évaluation et de leur position de relais entre le conseil d'administration et le conseil des régulateurs. Dès lors, en imaginant une soumission réelle aux instructions des Etats membres ou de la Commission, la double fonction du directeur de l'A.E.M.C.E., qui est aussi président du conseil des régulateurs, place l'organe représentatif des ARI dans une position délicate. L'élément est amplifié à la fois par la présence de la Commission lors des délibérations du conseil des régulateurs, par les modalités de vote en son sein, ainsi que la relativité de son emprise sur le programme de travail annuel et sur la préparation des actes de l'organisme. Par conséquent, avec plus d'acuité pour l'A.E.M.C.E., mais la remarque est aussi valable pour l'ACRE, les organismes envisagés sont affichés comme étant indépendants sans bénéficier des garanties adéquates.

Ainsi, l'Autorité européenne du marché des communications électroniques et l'Agence de coordination des régulateurs de l'énergie apparaissent en deçà de ce qui aurait pu être conçu d'un point de vue strictement juridique. En effet, aucun obstacle, en l'état actuel du droit, n'empêche de créer une autorité européenne véritablement indépendante. Par contre, la jurisprudence de la Cour, relayée par la vision stricte de la Commission, limite les possibilités pour instaurer une autorité dotée de forts pouvoirs.

Conclusion du chapitre

Au regard des difficultés rencontrées par la création d'un véritable marché intérieur dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie, un effort de coordination entre les activités des autorités de régulation nationales et de prise en compte des problématiques transnationales est nécessaire. Cependant, l'idée de créer des autorités de régulation européennes indépendantes ne peut répondre à l'ensemble des problématiques que connaissent ces marchés. Une meilleure conception de la réglementation communautaire et une intensification des investissements sont aussi impératifs pour assurer la fluidité des échanges, notamment au niveau des interconnexions entre réseaux. Si la création d'une autorité européenne est une formule adaptée à la maille géographique des marchés devenus européens et qui peut amener une certaine uniformité réglementaire dans la Communauté, elle doit être conçue avec des garanties d'indépendance et dotée de pouvoirs adaptés. D'une part, l'autorité doit être complètement indépendante de certains Etats membres qui restent opérateurs sur le marché commun. D'autre part, elle doit bénéficier d'un certain degré d'indépendance vis-à-vis de la Commission qui tend à devenir une institution politisée. De plus, pour assurer une réelle coordination de l'activité des ARI, l'autorité européenne doit bénéficier de pouvoirs étendus comprenant à la fois la possibilité d'édicter des décisions individuelles, des actes à caractère réglementaire et des sanctions pour assurer le respect des obligations qu'elle impose.

La Commission a proposé la création d'une Autorité européenne du marché des communications électroniques et d'une Agence de coordination des régulateurs de l'énergie. L'étude des statuts et des pouvoirs de ces deux organismes communautaires décentralisés démontre que leur indépendance n'est pas assurée et qu'il s'agit d'instances principalement consultatives. L'explication pourrait être trouvée dans les termes de la jurisprudence *Meroni*, du 13 juin 1958, qui encadre la délégation de pouvoirs à des entités différentes des institutions communautaires pour ne pas que celle-ci porte atteinte à l'équilibre institutionnel. Cependant, cet arrêt relativement ancien a été interprété de manière très stricte, notamment par la Commission européenne qui, par conséquent, a élaboré des propositions bien en deçà de ce que le cadre juridique encore en vigueur autorise. Il convient donc d'envisager la faisabilité juridique d'une structure de régulation européenne conciliant les garanties d'indépendance face à la Commission ainsi qu'aux Etats membres et la nécessité de bénéficier de pouvoirs suffisants.

Chapitre III : La faisabilité juridique d'une coordination des autorités de régulation indépendantes conciliant indépendance et pouvoirs

Les propositions de la Commission semblent insuffisantes au regard des nécessités d'une réelle coordination de l'action des ARI et des problématiques transnationales de la régulation des réseaux. L'A.E.M.C.E. et l'ACRE disposent principalement de pouvoirs d'avis et leur indépendance n'est pas suffisamment garantie⁸⁸¹. Par conséquent, il est possible de rechercher d'autres solutions pour résoudre les difficultés inhérentes à la construction d'un véritable marché intérieur des communications électroniques et de l'énergie. Elles essaieront de concilier l'incompatibilité de principe entre indépendance et pouvoirs, déjà observée dans les Etats membres.

La Cour de justice n'a jamais eu à se prononcer sur l'indépendance des organismes auxquels des pouvoirs étaient délégués, encore moins sur la nature de cette indépendance. Par conséquent, la conception actuelle de la structure des agences, qui devrait refléter un certain équilibre entre la représentation de la Commission et celle du Conseil est purement doctrinale. Si cette ligne de pensée a été suivie jusqu'à présent, dans la mesure où la Commission dispose du monopole de la proposition législative, elle n'en reste pas moins dénuée de tout fondement juridique. Aucune jurisprudence ni aucun texte contraignant n'impose une structure prédéterminée pour les agences de régulation communautaires⁸⁸². Dès lors, l'organisation de l'indépendance des autorités de régulation européennes des secteurs de l'énergie et des communications électroniques peut être réalisée en l'état actuel du droit (section I).

Il n'en est pas de même de la reconnaissance de réels pouvoirs de « régulation » pour une autorité européenne. Dans le cadre de la jurisprudence *Meroni*, la Cour s'est prononcée sur les contrôles nécessaires à toute délégation de pouvoir de décision individuelle. Elle estime que les délégations ne peuvent porter que sur des pouvoirs d'exécution, exactement

⁸⁸¹ Dans ce sens, voir Renato Brunetta, projet de rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (COM (2007) 530 final), du 11 février 2008, Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen, 2007/0197(COD), p. 27 : « Lors du débat sur ce règlement, le rapporteur a davantage acquis la conviction de la nécessité d'aller au-delà des propositions de la Commission en ce qui concerne l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, et de créer une Agence disposant de plus d'indépendance et de pouvoirs décisionnels ».

⁸⁸² Il n'en est pas ainsi pour les agences exécutives dont la structure est déterminée dans le règlement n° 58/2003 du Conseil, du 19 décembre 2002, portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires (J.O.C.E., n° L 11, du 16 janvier 2003, p. 1).

définis et entièrement contrôlés dans l'usage qui en est fait par l'autorité délégante⁸⁸³. Ainsi, une autorité de régulation européenne indépendante dotée de pouvoirs suffisants pour faire face aux nécessités de la coordination des ARI ne peut être envisagée qu'après une reconsidération du cadre juridique actuel (section II).

Cependant, pour concilier, d'une part, l'indépendance de l'autorité et, d'autre part, la possibilité de lui octroyer de forts pouvoirs, il est nécessaire de prévoir un système efficace d'encadrement procédural de son activité (section III). Cette forme d'*accountability* devrait répondre à une configuration semblable à celle que Terry Moe décrivait pour les *Independent Regulatory Agencies* (IRA) aux Etats-Unis : « personne n'a le contrôle de l'agence, pourtant l'agence est contrôlée »⁸⁸⁴. Toutes les institutions communautaires, avec des rôles différents en fonction des nécessités de l'indépendance, devraient participer à ce contrôle pour conférer aux autorités de régulation européennes indépendantes la légitimité procédurale dont elles ont besoin, à défaut de légitimité démocratique.

⁸⁸³ C.J.C.E., 13 juin 1958, *Meroni e Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority*, aff. 9-56, concl. K. Roemer, 19 mars 1958, Rec., p. 11.

⁸⁸⁴ Traduction de Marc Blanquet ; « *no one controls the agency, and yet the agency is under control* », in Blanquet M. : « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, études de l'IREDE, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 63 ; voir : Moe T. : « *Interests, Institutions, and Positive Theory : the politics of the NLRB* », *Studies in American Political Development*, ed. Karen Orren and Stephen Skowronek, vol. 2, 1987, p. 236.

Section I : Des solutions à droit constant respectant l'indépendance de l'entité

Les organismes envisagés à droit constant doivent à la fois être indépendants dans leur champ d'activité communautaire, mais aussi disposer d'une structure interne respectueuse de l'indépendance de ses membres. En effet, la formule proposée se fonde sur la réunion, dans une même enceinte, de l'ensemble des représentants des autorités de régulation indépendantes des Etats membres.

En l'état actuel de la jurisprudence de la Cour et sans considérer la proposition d'accord institutionnel de la Commission ou ses communications⁸⁸⁵, deux solutions alternatives apparaissent opportunes. La première passerait par l'abandon de l'idée d'une autorité européenne prenant la forme d'un organisme communautaire décentralisé. Il s'agirait de l'approfondissement de la coordination au sein des groupes de régulateurs indépendants (§1). Il ne faut cependant pas y entrevoir une régression dans la construction européenne ou même une solution *a minima*. En effet, les propositions de la Commission n'octroient que de rares et faibles compétences décisionnelles aux agences de régulation. Dès lors, l'idée d'un perfectionnement des structures existantes se base sur le constat que, mis à part le pouvoir d'édicter des décisions individuelles, l'ensemble des tâches envisagées par la Commission pourraient être mises en oeuvre par les groupes de régulateurs, quitte à modifier sensiblement leurs modalités de fonctionnement.

Cependant, la création d'une réelle autorité de régulation européenne dotée de la personnalité juridique et de certains pouvoirs reste la solution la plus adaptée pour résoudre l'ensemble des problèmes que connaissent les marchés de l'énergie et des communications électroniques. Dès lors, il convient d'envisager une seconde solution, alternative à la première, qui résiderait dans l'adaptation des propositions de la Commission pour que le statut de l'autorité européenne soit conforme aux nécessités de l'indépendance face aux Etats membres et à la Commission (§2).

⁸⁸⁵ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, du 25 février 2005, COM (2005) 59 final et Commission européenne, Livre blanc, « Gouvernance européenne », du 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final

§1 L'approfondissement de la coordination au sein des groupes de régulateurs indépendants

La Commission s'oppose à l'approfondissement de la coordination au sein des groupes de régulateurs européens dans l'exposé des motifs des deux propositions⁸⁸⁶. En effet, elle argumente longuement sur l'inefficacité de ces structures. Cependant, la question se pose de savoir pourquoi ces groupes sont inefficaces. Deux types de réponses peuvent être envisagées.

D'une part, les objectifs des ARI, dans le cadre réglementaire relatif à l'énergie et aux communications électroniques, sont la promotion de la concurrence et la contribution à la réalisation du marché intérieur. Par conséquent, si leur regroupement n'est pas profitable, cela veut dire que les ARI sont captées par des intérêts extérieurs à celui de la Communauté. Ainsi, il faudrait renforcer l'indépendance des ARI et non la structure dans laquelle ils agissent au niveau européen.

D'autre part, il se pourrait que les groupes de régulateurs, comme le souligne la Commission, soient inefficaces non par manque d'indépendance au niveau national, mais par manque de contrainte au niveau communautaire. Dès lors, l'idée de la Commission est de créer un cadre juridique strict par le biais d'une agence pour forcer la prise de décision. Cependant, au regard du peu de pouvoir décisionnel dont disposeraient l'A.E.M.C.E. et l'ACRE, une conclusion s'impose : la Commission tente à la fois de contraindre les ARI mais aussi de neutraliser leur capacité d'action à l'échelle européenne en ne leur confiant que des compétences consultatives et en conservant entre ses mains le pouvoir décisionnel. En ce sens, il est impossible de qualifier de véritablement indépendantes les agences envisagées dans le secteur des communications électroniques et de l'énergie. Au regard de ces constatations et pour éviter ce type de configuration, il convient d'appréhender l'idée d'un approfondissement de la coordination au sein des structures actuelles.

Renforcer les méthodes et l'efficacité des groupes de régulateurs européens est une solution justifiée, en premier lieu, par des raisons politiques. Elle apparaît, selon certains auteurs, comme indispensable et aisément réalisable alors que la création d'agences implique « un renoncement à une certaine souveraineté nationale, notamment pour orienter

⁸⁸⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 699 final, p. 6 ; proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 11.

l'organisation d'un secteur aussi stratégique que l'énergie »⁸⁸⁷. En second lieu, elle se justifie par une raison conjoncturelle dans le domaine des communications électroniques. En effet, « il serait paradoxal d'envisager la création d'un régulateur européen à l'heure de l'effacement progressif de la régulation sectorielle *ex ante* »⁸⁸⁸. En dernier lieu, cette solution bénéficie de l'aval de l'ensemble des groupes de régulateurs et ceux du secteur des communications électroniques étant même radicalement opposés à la création d'une agence européenne.

Dès lors, il s'agirait d'adapter la structure et le fonctionnement de l'E.R.G. et de l'ERGEG pour en faire de réels organismes de coordination de l'activité des ARI. Cette proposition a été évoquée par la Commission mais aussi par les principaux intéressés qui proposaient, en ce sens, d'améliorer l'efficacité des groupes et de transformer leur noms en « E.R.G.+ » et « ERGEG+ »⁸⁸⁹. L'option a aussi attiré les faveurs de certains Parlements nationaux⁸⁹⁰. En France, notamment, le rapport Retailleau, tout en étant défavorable à la création d'une autorité de régulation à l'échelle communautaire, voudrait un renforcement du réseau des régulateurs européens⁸⁹¹. Cette possibilité doit donc être explorée d'autant plus qu'elle viendrait pallier la création de deux agences communautaires dont le coût s'élèverait globalement à environ 17 millions d'Euros pour la première année⁸⁹². Elle se fonde principalement sur la constatation de l'insuffisance des pouvoirs comme des tâches qui devraient être confiés à l'A.E.M.C.E. et à l'ACRE et qui ne justifient probablement pas la création de deux nouvelles structures. Une comparaison entre les propositions de la Commission et les fonctions assignées aux groupes de régulateurs européens permet

⁸⁸⁷ Merlin A. : « Les autorités indépendantes, nouveau mode de gouvernance ? », discours prononcé au Forum d'Iéna, Paris, le 22 juin 2006.

⁸⁸⁸ Rapport d'information n° 350 de M. Bruno Retailleau, « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », fait au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, 27 juin 2007, p. 131. Sur l'effacement de la régulation *ex ante*, voir *supra* p. 620 et s.

⁸⁸⁹ Voir : communication de la Commission au Conseil européen au Parlement européen : « Une politique de l'énergie pour l'Europe », du 10 janvier 2007, COM (2007) 1 final, p. 8 : « Un réseau européen de régulateurs indépendants ("ERGEG+") : Dans ce système, le rôle du groupe ERGEG serait formalisé, et on confierait à cet organe la mission de structurer des décisions contraignantes pour les régulateurs et les acteurs du marché concernés, comme les exploitants de réseaux, les négociants en électricité ou les producteurs d'électricité, portant sur des points techniques et des mécanismes bien définis concernant les aspects transfrontaliers. Cela nécessiterait une participation appropriée de la Commission, si nécessaire, afin de garantir que l'intérêt de la Communauté a bien été pris en considération » ; ERGEG et C.E.E.R. : « *Fact sheet on a european system of energy regulation : regulatory and EU network bodies* », mai 2007 ; E.R.G., lettre adressée au Commissaire Viviane Reding, 6 novembre 2007.

⁸⁹⁰ Voir, par exemple : *House of Lords, The Select Committee on the European Union, Minutes of Evidence*, le mardi 17 juillet 2007, Question 165.

⁸⁹¹ Rapport d'information M. Bruno Retailleau, « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », précité, p. 131 et 134.

⁸⁹² Environ 10 millions d'Euros pour l'A.E.M.C.E. et 7 pour l'ACRE, voir la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, p. 10 et la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 14.

d'avancer qu'un approfondissement de ces dernières structures est raisonnablement envisageable, même si elle comporte quelques inconvénients.

Par conséquent, l'idée de l'approfondissement de la coordination au sein des groupes de régulateurs se fonde en premier lieu sur un constat. Ceux-ci sont tous favorables à cette solution et les groupes de régulateurs agissant dans le domaine des communications électroniques sont même très clairement opposés à la création d'une autorité de régulation européenne (A). L'idée se justifie, en second lieu, dans la mesure où une comparaison entre les missions actuelles des groupes de régulateurs et des organismes communautaires décentralisés proposés par la Commission révèle une parfaite similitude (B). Cependant, il n'est pas envisageable de confier des pouvoirs décisionnels à un groupe de régulateurs pour mettre en oeuvre les tâches qui pourraient lui être assignées. Dès lors, en observant la rareté des pouvoirs de décision qui sont prévus pour l'A.E.M.C.E. et l'ACRE, il est possible d'envisager que d'un côté, la Commission les conserve et, d'un autre, elle modifie les textes instituant l'E.R.G. et l'ERGEG pour améliorer leur efficacité (C).

A Une certaine opposition des groupes de régulateurs sur la création d'une agence

Les groupes de régulateurs européens des secteurs de l'énergie et des communications électroniques sont unanimes sur la nécessité de renforcer la coordination entre autorités indépendantes⁸⁹³. Par contre, de sérieuses divergences existent sur la méthode à mettre en oeuvre pour assurer efficacement cette coordination. En effet, les membres de l'ERGEG sont globalement favorables à l'idée de création d'une agence européenne de régulation pour ce faire, alors que l'ensemble des ARI concernées rejette cette proposition dans le domaine des communications électroniques. Les réticences qui sont observées ont toutes un rapport direct avec les pouvoirs et l'indépendance de l'agence européenne envisagée.

⁸⁹³ Voir, dans le secteur des communications électroniques : E.R.G., lettre adressée au Commissaire Viviane Reding, 6 novembre 2007 ; I.R.G. position paper : « *collaboration between national regulatory authorities and national competition authorities of the independent regulators group's (I.R.G.) member's countries* », 25 novembre 2002. Dans le secteur énergétique : C.E.E.R. *response to the energy Green paper*, C06-SEM-18-03, pt. 2.4 ; ERGEG et C.E.E.R. : « *Fact sheet on a european system of energy regulation : regulatory and EU network bodies* », précité.

1 Des réserves dans le secteur de l'énergie

Qu'il s'agisse des *fora* de régulateurs⁸⁹⁴ ou des groupes de régulateurs européens⁸⁹⁵, l'ensemble des acteurs institutionnels du domaine énergétique approuve l'idée de la création d'une agence de régulation européenne⁸⁹⁶. En effet, selon le C.E.E.R., celle-ci bénéficierait de l'avantage potentiel d'une « totale indépendance par rapport aux intérêts politiques et commerciaux - par rapport à la Commission, aux gouvernements et aux régulateurs nationaux »⁸⁹⁷. Le Président de l'ERGEG, Sir John Mogg, précise aussi que « des régulateurs indépendants et dotés de pouvoirs propres au niveau national et européen sont nécessaires pour une régulation efficace et prévisible qui est l'élément central d'un marché compétitif et de la création d'un climat sain pour l'investissement »⁸⁹⁸. Selon lui, les régulations nationales ne sont pas suffisantes pour assurer une plus forte intégration des marchés et l'agence sera capable de prendre en charge de manière efficace les problèmes transfrontières⁸⁹⁹.

Cependant, Sir John Mogg, émet aussi certaines réserves par rapport aux propositions de la Commission⁹⁰⁰. Il estime en effet que l'agence devrait bénéficier de pouvoirs plus importants dans certains domaines, notamment celui d'inciter, de modifier et d'approuver les mesures prises par les gestionnaires de réseaux de transport d'énergie, de vérifier que les obligations de service public sont satisfaites ou que la régulation est favorable à l'investissement⁹⁰¹. De même, les groupes de régulateurs énergétiques précisent que l'Agence, telle que proposée par la Commission, pourrait disposer de plus de pouvoirs et d'une plus grande indépendance⁹⁰². Les ARI recommandent certains changements dans la nomination des membres, le rôle du Conseil d'administration⁹⁰³ et la responsabilité de

⁸⁹⁴ ERGEG et C.E.E.R. : « *Madrid Forum supports an EU agency for the cooperation of regulators* », PR-07-11.

⁸⁹⁵ ERGEG et C.E.E.R. : « *EU energy regulators back the European Commission's 3rd energy package proposals* », PR-07-09.

⁸⁹⁶ Le Président de la CRE, Philippe de Ladoucette, est aussi favorable à une telle création selon ses propos lors de l'audition devant la Commission des affaires économiques du Sénat, le 11 juillet 2007.

⁸⁹⁷ C.E.E.R. *response to the energy Green paper*, précité, pt. 2.4.

⁸⁹⁸ ERGEG et C.E.E.R. : « *EU energy regulators back the European Commission's 3rd energy package proposals* », précité.

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ Sur les propositions de la Commission, voir *infra* p. 757 et s.

⁹⁰¹ Voir sur ce point, ERGEG et C.E.E.R. : « *Madrid Forum supports an EU agency for the cooperation of regulators* », précité. Le président de la Commission de régulation de l'énergie, Philippe Ladoucette, estime dans le même sens que la création d'une agence de coopération des régulateurs peut constituer une bonne solution dans la mesure où elle disposerait de pouvoirs suffisants à l'égard des gestionnaires de réseau de transport, in La lettre de la CRE, Décryptages, n°6, novembre – décembre 2007, p. 1.

⁹⁰² ERGEG et C.E.E.R. : « *Making third package proposals more effective* », PR-08-01.

⁹⁰³ Sur les modalités de désignation des membres et le rôle du Conseil d'administration, voir les articles 3, 9 et 10 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

l'agence vis-à-vis du Parlement européen, pour améliorer l'efficacité de celle-ci et éviter des dépenses inutiles sur le budget de l'Union⁹⁰⁴.

Par conséquent, si les groupes de régulateurs énergie accueillent avec satisfaction l'hypothèse de la création d'une agence au niveau européen, ils émettent aussi quelques réserves concernant l'indépendance, l'organisation et les pouvoirs de celle-ci. Cette opinion mitigée est d'autant plus compréhensible qu'il apparaît que l'ERGEG et le C.E.E.R. sont assez favorables à l'approfondissement de la coordination entre ARI au sein des groupes de régulateurs européens existants, tout en prévoyant une amplification de leurs pouvoirs⁹⁰⁵. Au contraire, dans le secteur des communications électroniques, la proposition de la Commission européenne a été rejetée en bloc.

2 Un refus massif dans le secteur des communications électroniques

Les groupes de régulateurs européens sont satisfaits de la réforme envisagée par la Commission européenne dans le domaine des communications électroniques. Cependant, sur le fond, ils s'opposent massivement au développement du pouvoir de veto de la Commission et à la création d'une autorité européenne⁹⁰⁶.

En effet, l'E.R.G. considère que « la proposition d'un pouvoir de veto sur les remèdes ainsi qu'une strate supplémentaire d'un centralisme inutile risque de miner, à l'échelle européenne, l'indépendance des régulateurs que la Commission est censée protéger au niveau national »⁹⁰⁷. Le groupe de régulateurs européens désavoue donc la Commission en estimant

⁹⁰⁴ ERGEG et C.E.E.R. : « *Making third package proposals more effective* », précité.

⁹⁰⁵ Voir : ERGEG et C.E.E.R. : « *Fact sheet on a european system of energy regulation : regulatory and EU network bodies* », précité.

⁹⁰⁶ Les groupes de régulateurs s'opposent aussi à la nouvelle recommandation sur les marchés pertinents, voir : E.R.G., lettre adressée au Commissaire Viviane Reding, précitée. Recommandation n° 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.U.E., n° L 344, du 28 décembre 2007, p. 65).

⁹⁰⁷ Traduction libre de : « *a proposed Commission power to veto remedies and new layers of unnecessary centralism risk undermining at a European level the very independence which the Commission is concerned to protect at the national level* », E.R.G. press release, « *E.R.G. ready for extended role* », ERG (07) 70. Les « remèdes » sont les obligations concrètes imposées par les ARI aux opérateurs disposant d'une position significative sur un marché. Elles feraient, selon les propositions de la Commission, l'objet d'une notification dans le cadre du nouvel article 7 de la directive « cadre » modifiée. La Commission aurait un pouvoir de veto sur ces obligations dans la mesure où la proposition prévoit, dans le nouvel article 7 alinéa 8 que : « la Commission peut prendre une décision demandant à l'autorité de régulation nationale d'imposer une obligation spécifique » ; voir : article premier alinéa 6 de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à

que ses propositions de réforme institutionnelle apparaissent « en désaccord avec l'évolution de la coopération entre ARI qui se fonde sur un modèle fédéral et non bureaucratique »⁹⁰⁸. Selon l'E.R.G., « les régulateurs nationaux estiment que la structure décentralisée [les ARI] est performante »⁹⁰⁹, par conséquent le groupe ne voit pas la nécessité de créer une nouvelle autorité à l'échelle européenne⁹¹⁰.

Le rejet de toute création d'une autorité de régulation européenne par l'E.R.G. a été argumenté par son Président, Dániel Pataki, devant la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen⁹¹¹. Il souligne que la création d'une autorité de régulation européenne pour les communications électroniques n'est pas en l'état actuel de la proposition adaptée, notamment au regard de plusieurs éléments. En premier lieu, l'autorité ne serait pas efficace car sa structure est trop lourde et centralisée. En second lieu, l'autorité porterait atteinte à l'équilibre des pouvoirs au sein de l'Union européenne. De plus, elle ne satisferait pas à l'exigence d'indépendance dans la mesure où elle serait gouvernée à la fois par la Commission européenne et par les Etats membres. Pour conclure, Dániel Pataki précise que le groupe de régulateurs préférerait voir un renforcement des pouvoirs de l'E.R.G., dans le cadre du droit communautaire, tout en organisant une responsabilité appropriée de celui-ci devant le Parlement européen.

Cette position est relayée par les autorités de régulation nationales. En effet, le *Chief executive* d'Ofcom, Ed Richards, estime qu'« il y a de bonnes raisons légales de penser que l'autorité ne pourra pas disposer de pouvoirs et de responsabilités d'exécution mais seulement d'avis (...). Il y a donc un risque évident que cet organisme, pour justifier son existence, commence à empiéter sur des domaines d'activité qui ont déjà été attribués à d'autres institutions »⁹¹². Il rejoint aussi les positions du Président de l'E.R.G. sur le fait que la

leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, du 13 novembre 2007, COM (2007) 697 final ; Bernaerts I. : « *Time to deregulate – Commission consultation on a new EU framework for electronic communications* », Competition policy newsletter, n° 3, automne 2006, p. 10.

⁹⁰⁸ « *Commission's proposals for a new institutional set-up appear, at a prima facie analysis, not to be in line with the evolution of the cooperation amongst regulators toward a federal and non-bureaucratic model* », E.R.G. press release, « *E.R.G. ready for extended role* », précité.

⁹⁰⁹ Interview accordée au journal allemand Heise, « *National regulators reject EU regulatory telecommunications authority* », le 12 novembre 2007.

⁹¹⁰ *Ibid.*

⁹¹¹ Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen, audition de Dániel Pataki, 27 février 2008, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/hearings>.

⁹¹² Traduction libre de : « *There are good legal reasons why the Authority cannot plausibly take on executive functions and responsibilities and can only therefore play an advisory role. But an advisory body of some 130 people and that is just to begin with! There is a clearly a risk that to justify its existence this body actually starts to encroach into areas which are already being properly addressed by other institutions* », Commission de

nouvelle autorité serait supervisée par la Commission et les Etats membres, ce qui apparaît, selon lui « fondamentalement en désaccord avec le principe de la régulation indépendante »⁹¹³. En France, Paul Champsaur, Président de l'ARCEP rejette aussi la proposition de la Commission de créer une autorité européenne de régulation. En effet, il estime qu'une telle autorité aurait pour effet de modifier les relations entre les Etats membres et les institutions européennes tout en substituant les secondes au premier, alors même que les marchés des communications électroniques ont une forte dimension nationale. Il précise aussi que « la Commission ne s'est pas suffisamment impliquée dans les analyses de marchés (...) depuis 2002 et n'a pas utilisé l'expertise du groupe de régulateurs européens ». Il conclut en montrant du doigt la Commission européenne : « ce que Viviane Reding veut faire en créant cette agence, c'est étendre ses pouvoirs au travers d'une couche additionnelle de bureaucratie »⁹¹⁴.

Par conséquent, dans le secteur énergétique, les autorités de régulation indépendantes émettent des réserves sur la proposition de la Commission de créer un organisme communautaire décentralisé. Dans le secteur des communications électroniques, les ARI rejettent massivement cette idée. Finalement, une vision globale des reproches adressés à l'hypothèse de création d'une agence ou d'une autorité de régulation européenne révèle deux problématiques centrales qui sont, d'une part, ses pouvoirs et d'autre part, son indépendance. Cette dernière problématique peut être résolue au regard de la similitude des tâches des groupes de régulateurs et de celle proposées par la Commission pour l'A.E.M.C.E. et l'ACRE.

B Une comparaison fonctionnelle entre les propositions de la Commission et les groupes de régulateurs

Une comparaison fonctionnelle entre les agences proposées par la Commission européenne et les groupes de régulateurs qu'elle a créés montre finalement qu'une grande majorité des objectifs fixés aux premières pourrait être réalisé par les seconds.

l'industrie, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen, audition d'Ed Richards, 27 février 2008, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/hearings>.

⁹¹³ Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen, audition d'Ed Richards, précitée.

⁹¹⁴ Viviane Reding est le Commissaire européen responsable de la société de l'information et des médias, Interview de Paul Champsaur, président de l'ARCEP, « Les propositions de Viviane Reding sont globalement négatives », publiée dans Les Echos, le 14 novembre 2007, disponible sur : <http://www.art-telecom.fr>.

En effet, l'Autorité européenne du marché des communications électroniques et l'Agence de coordination des régulateurs de l'énergie auraient principalement des compétences consultatives. La Commission estime d'ailleurs pour l'A.E.M.C.E. que sa « proposition est conforme au principe de proportionnalité puisque l'Autorité aura un rôle consultatif »⁹¹⁵, ce qui est partiellement inexact mais confirme que la Commission voit les agences comme des organes consultatifs. Il en est de même pour les groupes de régulateurs, que ce soit l'E.R.G. ou l'ERGEG. Les décisions qui les créent précisent que leur objet est de conseiller et d'« assister la Commission dans la consolidation du marché intérieur (...) [et de] servir d'interface entre les autorités réglementaires nationales et la Commission, de manière à contribuer au développement du marché intérieur et à l'application uniforme, dans tous les États membres, du cadre réglementaire »⁹¹⁶. Ils peuvent aussi oeuvrer à la préparation de projets de mesures d'application⁹¹⁷. La ressemblance des missions est frappante. Dès lors, pourquoi ne pas confier aux groupes de régulateurs européens les tâches envisagées pour l'autorité ou l'agence européenne, autrement dit, optimiser les structures actuelles ?

Celles-ci sont tout à fait aptes, dans le secteur des communications électroniques à émettre des avis à la demande de la Commission en lui fournissant, ainsi qu'aux États membres et aux A.R.N., une assistance technique et des conseils sur les questions réglementaires. Il en est de même pour la capacité d'adresser des recommandations sur les litiges transfrontaliers. Par ailleurs, l'E.R.G. fournit d'ores et déjà une expertise aux ARI et à la Commission sur les projets de mesures de l'article 7 de la directive « cadre » et pourrait étendre son action aux remèdes envisagés⁹¹⁸. Dans la même logique, l'ERGEG adresserait des avis aux gestionnaires de réseaux de transport et aux ARI tout en surveillant leur activité. Il pourrait aussi formuler des recommandations à la Commission, notamment sur l'évolution du cadre réglementaire.

Il faut remarquer, en effet, que si la Commission reproche aux groupes de régulateurs leur manque d'efficacité, elle fonde insidieusement cette remarque sur l'absence de caractère

⁹¹⁵ Voir la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précité, p. 9 ; Sur les compétences consultatives de l'A.E.M.C.E. et de l'ACRE, voir *supra* p. 768 et s.

⁹¹⁶ Article 3 de la décision 2002/627/CE de la Commission, du 29 juillet 2002, instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, (J.O.C.E., n° L 200, du 30 juillet 2002, p. 38) ; dans le même sens, l'article 3 de la décision 2003/796/CE de la Commission, du 11 novembre 2003, instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, (J.O.U.E., n° L 296, du 14 novembre 2003, p. 34).

⁹¹⁷ Article 3 de la décision 2003/796/CE, précitée.

⁹¹⁸ Conformément à l'article premier alinéa 6 de la Proposition de directive modifiant les directives 2002/21/CE, 2002/19/CE et 2002/20/CE, précitée. Sur les remèdes, voir *supra*, p. 786 et s.

contraignant de leurs actes. Cependant, elle n'en tire pas les conséquences dans ses propositions réglementaires. L'A.E.M.C.E. et l'ACRE sont principalement des organes de consultation. Leurs avis, recommandations et orientations peuvent avoir une influence mais n'ont aucun caractère contraignant. Certes, la Commission prévoit dans certains cas que lorsqu'un acte incitatif n'est pas respecté, l'agence lui fait un rapport. Mais cette procédure ne peut avoir d'autre suite que la mise en oeuvre d'un recours en manquement fondé sur la méconnaissance du cadre réglementaire et peut être exercée dans les mêmes termes avec un groupe de régulateurs.

Il n'en reste pas moins que l'A.E.M.C.E. et l'ACRE disposent de pouvoirs de décision individuelle, limités dans leur champ d'application, mais qui ont le mérite d'exister. Le même type de pouvoirs pourrait-il être octroyé à un groupe de régulateurs européen ? Au regard de l'encadrement jurisprudentiel de la délégation de compétences, qui n'a absolument pas été pensé par rapport à des agences communautaires, la solution est tout à fait envisageable. Faut-il rappeler que dans cette affaire la délégation avait été organisée au profit d'organismes de droit privé ? Dès lors, le seul obstacle qui s'oppose à la délégation d'un pouvoir de décision individuelle à un groupe de régulateurs, encadré conformément à l'état du droit, tient à son absence de personnalité juridique. L'octroi de cette dernière les ferait entrer dans la catégorie des organismes communautaires dotés de la personnalité juridique. Par conséquent, la question se posera de savoir s'il est possible ou recommandable de transformer, sans changer leur structure, les groupes en agences. En attendant d'envisager cette opportunité, il convient d'analyser l'amélioration de l'efficacité des groupes de régulateurs pour leur confier une partie au moins des fonctions prévues pour l'A.E.M.C.E. et l'ACRE.

C L'amélioration de l'efficacité des groupes de régulateurs

Il est tout à fait concevable d'octroyer l'ensemble des pouvoirs consultatifs prévus pour les agences aux groupes de régulateurs. Cependant, ceci rend incontournable une meilleure reconnaissance de ces instances par la Commission. Comme le souligne Paul Champsaur, président de l'ARCEP, la Commission « ne s'est pas suffisamment impliquée dans les analyses de marchés des communications électroniques depuis 2002 et n'a pas utilisé l'expertise du groupe des régulateurs européens »⁹¹⁹. En effet, les groupes relèvent aussi que leurs avis ne sont pas pris en compte par la Commission. Il en a été ainsi, par exemple,

⁹¹⁹ Interview de Paul Champsaur, président de l'ARCEP, « Les propositions de Viviane Reding sont globalement négatives », précitée.

lorsque l'E.R.G. a émis des réserves sur le retrait ou la conservation de certains marchés dans la nouvelle recommandation de la Commission⁹²⁰, que cette dernière n'a aucunement pris en considération⁹²¹. De même, les groupes de régulateurs du secteur des communications électroniques nomment des experts *ad hoc*, pour conseiller les ARI qui le demandent, lorsqu'une « lettre de doutes sérieux » a été envoyée par la Commission dans le cadre de la procédure de l'article 7 de la directive « cadre ». Il arrive que cette dernière rende sa décision avant d'avoir analysé et répondu à l'avis adressé conjointement par l'I.R.G. et l'E.R.G.⁹²². Enfin, la fonction incitative des groupes de régulateurs n'est pas négligeable dans la mesure où, parfois, ce n'est que sur leur insistance que la Commission se décide à agir, comme cela a été le cas pour proposer un règlement, désormais adopté, sur l'itinérance à l'international⁹²³.

Quant aux pouvoirs de décision individuelle, il convient de remarquer que dans le secteur énergétique, ceux-ci sont actuellement détenus par la Commission. Au lieu de les confier à l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, la Commission pourrait les conserver et les mettre en oeuvre, suite à un avis circonstancié de l'ERGEG. Dans le domaine des communications électroniques, cette solution pourrait aussi être envisagée⁹²⁴. Dès lors, pourquoi ne pas se servir des structures existantes en modifiant sensiblement leur champ de compétences ? Autrement dit, il s'agirait de confier les décisions individuelles concernant la délivrance de droits d'utilisation de radiofréquences et de numéros à l'actuelle Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information.

De plus, l'idée d'améliorer l'efficacité des groupes de régulateurs passe aussi par la conservation de certaines de leurs prérogatives actuelles. En effet, ceux-ci peuvent adresser des avis sur initiative propre, ce qui est bénéfique pour donner une certaine expertise indépendante et une impulsion à la construction du marché intérieur. Cette option aurait comme avantage de créer un véritable espace de régulation communautaire sans pour autant

⁹²⁰ I.R.G./E.R.G. *opinion on the draft recommendation on relevant markets*, IRG (07) 25 ; recommandation n° 2007/879/CE, précitée.

⁹²¹ En ce sens, E.R.G. *press release*, « *E.R.G. ready for extended role* », précité.

⁹²² En ce sens, E.R.G., lettre adressée au Commissaire Viviane Reding, précitée.

⁹²³ Grâce à ce règlement sur l'itinérance à l'international (connue sous le nom de *roaming*), les personnes qui se déplacent dans la Communauté seront en mesure de bénéficier de communications transfrontalières à un prix plus abordable et transparent ; règlement n° 717/2007, du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2007, concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et modifiant la directive 2002/21/CE (J.O.U.E., n° L 171, du 29 juin 2007, p. 32) ; voir notamment le sixième considérant qui évoque les travaux de l'E.R.G. ; Voir aussi : E.R.G. : « *European Telecoms regulators to intensify work on International Roaming* », 16th plenary meeting, 8 février 2006, press release ; interview de Paul Champsaur, « Les propositions de Viviane Reding sont globalement négatives », précitée.

⁹²⁴ Cependant, le pouvoir de décision individuelle envisagé dans le secteur des communications électroniques est créé par la proposition de règlement. Il ne s'agit pas d'une prérogative actuellement détenue par la Commission, voir *supra* p. 768 et s.

complexifier le schéma actuel par une structure supplémentaire et coûteuse. En outre, elle respecterait, dans un cadre juridique flexible, les nécessités de l'indépendance des autorités de régulation nationales.

La Commission a adressé comme principal reproche aux groupes de régulateurs leur modalité de prise de décision faisant prévaloir le consensus⁹²⁵. Il est vrai qu'un juste milieu doit être trouvé entre fluidité des modalités de vote, par le recours à la majorité simple, et blocage institutionnel ou nivellement par le bas, conséquence présumée de la méthode consensuelle. Dès lors, il conviendrait de prévoir que les avis et recommandations adoptés par les groupes de régulateurs se feront, en cas d'échec d'une délibération consensuelle, par un vote à la majorité des deux tiers, chaque membre disposant d'une voix. Il serait possible d'envisager des modalités de vote calquées sur celles du Conseil. Cependant, cette solution ne semble pas opportune puisque les ARI restent des experts indépendants et ne sont pas des organes politiques. De plus, la Commission conserverait son statut actuel, c'est-à-dire une participation aux réunions, sans droit de vote, mais son représentant devrait se retirer lors des délibérations. Enfin, le programme de travail serait élaboré et approuvé par le groupe des régulateurs tout en reconnaissant la possibilité pour la Commission de faire entendre ses souhaits.

Cependant, confier les fonctions envisagées pour l'A.E.M.C.E. et l'ACRE n'est pas sans quelques inconvénients.

Le groupe, même si sa légitimité européenne pourrait être renforcée, notamment sous l'effet de sa prise en considération par la Commission, serait dans l'impossibilité de représenter les autorités de régulation nationales dans les organes internationaux. Il s'agit ici d'un des atouts de la création d'une agence au niveau communautaire⁹²⁶. Il peut, cependant, être relevé que si la Commission prévoit dans ses propositions que le directeur assure la représentation de l'organisme⁹²⁷, rien n'est précisé sur une telle fonction dans une organisation internationale.

⁹²⁵ Voir la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, p. 5 et 6, et la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 11.

⁹²⁶ En ce sens, Stoffaës C., « *Foreword* », in Della Cananea G. (dir.) : *European regulatory agencies*, éd. Rive droite, coll. ISUPE, 2005, p. 14.

⁹²⁷ Article 14 paragraphe 1 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, et article 30 paragraphe 1 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

De plus, l'amélioration de l'efficacité des groupes de régulateurs ne peut pas aller jusqu'à l'organisation d'une réelle reddition de comptes. En effet, actuellement, les groupes de régulateurs remettent un rapport annuel à la Commission, qui le transmet ensuite au Parlement. Cependant, étant un organe créé par une décision de la Commission, aucune responsabilité directe ne peut être envisagée devant le Parlement européen ou le Conseil. En revanche, le directeur de l'A.E.M.C.E. et celui de l'ACRE peuvent être invités par ces deux dernières institutions communautaires pour rendre compte de l'exercice de leurs fonctions. De même ils élaborent chacun un rapport annuel de l'activité de l'organisme qui sera remis par le conseil d'administration au Parlement européen, au Conseil, à la Commission, au Comité économique et social européen et à la Cour des comptes.

Enfin, un dernier inconvénient peut être cité pour relativiser l'idée de confier des fonctions supplémentaires à l'E.R.G. et à l'ERGEG. Leur structure interne et plus particulièrement leur effectif, ne sont en effet probablement pas adaptés pour assumer l'ensemble des tâches proposées pour les agences communautaires. Cet argument s'avère justifié pour le secteur des communications électroniques, puisque la Commission prévoit trente sept postes dès 2010, pour atteindre 134 en 2013. Dans le secteur énergétique, l'idée est moins pertinente dans la mesure où l'instance bruxelloise prévoit un personnel réduit à dix postes en 2009, pour évoluer seulement vers la cinquantaine en 2011.

L'accumulation de l'ensemble de ces éléments pousse à envisager une deuxième solution qui serait respectueuse de la nécessaire indépendance des organes chargés de coordonner l'activité des ARI. Il s'agirait de créer une Autorité européenne dans les deux secteurs envisagés mais en adaptant le statut proposé par la Commission européenne.

§2 L'adaptation du statut des agences proposées par la Commission aux exigences de l'indépendance

Pour des raisons liées à l'absence de personnalité juridique, à la nécessité d'un pouvoir décisionnel, et aux besoins humains et financiers, la création d'une autorité de régulation communautaire apparaît comme la solution la plus adaptée aux nécessités de coordination des ARI. Cependant, le modèle proposé par la Commission, outre sa complexité, ne semble pas respecter les exigences d'indépendance⁹²⁸. Par conséquent, il convient de proposer une autre alternative qui, si elle apparaît politiquement utopiste, reste juridiquement tout à fait concevable.

En effet, aucune jurisprudence ne vient éclairer la nature de l'indépendance des agences auxquelles une délégation de pouvoirs peut être accordée. Dès lors, la conception que les institutions communautaires se font de la structure interne des agences, qui devrait refléter une certaine représentation de la Commission et du Conseil est purement doctrinale. Elle traduit simplement un équilibre politique entre ce que propose la Commission et ce qu'est susceptible d'accepter le Conseil mais est dépourvue de tout fondement juridique. Ainsi, au regard de l'absence de contrainte juridique sur la structure des autorités de régulation communautaires, il est possible d'envisager un modèle respectueux des nécessités de l'indépendance (B). Cependant, il faut préalablement abandonner l'idée d'une homogénéité des structures communautaires de régulation (A).

A L'abandon d'une vision homogène des structures

S'interroger sur la possibilité d'envisager des Autorités de régulation européennes dans les secteurs de l'énergie et des communications électroniques respectueuses de l'indépendance de ses composantes impose de rompre avec l'idée que les organismes communautaires décentralisés doivent suivre un modèle structurel préétabli. Il est vrai qu'une partie de la doctrine⁹²⁹, tout comme les institutions communautaires⁹³⁰, demande une certaine

⁹²⁸ Dans le même sens, voir Renato Brunetta, projet de rapport sur la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précité, p. 30.

⁹²⁹ Voir par exemple Geradin D., Petit N. : « *The development of agencies at EU and national levels : conceptual analysis and proposals for reform* », Jean Monnet Working Paper, 01/04, p. 59 ; Muller-Quoy I. : « L'apparition et le développement des agences de l'Union », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, études de l'IREDE, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 24 ; La nécessité de l'homogénéité des structures a aussi été évoquée, en France, par les parlementaires : rapport d'information sur les agences européennes de la délégation pour l'Union européenne au Sénat, par Marie-Thérèse Hermange, n° 58, du 27 octobre 2005 ; rapport d'information sur les

homogénéité du cadre juridique des agences. Ces dernières n'arrivent cependant pas à s'accorder sur ce cadre juridique. En effet, le projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation⁹³¹ est critiqué par certains parlements nationaux. Par ailleurs, le Conseil, d'une part, et le Parlement européen et la Commission, d'autre part, ne semblent pas s'entendre sur ce terrain. En témoignent les dernières propositions de la Commission de mars 2008 qui, au regard de l'impossibilité de trouver un compromis sur son projet, invitent le Parlement européen et le Conseil à imprimer un nouvel élan au processus visant à déterminer la place qu'occupent les agences dans le système de gouvernance de l'Union⁹³². La Commission voudrait donc établir un groupe de travail interinstitutionnel, afin de mettre en place des règles de base applicables à toutes les agences, compte tenu des enjeux importants auxquels elles ont à faire face⁹³³.

Néanmoins, cette résolution, aussi louable soit-elle⁹³⁴, ne doit être appréciée qu'en fonction de son objectif. Il s'agit en l'occurrence de favoriser un degré élevé de transparence, d'efficacité, de responsabilité et de légitimité⁹³⁵. Or, ces éléments ne seraient pas renforcés par l'uniformité structurelle des agences envisagée par la Commission, notamment dans son projet d'accord interinstitutionnel⁹³⁶. En témoigne l'hétérogénéité qui caractérise les autorités administratives indépendantes en droit interne⁹³⁷. Les seuls paramètres susceptibles de satisfaire à ces composantes d'une « bonne gouvernance » relèvent de règles procédurales de fonctionnement, autrement dit un encadrement efficace⁹³⁸. Cette précision faite, il est possible d'envisager la création d'autorités véritablement indépendantes.

agences européennes de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, par Christian Philip, n° 3069, du 3 mai 2006.

⁹³⁰ Selon le Parlement européen : « une rationalisation et une uniformisation de la structure des agences actuelles et futures sont incontournables dans l'intérêt de la clarté, de la transparence et de la sécurité juridique », Rapport du Parlement européen, Commission des affaires constitutionnelles, sur la communication de la Commission : « L'encadrement des agences européennes de régulation » (COM (2002) 718 final), du 4 décembre 2003, A5-0471/2003, p. 5. Voir aussi le projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

⁹³¹ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

⁹³² En ce sens, « La Commission prône l'adoption d'une approche commune en ce qui concerne le futur système de gouvernance des agences européennes », le 11 mars 2008, IP/08/419. Voir aussi : *Europolitique*, n° 3490, 13 mars 2008, p. 9.

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ Cette résolution peut cependant être critiquée dans la mesure où les modalités d'organisation interne des agences devraient pouvoir être adaptées aux spécificités des secteurs envisagés. En ce sens, rapport d'information sur les agences européennes par Christian Philip, précité.

⁹³⁵ Commission européenne, Livre blanc, « Gouvernance européenne », précité, p. 12 ; projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité, p. 2 ; rapport d'information sur les agences européennes, par Marie-Thérèse Hermange, précité, p. 19.

⁹³⁶ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

⁹³⁷ Non seulement dans les Etats membres évoqués, (voir *supra* p. 194 et s.) mais aussi aux Etats-Unis (voir *supra* p. 48 et s.).

⁹³⁸ Sur ce point, voir *infra* p. 816 et s.

B La création d'autorités véritablement indépendantes

Il est donc possible de proposer un modèle d'autorité de régulation européenne non conforme aux objectifs de la Commission dans son projet d'accord interinstitutionnel sur l'encadrement des agences de régulation⁹³⁹. La justification de cette entorse réside dans la particularité de la formule envisagée. Il s'agirait, en effet, d'une autorité résultant de la communautarisation de représentants de structures nationales indépendantes.

L'autorité envisagée se composerait d'un représentant de chaque Etat, étant obligatoirement le dirigeant de l'autorité de régulation nationale indépendante⁹⁴⁰. En ce sens, le collège serait certes élargi à vingt sept membres, mais chaque Etat membre aurait son représentant. Il ne faut pas oublier que les ARI agissent au nom de l'Etat et restent une composante à part entière de celui-ci, malgré leur indépendance. Ainsi, un juste compromis serait trouvé entre les penchants du Conseil pour une représentation de chaque Etat membre dans les organismes communautaires décentralisés et l'indépendance des membres de l'autorité. Ceux-ci seraient donc à la fois nommés par les Etats et indépendants de leurs gouvernements respectifs. Il serait néanmoins possible de critiquer une composition de l'autorité élargie à vingt sept membres, sur le fondement de considérations d'efficacité. Cependant, selon les propositions de la Commission, les actes adoptés par l'A.E.M.C.E. et l'ACRE ne peuvent faire l'économie d'une approbation par le conseil des régulateurs, composé lui aussi de vingt sept membres. Dès lors, ce qui ne nuit pas à l'efficacité dans les propositions de la Commission ne devrait pas être un obstacle pour le modèle présenté.

L'indépendance des membres, garantie au niveau national, devrait jouer au niveau communautaire. En effet, il ne devrait pas être utile de prévoir des dispositions sur la qualification des membres, la durée, le renouvellement des mandats ou l'inamovibilité, sauf à considérer que certains Etats membres n'y satisfont pas dans leur ordre juridique. Dans ce dernier cas, une prévision communautaire de ces garanties pour les membres de l'autorité européenne serait nécessaire et aurait une répercussion sur le statut national. En effet, si le droit communautaire impose aux personnalités de l'autorité européenne de disposer d'un mandat non renouvelable, d'être inamovible ou de présenter certaines compétences, le droit

⁹³⁹ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

⁹⁴⁰ Si une surcharge de travail, dû au cumul des fonctions nationales et communautaires, empêchait le dirigeant de se rendre aux réunions, celui-ci pourrait se faire représenter par un autre membre. De plus, les Etats membres devraient pouvoir augmenter le nombre des membres du collège de leurs ARI pour éviter une surcharge de travail et nommer l'un d'eux chargé des affaires européennes (le collège pourrait aussi nommer lui-même le délégué aux affaires européennes).

national devra se mettre en conformité. Il y a ici un effet d'alignement vertical descendant sur les prescriptions communautaires qu'il serait intéressant d'envisager. Dans le même sens, mais par d'autres moyens, les institutions communautaires pourraient appréhender de manière plus stricte certaines garanties de l'indépendance au niveau national pour que les répercussions se fassent au niveau communautaire. Ainsi, un renforcement et une harmonisation des garanties d'indépendance des A.R.N., par le biais du droit dérivé, assurerait aussi que les membres de l'autorité européenne bénéficient dans l'ordre juridique communautaire de ces garanties. L'effet serait cette fois vertical ascendant. La réforme envisagée par la Commission des textes sectoriels va d'ores et déjà dans ce sens⁹⁴¹.

De plus, il semble impératif que certaines règles fassent l'objet d'une nouvelle affirmation au niveau communautaire. Ainsi, il faudrait, sur le modèle de ce qui a été évoqué en droit interne⁹⁴², garantir l'indépendance des membres de l'autorité européenne, dans son acte institutif, en prévoyant des dispositions sur les incompatibilités au niveau communautaire et, comme conséquence, sur les motifs de révocation. Comme évoqué précédemment, les incompatibilités envisagées au niveau national ne peuvent avoir un effet suffisant au regard du champ d'activité de l'autorité européenne⁹⁴³.

Le fonctionnement de l'autorité serait assuré par un directeur nommé à une majorité renforcée des membres et choisi parmi eux, sur proposition de la Commission et après audition devant le Parlement européen. Le directeur se chargerait à la fois de l'avancement des travaux de cette structure, de la gestion administrative, budgétaire et de la direction du personnel. Il réunirait les membres de l'autorité au moins une fois tous les deux mois en séance plénière et lorsque des nécessités l'imposent. Si la charge de travail administratif de l'autorité le requiert, un conseil d'administration peut être nommé. Sa structure devrait être restreinte et il serait composé d'un nombre équivalent de membres nommés par la Commission, le Parlement européen et le Conseil. Les tâches du conseil d'administration seraient purement administratives et ne pourraient pas interférer dans les décisions de l'autorité, l'adoption de son programme de travail ou son activité en général.

⁹⁴¹ Il résulte des dernières propositions de la Commission un renforcement des garanties d'indépendance des A.R.N., voir : article 1^{er} paragraphe 3 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE, 2002/19/CE et 2002/20/CE, précitée ; article 1^{er} paragraphe 12 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, du 19 septembre 2007, COM (2007) 528 final ; article 1^{er} paragraphe 14 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, du 19 septembre 2007, COM (2007) 529 final.

⁹⁴² Sur ce point, voir *supra* p. 358 et s.

⁹⁴³ Sur ce point, voir *supra* p. 770 et s.

Les avis, recommandations et décisions de l'autorité seraient adoptés à une large majorité qualifiée si la procédure consensuelle n'a pas abouti. Cette modalité d'adoption des actes permet de mieux prendre en compte la diversité des situations nationales, des pratiques et des connaissances des ARI dans les Etats membres et ne sera pas susceptible de créer un climat conflictuel au sein de l'organisme. De plus elle traduit l'idée d'un renforcement de la légitimité de l'expertise indépendante, étant partagée par le plus grand nombre de spécialistes. Un représentant de la Commission pourrait participer aux réunions de l'autorité et faire part de ses observations, sans droit de vote et en se retirant lors des délibérations.

Cette configuration de l'autorité de régulation européenne permettrait d'assurer qu'elle dispose d'une réelle indépendance dans son activité. Il est très probable que des considérations d'ordre politique s'opposent au modèle proposé, mais celui-ci reste tout à fait concevable en l'état actuel du droit. Il n'en est pas de même si l'autorité envisagée dispose de pouvoirs conséquents.

Section II : Des solutions à droit latent reconnaissant des pouvoirs à l'entité

Qu'il s'agisse de l'ordre juridique national ou communautaire il existe toujours une certaine incompatibilité de principe entre indépendance et pouvoirs. Il convient donc de tenter de résoudre cette difficulté dans la mesure où, en l'état actuel des propositions de la Commission, les pouvoirs décisionnels des organismes envisagés sont restreints au minimum et semblent donc insuffisants. En revanche, leurs pouvoirs consultatifs sont plus larges. Par conséquent, il apparaît que la Commission a une vision restrictive de la décentralisation fonctionnelle. Au regard de ses propositions, l'A.E.M.C.E. et l'ACRE ne seraient presque que des organes consultatifs puisque la prise de décision resterait entre les mains de la Commission. Il y a donc une incohérence entre les motifs et objectifs de la création d'organismes communautaires et leurs réels pouvoirs. De plus, de manière assez caricaturale, une certaine ambiguïté émerge de cette conception. D'une part, si la prise de décision de la Commission, après un avis des agences, reste complètement autonome, alors la question se pose de savoir quelle est la réelle utilité de ces organismes et pourquoi ils ne disposent que d'une faible capacité pour délivrer des avis sur leur propre initiative. D'autre part, si leur expertise est réellement influente, alors la décision de la Commission devrait être très

fortement liée dans la mesure où il est très difficile de contredire un avis d'experts. Par conséquent, pour éviter une perte de temps et un manque certain de visibilité, mieux vaudrait confier le pouvoir de décision aux organismes décentralisés. Autrement dit, il s'agirait d'octroyer le pouvoir décisionnel à l'instance la plus à même de l'exercer.

Cependant, le cadre juridique actuel ne permet pas de confier de réels pouvoirs aux autorités de régulation européennes indépendantes. Il faut donc envisager l'hypothèse de son évolution (§1), avant de proposer un modèle d'autorité dotée des pouvoirs nécessaires pour résoudre les difficultés actuelles tenant au manque de coordination de l'activité des ARI et à l'insuffisante prise en compte des problématiques transnationales (§2).

§1 Les éléments en faveur de l'abandon du cadre juridique actuel

Il y a deux façons de faire évoluer le cadre juridique actuel. Certains auteurs considèrent que la jurisprudence *Meroni* a été « *de facto* abandonnée »⁹⁴⁴, cependant, celle-ci reste la référence sur l'état actuel du droit. Par conséquent, il conviendrait, pour un ensemble de raisons liées au fait que l'évolution institutionnelle de l'Union européenne ne correspond plus aux objectifs et à la fonction de cette conception, de susciter une évolution jurisprudentielle (A). En effet, si l'adaptation de l'organisation administrative européenne se cantonne à cette jurisprudence cinquantenaire, le caractère évolutif inhérent au droit communautaire perd de son sens. Dès lors, une initiative de la Commission pour entamer une adaptation de la structure administrative de l'Union serait très souhaitable. Celle-ci sera probablement entérinée par la Cour de Justice à moins qu'elle ne conserve une position figée sur la délégation de pouvoirs et cette interprétation des Traités. Dans ce dernier cas, seule une modification des textes fondamentaux peut être envisagée (B). L'idée est évoquée depuis longtemps, mais l'évolution actuelle envisagée dans le Traité de Lisbonne impose de regarder cette dernière hypothèse comme temporairement ajournée.

⁹⁴⁴ Majone G. : « *Managing europeanization, the european agencies* », in Peterson J., Shackleton M. (dir.), *The institutions of the European Union*, 2^{ème} éd., Oxford University Press, 2006, p. 194.

A L'adaptation du cadre jurisprudentiel

Un demi siècle après la jurisprudence *Meroni*⁹⁴⁵, un retour sur les motifs qui ont suscité une telle interprétation des Traités par la Cour de justice s'impose. En la replaçant dans le contexte de l'époque, et en comparant celui-ci avec la configuration actuelle de la structure administrative de l'Union européenne, il est possible d'envisager une nouvelle interprétation de l'équilibre institutionnel. L'argument est amplifié par l'expérience des Etats-Unis sur le principe de la « non-délégation ». Il ne s'agit cependant pas d'entamer une comparaison entre les deux systèmes, mais d'observer qu'outre-atlantique une vision constructive des rapports entre les organes titulaires du pouvoir et ceux qui le mettent en oeuvre a permis une adaptation aux complexités croissantes de la gestion publique des phénomènes économiques et sociaux. Une telle évolution pourrait être concevable en droit communautaire. Une partie de la doctrine et des acteurs institutionnels l'appelle de ses vœux⁹⁴⁶. Elle passe par une interprétation constructive de l'équilibre institutionnel, déjà partiellement entamée par la jurisprudence de la Cour.

1 La désuétude de la jurisprudence *Meroni*

Plusieurs éléments permettent de dire que les institutions communautaires et une partie de la doctrine se sont livrées à une interprétation trop stricte et figée de la jurisprudence *Meroni*.

D'une part, celle-ci remonte à une époque où la Communauté européenne du charbon et de l'acier était à peine dans sa phase de construction. Depuis lors, non seulement la CECA a disparu⁹⁴⁷, mais les objectifs de l'actuelle Union européenne ont considérablement évolué tout comme les rapports entre ses institutions.

⁹⁴⁵ C.J.C.E., 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA*, précité, pt. 53.

⁹⁴⁶ Voir par exemple : Della Cananea G. : « *Independent regulatory agencies in the european legal space* », in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, éd. Rive droite, coll. ISUPE, 2005, p. 161. Certains membres de la Commission affichent ouvertement leur penchant pour la création d'autorités européennes dotées de pouvoirs réglementaires et de décision individuelle. Il apparaît que ces opinions dissidentes par rapport à la position officielle viennent des services de la Commission compétents sur les domaines du transport, de l'énergie et des télécommunications, dans lesquels les défauts de l'approche traditionnelle de l'intégration des marchés sont les plus évidents (Majone G. : « *Strategy of regulatory reform* » in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, précité, p. 60).

⁹⁴⁷ Le Traité de Paris instituant la CECA, signé le 18 avril 1951 est entré en vigueur le 23 juillet 1952. Il a été signé pour cinquante ans et est arrivé à expiration le 23 juillet 2002.

D'autre part, outre le considérant de principe excluant toute délégation d'un pouvoir discrétionnaire, la Cour fonde sa décision sur une explication très claire qui tient à l'absence de garanties entourant la délégation de pouvoirs⁹⁴⁸. En effet, elle reproche à la Haute autorité de la CECA d'avoir délégué ses pouvoirs sans soumettre l'organisme délégataire aux conditions auxquelles elle-même aurait été tenue de se conformer si elle avait exercé ces pouvoirs directement. La Cour cite notamment l'obligation de motiver ses décisions et d'y publier les avis obligatoirement recueillis, d'élaborer tous les ans un rapport sur ses activités, ses dépenses, et les informations utiles aux intéressés. Elle relève enfin que les actes de l'organisme délégataire n'étaient pas soumis à son contrôle alors que si la Haute autorité avait exercé les pouvoirs que le Traité lui reconnaissait, la Cour aurait été compétente. Par conséquent, les motifs qui sous-tendent la décision de 1958 tiennent principalement à l'absence de garantie offerte aux tiers qui trouve sa cause dans le procédé de la délégation de pouvoirs. Actuellement, les décisions des organismes décentralisés sont soumises au contrôle juridictionnel par le biais du droit dérivé. En outre, dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne une disposition spécifique généralisera cette pratique⁹⁴⁹. De plus, des exigences de transparence leur sont imposées dans les actes institutifs⁹⁵⁰. Ainsi, sans exclure la possibilité d'un approfondissement et d'une clarification de ces obligations⁹⁵¹, il convient de constater que les motifs de la jurisprudence *Meroni* ne peuvent être transposés dans le cadre juridique contemporain et tendent à réduire la portée du considérant de principe. La question de savoir si la Cour serait susceptible de confirmer le principe pour le cas particulier d'une agence dotée de pouvoirs autorisant une certaine marge d'appréciation se pose⁹⁵².

⁹⁴⁸ Voir, respectivement : C.J.C.E., 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA*, précité, p. 81 et 79.

⁹⁴⁹ « La Cour de justice de l'Union européenne (...) contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers », selon l'article 2, paragraphe 214 du Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, J.O.U.E., n° C 306, du 17 décembre 2007, p. 1.

⁹⁵⁰ Règlement (CE), n° 1049/2001, du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (J.O.C.E., n° L 145, du 31 mai 2001, p. 43).

⁹⁵¹ Sur ce point voir *infra* p. 817 et s.

⁹⁵² Les mêmes réflexions ne pourraient être appliquées à la jurisprudence *Romano* empêchant les institutions communautaires de déléguer un pouvoir normatif. En effet, d'une part, celle-ci ne se fonde pas explicitement sur le principe de l'équilibre institutionnel. D'autre part, rien n'est précisé quant aux raisons sur lesquelles s'est fondée la Cour de justice pour interdire la délégation de pouvoir normatif à la Commission administrative des communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants. Enfin, la Commission administrative n'est pas un organisme doté de la personnalité juridique ce qui rend la comparaison avec les actuelles agences difficile. Voir : C.J.C.E., 14 mai 1981, *Giuseppe Romano c/ Institut national d'assurance maladie-invalidité*, aff. 98/80, concl. Warner J-P., 20 novembre 1980, Rec. 1981, p. 1241, pt. 20 ; article 80 du règlement (CCE), n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (J.O.C.E., n° L 149, du 5 juillet 1971, p. 2).

Cependant, si la jurisprudence *Meroni* a eu un tel retentissement et a pu, par une interprétation *a simili*, être généralisée à tous les cas de délégation de pouvoirs d'exécution, quelle que soit d'ailleurs l'autorité délégante, c'est bien parce qu'elle se justifie en référence à l'équilibre institutionnel, pilier fondamental de la construction communautaire⁹⁵³. En effet, la Cour estime que la délégation d'un pouvoir discrétionnaire porterait atteinte à l'article 3⁹⁵⁴ qui dispose que chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le Traité. Selon elle, cet article « permet de voir dans l'équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté, une garantie fondamentale accordée par le Traité »⁹⁵⁵.

L'équilibre des pouvoirs, ou équilibre institutionnel, principe général du droit communautaire⁹⁵⁶, n'est certes pas comparable avec celui de la séparation des pouvoirs⁹⁵⁷. Cependant, « pour la Cour de justice, l'«équilibre des pouvoirs» joue un rôle analogue dans l'ordre juridique communautaire à celui de la «séparation des pouvoirs» dans les constitutions démocratiques modernes »⁹⁵⁸. Dès lors, il est possible, comme le fait une partie de la doctrine⁹⁵⁹, de faire référence à l'interprétation évolutive du principe de la séparation des pouvoirs, telle que conçue aux Etats-Unis, pour en tirer des enseignements sur la nécessité d'une adaptation pragmatique de la structure administrative communautaire.

⁹⁵³ Sur le principe d'équilibre institutionnel : Guillermin G. : « Le principe d'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la CJCE », *J.D.I.*, 1992, p. 319 ; Guillermin G. (dir.) : « Le principe de l'unité du cadre institutionnel de l'Union européenne », Cahiers du CUREI, n° 12, 1999 ; Jorda J. : « Le pouvoir exécutif dans l'Union européenne », Aix-Marseille, PUAM, 2001, spéc., p. 472 et s. ; Lenaerts K. : « *Some reflexions on the separation of powers in the EC* », *C.M.L.R.*, 1991, p. 11 ; Schmitter C. : « Principe d'équilibre institutionnel », in Barav A., Philip C., *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, p. 473 ; Artaud-Vignolet S. : *Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne*, thèse, Toulouse I, 2003, 594 pp.

⁹⁵⁴ Son équivalent correspond à l'article 7 du T.C.E. : « 1. La réalisation des tâches confiées à la Communauté est assurée par un Parlement européen, un Conseil, une Commission, une Cour de justice, une Cour des comptes. Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité ».

⁹⁵⁵ C.J.C.E., 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA*, précité, pt. 82.

⁹⁵⁶ Gautron J.-C., *Droit européen*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2006, p. 153.

⁹⁵⁷ En ce sens, Pescatore P. : « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *C.D.E.*, 1978, p. 387 ; selon Stéphanie Artaud-Vignolet, « l'article 7 CE qui prévoit que "chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité" instaure une sorte de séparation des pouvoirs entre chacun de ces organes qui ne peut, néanmoins, être assimilée à la théorie de la séparation des pouvoirs telle qu'elle fut développée par Montesquieu au XVIII^{ème} siècle. Une telle comparaison est a priori difficile à établir dans la mesure où la distinction traditionnelle entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sur laquelle repose le principe de la séparation des pouvoirs ne correspond pas à la structure institutionnelle communautaire », in Artaud-Vignolet S., *Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne*, précitée, p. 19.

⁹⁵⁸ Majone G. : « *Strategy of regulatory reform* » in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, éd. Rive droite, coll. ISUPE, 2005, p. 61

⁹⁵⁹ Majone G. : « *Strategy of regulatory reform* » in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, précité, p. 61 ; Geradin D., Petit N. : « *The development of agencies at EU and national levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 15 et s. ; Geradin D. : « *The development of european regulatory agencies : what the EU should learn from the american experience* », *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, 2004 ; Yataganas X. : « *Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independant agencies* » Jean Monnet Working Paper, 03/01.

2 L'expérience de l'évolution du principe de « non-délégation » aux Etats-Unis

La référence à l'exemple américain ne peut pas avoir comme objectif une comparaison généralisée⁹⁶⁰. En effet, les Etats-Unis se sont construits sur le modèle d'un régime fédéral dans lequel l'autorité centrale est composée de trois branches, une chambre législative bicamérale, un exécutif dirigé par son Président et une Cour Suprême garante de la Constitution. Chaque branche dispose à part entière d'un pouvoir. Leur séparation, comme le démontrait James Madison, peut être maintenue en donnant à chaque branche un contrôle constitutionnel sur les autres⁹⁶¹.

L'architecture institutionnelle communautaire n'est pas fondée sur ce principe. En effet, il n'existe pas de pouvoir législatif mais une procédure législative dans laquelle le Conseil, le Parlement européen et la Commission ont chacun leur rôle à jouer. De plus, le pouvoir exécutif n'est pas détenu dans les mains d'une seule institution puisque celui-ci est exercé parfois par le Conseil mais aussi par la Commission, en fonction des règles du Traité et des délégations prévues par le droit dérivé⁹⁶². Dès lors, il n'existe pas, dans l'ordre juridique communautaire, un principe d'organisation institutionnelle fondé sur la séparation des pouvoirs mais une idée de représentation des intérêts⁹⁶³. Chaque institution est le dépositaire d'un intérêt particulier, à savoir l'intérêt de la Communauté, celui des Etats membres et celui des citoyens européens. Les institutions doivent donc agir dans les limites de leurs pouvoirs pour que soit respecté l'équilibre institutionnel dont la Cour de justice est garante.

Mais si les principes structurant la construction, d'une part, des Etats-Unis, et d'autre part, de l'ordre juridique communautaire, ne sont pas assimilables, leurs rôles sont identiques. En effet, comme le démontre Giandomenico Majone, le principe de la séparation des pouvoirs et celui de l'équilibre institutionnel partagent l'idée que l'utilisation de pouvoirs ou d'institutions différentes permettent à chacun d'entre eux de surveiller et de contrebalancer

⁹⁶⁰ Pour une évaluation de la place des ARI, en droit national des Etats membres, face au principe de séparation des pouvoirs, voir *supra*, p. 188 et s.

⁹⁶¹ Madison J., *Federalist*, n° 51, 6 février 1788, p. 347-353.

⁹⁶² Article 202 T.C.E. : « En vue d'assurer la réalisation des objets fixés par le présent traité et dans les conditions prévues par celui-ci, le Conseil: (...) dispose d'un pouvoir de décision, confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit. Le Conseil peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités. Il peut également se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution ».

⁹⁶³ Jacqué J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2006, n° 321 et s.

l'autre⁹⁶⁴. Cependant, les conséquences qui sont tirées de ces deux principes ne sont pas identiques.

En effet, la Cour Suprême, forte d'une construction institutionnelle établie depuis plus de deux siècles, ne s'est pas arrêtée aux exigences du principe de séparation des pouvoirs pour faire évoluer sa jurisprudence sur la « non délégation ». En principe, la Constitution américaine, n'autorise pas la délégation d'une partie des pouvoirs législatifs à l'exécutif, conformément à une interprétation stricte de la combinaison des articles 1 section 1, 1 section 8 et 2 section 3⁹⁶⁵. Cependant, la juridiction suprême n'a pas adopté cette position et a autorisé la délégation de pouvoirs tout en exigeant que celle-ci soit encadrée par des standards et une politique générale⁹⁶⁶. De même, les pouvoirs délégués ne peuvent être que d'importance secondaire et dans des limites définies par le législateur⁹⁶⁷. La Cour ne voit donc aucune inconstitutionnalité lorsque le Congrès des Etats-Unis délègue des pouvoirs en laissant un certain degré de discrétion à l'autorité délégataire tant qu'un acte législatif détermine un « principe intelligible » auquel ce dernier est tenu de se conformer⁹⁶⁸. Cette interprétation constructive du principe de « non délégation », conjuguée à une certaine marge de liberté accordée aux *Independent Regulatory Agencies* dans l'interprétation de leurs statuts institutifs, a finalement permis concilier le principe de la séparation des pouvoirs avec celui de l'octroi aux agences de pouvoirs conséquents⁹⁶⁹.

Une telle vision pragmatique de la Cour Suprême devrait inspirer la Cour de justice si un tel cas se présentait devant elle, d'autant plus que l'évolution connue aux Etats-Unis n'a

⁹⁶⁴ L'idée de « *check and balance* » est utilisée dans le texte (Majone G. : « *Strategy of regulatory reform* » in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, précité, p. 61). De manière générale, « si la répartition des pouvoirs entre les institutions communautaires n'obéit pas au schéma idéal de la séparation des pouvoirs chère à Montesquieu, elle n'en poursuit pas moins des objectifs comparables. La répartition des pouvoirs entre les institutions communautaires est révélatrice de la place réservée à des légitimités différentes au sein de l'appareil décisionnel communautaire et elle tend, dans une certaine mesure, à éviter la concentration des pouvoirs entre les mains d'un seul organe », Schmitter C. : « Principe d'équilibre institutionnel », in Barav A., Philip C., *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, précité, p. 473.

⁹⁶⁵ Article 1, section 1 : « Tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente constitution seront attribués à un Congrès des Etats-Unis, qui se composera d'un Sénat et d'une Chambre des représentants ». Article 1, section 8, paragraphe 18 : « Pouvoirs du Congrès. Le Congrès aura le pouvoir (...) de faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus énumérés et tous autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des Etats-Unis ou à l'un quelconque de ses départements ou agents ». Article 2, section 3 : « Obligations et pouvoirs du Président : (...) il veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées ».

⁹⁶⁶ *Panama Refining Co and al. v. Ryan and al.*, 293 U.S. 388 (1935).

⁹⁶⁷ *Ibid.*

⁹⁶⁸ Voir : *Touby v U.S.*, 500 U.S. 160 (1991). La doctrine du « principe intelligible » avait été dégagée dans l'arrêt de la Cour Suprême : *J.W. Hampton, Jr. & Co. v U.S.*, 276, U.S. 394, 409 (1928).

⁹⁶⁹ Voir : *Chevron U.S.A. Inc. v National Resources Defense Council Inc.* 467 U.S. 837 (1984). Zoller E., « Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis » Coll. Droit Fondamental, Droit politique et théorique, p. 1019.

absolument pas provoqué un abandon complet du contrôle et des limites entourant les délégations⁹⁷⁰. Dès lors, il convient de s'inscrire dans un mouvement doctrinal qui appelle à une adaptation de la conception de l'équilibre institutionnel dans le domaine particulier des organismes communautaires décentralisés⁹⁷¹. Cette adaptation apparaît d'autant plus crédible que la Cour de justice a déjà montré une évolution dans son appréhension générale du principe.

3 Une évolution de la conception communautaire de la délégation de pouvoirs à des autorités indépendantes

Selon la Cour de justice, le principe d'équilibre institutionnel, « créé par les traités »⁹⁷², implique une répartition des pouvoirs posée par ceux-ci et stabilisée à un moment donné⁹⁷³. En ce sens, son interprétation du Traité a contribué à faire évoluer le principe de manière significative. Ainsi, alors qu'elle le voyait dans la jurisprudence *Meroni* comme « une garantie fondamentale accordée par le traité, notamment aux entreprises et associations d'entreprises auxquelles il s'applique », elle a semblé revenir sur cette affirmation en déclarant que « le système de répartition des compétences entre les institutions a pour but d'assurer le respect de l'équilibre institutionnel (...), non la protection des particuliers »⁹⁷⁴. Par conséquent, d'une part, les motifs tenant aux garanties des justiciables qui sous-tendaient la jurisprudence *Meroni* ont disparu. D'autre part, l'équilibre institutionnel n'est plus regardé que comme un principe structurant les relations institutionnelles⁹⁷⁵. Dès lors, il se cantonne désormais dans les fonctions d'un principe de protection, destiné à garantir le respect du domaine de compétence de chaque institution.

⁹⁷⁰ Comme le précise la Cour Suprême dans l'arrêt *Loving v. US*, « *Another strand of our separation of powers jurisprudence, the delegation doctrine, has developed to prevent Congress from forsaking its duties (...). The fundamental precept of the delegation doctrine is that the lawmaking function belongs to Congress* », *Loving v. US*, 517 U.S. 748 (1996). Voir : Van der Mensbrugge F. : « *The danger of excessive delegations to independent administrative agencies : the example of the U.S.A.* », in Della Cananea G. (dir.) : « *European regulatory agencies* », éd. Rive droite, coll. ISUPE, 2005, p. 135.

⁹⁷¹ Geradin D., Petit N. : « *The development of agencies at EU and national levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 15 et s. ; Geradin D. : « *The development of european regulatory agencies : what the EU should learn from the american experience* », précité ; Yataganas X. : « *Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independent agencies* », précité ; Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, précité.

⁹⁷² Cf. pt. 21 de C.C.J.C.E., 22 mai 1990, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-70/88, concl. Van Gerven W., 30 novembre 1989, Rec.1990, p. I-2041 ; Chambault J.F., « L'ouverture du recours en annulation au Parlement européen: Aboutissement et cohérence d'une décennie de jurisprudence », *R.M.C.U.E.*, 1991, p. 40.

⁹⁷³ Schmitter C. : « Principe d'équilibre institutionnel », in Barav A., Philip C. : *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, précité, p. 473.

⁹⁷⁴ Cf. pt. 20 de C.C.J.C.E., 13 mars 1992, *Industrie- en Handelsonderneming Vreugdenhil BV c/ Commission*, aff. C-282/90, concl. Darmon M., 16 janvier 1992, Rec. 1992, p. I-1937 ; Constantinesco V., *J.D.I.*, 1993, p. 404 ; De Guillenchmidt M. et Bonichot, J.C., *L.P.A.*, 1992, n° 112, p. 11 ; Fines F., « Le recours en responsabilité extra-contractuelle de la Communauté économique européenne », *J.C.P. G.*, 1993 II 22093.

⁹⁷⁵ Voir Simon D., *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^{ème} éd., 2001, n° 296.

La Cour l'interprète aussi de façon très constructive de manière à faire évoluer l'équilibre entre les institutions. Dans la célèbre affaire *Les Verts contre Parlement européen*⁹⁷⁶, la Cour n'a pas hésité à faire prévaloir ce principe face à la lettre même de l'article 173 T.C.E. qui ne prévoyait pas, à l'époque, le Parlement européen en tant que défendeur ou même requérant dans le contentieux de la légalité. Ses actes ne pouvaient donc pas être attaqués par le biais d'un recours en annulation.

Cette conception du principe d'équilibre institutionnel doit aussi être appréciée au regard du cheminement de la délégation de compétences d'exécution. En effet, le pouvoir d'exécution a connu un certain nombre d'évolutions en droit communautaire notamment grâce à l'Acte unique et l'introduction de l'article 202 qui dispose que « le Conseil (...) confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit (...) »⁹⁷⁷. Par conséquent, « la délégation du pouvoir d'adopter des mesures d'exécution a été valorisée, puisque ces compétences d'exécution doivent être déléguées par le Conseil à la Commission, ce pouvoir exécutif délégué apparaissant désormais comme de droit commun »⁹⁷⁸. De plus, la Cour a retenu une conception de l'exécution de plus en plus large au fil de sa jurisprudence⁹⁷⁹, abandonnant l'exigence de la précision des éléments essentiels des compétences déléguées⁹⁸⁰, ce qui peut impliquer pour la Commission de disposer « d'une liberté d'appréciation importante, exclusive de tout automatisme »⁹⁸¹. Il

⁹⁷⁶ C.J.C.E., 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, aff. 294/83, concl. Mancini F., 4 décembre 1985, Rec. 1986, p. 1339 ; Bazex M. « Droit financier communautaire année 1986 - Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes sur les actes budgétaires », *R.T.D.E.*, 1987, p. 457 ; Cartou L., *D.*, 1986, p. 453 ; Constantinesco V., Simon D., *J.D.I.*, 1987, p. 409, *D.*, 1987, Jur., p. 79 ; Jacqué J. P., « Recours en annulation, campagne d'information pour l'élection du Parlement européen », *R.T.D.E.*, 1986, p. 500 ; Kovar R., *C.D.E.*, 1987, p. 314 ; Sace J., *Revue de droit international et de droit comparé*, 1987, p. 383.

⁹⁷⁷ L'article 10 de l'Acte Unique modifie l'ancien article 145 du Traité C.E.E. en ce sens (J.O.C.E., n° L 169, du 29 juin 1987, p. 1).

⁹⁷⁸ Blanquet M. : « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité, p. 59.

⁹⁷⁹ Cf. pt. 36 et 41 de C.J.C.E., 27 octobre 1992, *République fédérale d'Allemagne c/ Commission*, aff. C-240/90, concl. Jacobs F.G., 3 juin 1992, Rec. 1992, p. I-5383 ; Soulard C., *R.S.C.*, 1993, p. 147. En se fondant sur la jurisprudence *Koester* (notamment sur pt. 6 de C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Koester*, aff. 25/70, concl. Dutheillet de Lamothe A., 2 décembre 1970, Rec. 1970, p. 1161), la Cour estime que les dispositions en cause « établissent une distinction entre, d'une part, les règles qui, présentant un caractère essentiel pour la matière envisagée, doivent être réservées à la compétence du Conseil et, d'autre part, les règles qui, n'en étant que l'exécution, peuvent faire l'objet d'une délégation à la Commission », par conséquent « dès lors que le Conseil a fixé dans son règlement de base les règles essentielles de la matière envisagée, il peut déléguer à la Commission le pouvoir général d'en arrêter les modalités d'application sans avoir à préciser les éléments essentiels des compétences déléguées et que, pour ce faire, une disposition rédigée dans des termes généraux fournit une base d'habilitation suffisante ». Sur ce point, voir Artaud-Vignolet S., *Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne*, précitée, p. 151 et s.

⁹⁸⁰ C.J.C.E., 16 décembre 1998, *Florian Vorderbrüggen c/ Hauptzollamt Bielefeld*, aff. C-374/96, concl. Léger P., 17 septembre 1998, Rec. 1998, p. I-8385.

⁹⁸¹ Cf. pt. 14 de C.J.C.E., 14 mars 1973, *Westzucker GmbH c/ Einfuhr und Vorratsstelle für Zucker*, aff. 57/72, concl. Mayras M., 20 février 1973, Rec. 1973, p. 321.

semble donc « désormais acceptable d'admettre que les autorités délégataires de compétences exécutives, disposent d'un pouvoir d'appréciation »⁹⁸².

Ces évolutions ne sont pas directement transposables au champ particulier de la délégation de pouvoirs à un organisme communautaire décentralisé. Cependant, ils traduisent un état d'esprit de la Cour de justice plus ouvert aux nécessités de l'organisation administrative actuelle. En ce sens, Edoardo Chiti estime que le principe de l'équilibre institutionnel a encore toute sa place face au problème posé par les agences européennes si leur création altère l'équilibre général établi entre les institutions par les Traités⁹⁸³. Cependant, la Cour ne définit pas exactement le rôle de chaque institution, mais regarde si « l'inventivité d'une autorité communautaire respecte dans une juste mesure le rôle des autres »⁹⁸⁴. Elle examine les effets de son action dans la sphère des pouvoirs publics qui partagent les compétences relatives aux fonctions communautaires⁹⁸⁵. Une telle orientation de la Cour lui a permis « d'une part, de ne pas limiter la création de nouvelles pratiques institutionnelles par les pouvoirs publics communautaires, même dans le cas où cela implique la création de nouvelles instances et, d'autre part, de placer ce "procédé créatif" dans le contexte d'un dialogue interinstitutionnel visant à maintenir des relations permanentes entre les institutions »⁹⁸⁶. Dans cette optique, il est tout à fait envisageable que la Cour de justice, si elle avait à connaître d'un recours contre un règlement instituant une autorité européenne de régulation indépendante et dotée de pouvoirs discrétionnaires, estime qu'il s'agit d'un « procédé créatif » acceptable.

En attendant la proposition par la Commission d'un tel règlement, dont dépend finalement toute évolution jurisprudentielle sur la délégation de pouvoirs discrétionnaires à une autorité indépendante, seule une révision des Traités est envisageable, quoique compromise à court terme.

⁹⁸² Blanquet M. : « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité, p. 59.

⁹⁸³ Chiti E. : « *Beyond Meroni : the Community legitimacy of the provisions establishing the european agencies* » in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, éd. Rive droite, coll. ISUPE, 2005, p. 81.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ *Ibid.*

B L'hypothèse ajournée d'une base juridique dans les Traités

L'introduction d'une base juridique spécifiquement consacrée aux agences de régulation européennes est une hypothèse qui a été envisagée, mais qui est temporairement ajournée par la signature, le 13 décembre 2007, du Traité de Lisbonne⁹⁸⁷. En effet, si celui-ci reconnaît explicitement l'existence d'organes ou d'organismes de l'Union, implicitement donc les agences européennes, il n'a introduit aucune disposition permettant ou encadrant leur création. Le Parlement y était pourtant favorable⁹⁸⁸, mais aucune initiative dans ce sens n'a été lancée, suivant en cela les sillons de la Convention chargée de présenter ses propositions sur un Traité établissant une Constitution pour l'Europe⁹⁸⁹. Bien qu'elle soit temporairement ajournée, l'idée pourrait être envisagée selon deux formules relativement différentes.

En premier lieu, comme le souligne Stéphane Rodrigues, il conviendrait de reconnaître un statut pérenne aux autorités européennes de régulation⁹⁹⁰. Il proposait, entre autres, d'introduire dans les Traités un article intitulé « Des autorités européennes de régulation » permettant au législateur communautaire « d'instituer, en tant que de besoin, une autorité européenne de régulation dotée de la personnalité juridique et chargée de la mise en oeuvre et du respect d'une réglementation communautaire particulière, dans un secteur déterminé et en collaboration avec la Commission »⁹⁹¹. L'acte, pris en ce sens, préciserait le statut de chaque autorité, les modalités d'exercice des compétences qui lui sont conférées et l'ensemble des règles relatives à la collaboration avec la Commission. Si cette voie apparaît tout à fait envisageable pour la création d'autorités européennes de régulation, elle ne fait pas apparaître l'indépendance de celles-ci.

En second lieu, il pourrait être possible d'envisager la création d'autorités européennes de régulation véritablement indépendantes sur le modèle de la Banque centrale européenne (B.C.E.). Certes, la Banque centrale européenne n'est pas une simple autorité. Son statut a longuement été débattu et devrait être clarifié par le Traité de Lisbonne qui en fait

⁹⁸⁷ Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, précité.

⁹⁸⁸ Rapport du Parlement européen, Commission des affaires constitutionnelles, sur le Livre blanc de la Commission « Gouvernance européenne », du 15 novembre 2001, A5-0399/2001 final, p. 20. La Délégation pour l'Union européenne de l'Assemblée nationale française « recommande que, le moment venu, une base juridique soit insérée dans un Traité afin de clarifier la définition des agences et leur cadre juridique », Rapport sur les agences européennes, par Christian Philip, précité.

⁹⁸⁹ Sur ce point, voir : Gaudina M. : « *The european regulatory agencies and the draft constitutional Treaty* » in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, éd. Rive droite, coll. ISUPE, 2005, p. 85.

⁹⁹⁰ Rodrigues S. : « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation. », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1179.

⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 1182.

officiellement une institution de l'Union⁹⁹². Aussi radicale qu'elle puisse apparaître, l'idée de s'inspirer du modèle de la B.C.E., sans pour autant créer de nouvelles institutions, a été envisagée par certains auteurs ainsi que par les propositions de la Commission⁹⁹³.

Le Système européen de banques centrales est composé de la Banque centrale européenne et des banques centrales nationales⁹⁹⁴. La Banque centrale européenne est un organisme doté de la personnalité juridique dont l'indépendance est garantie de manière très claire par le Traité vis-à-vis « des institutions ou organes communautaires, des gouvernements des Etats membres ou de tout autre organisme »⁹⁹⁵. Elle peut, dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions, arrêter des règlements et des décisions ainsi qu'édicter des recommandations et avis. De plus, si une entreprise ne respecte pas ses actes destinés à produire des effets juridiques, la Banque centrale européenne est habilitée à infliger des amendes et des astreintes selon les conditions arrêtées par le Conseil⁹⁹⁶.

Elle est composée d'un conseil des gouverneurs des banques centrales nationales et d'un directoire composé d'un président, d'un vice-président et de quatre autres membres nommés d'un commun accord par les gouvernements des Etats membres sur recommandation du Conseil après consultation du Parlement européen et du conseil des gouverneurs. Le président du Conseil et un membre de la Commission peuvent participer sans voix délibérative aux réunions du conseil des gouverneurs.

⁹⁹² Article 1 paragraphe 14 Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, précité.

⁹⁹³ Viviane Reding, Commissaire européen responsable de la société de l'information et des médias, et Roberto Viola, Président de l'E.R.G., évoquaient « la transformation de l'ERG en un système fédéral de régulateurs nationaux (configuré sur le modèle du Système Européen de Banques Centrales) », in « *Joint Statement by Viviane Reding, EU Telecom and Media Commissioner and Roberto Viola, Chairman of the E.R.G. after their meeting on 27 February 2007 on the forthcoming reform of the EU's Regulatory Framework for electronic communications* », MEMO/07/87, 27 février 2007 ; proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 12 ; Scott C. : « *Agencies for european regulatory governance : a regimes approach* », in Geradin D., Muñoz R., Petit N., *Regulation through Agencies in the EU. A new paradigm of European governance*, Ed. Edward Elgar, 2005, p. 73 ; Stoffaës C., *Vers une régulation européenne des réseaux*, Coll. ISUPE, novembre 2003, p. 78. Majone G. : « *Strategy of regulatory reform* » in Della Cananea G. (dir.), *European regulatory agencies*, précité, p. 67.

⁹⁹⁴ Article 107 T.C.E. ; règlement (CE) N° 2532/98 du Conseil, du 23 novembre 1998, concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions (J.O.C.E., n° L 318, du 27 novembre 1998, p. 4).

⁹⁹⁵ Article 108 T.C.E. : « Dans l'exercice des pouvoirs et dans l'accomplissement des missions et des devoirs qui leur ont été conférés par le présent traité et les statuts du S.E.B.C., ni la B.C.E., ni une banque centrale nationale, ni un membre quelconque de leurs organes de décision ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions ou organes communautaires, des gouvernements des Etats membres ou de tout autre organisme. Les institutions et organes communautaires ainsi que les gouvernements des États membres s'engagent à respecter ce principe et à ne pas chercher à influencer les membres des organes de décision de la BCE ou des banques centrales nationales dans l'accomplissement de leurs missions ».

⁹⁹⁶ Article 110 T.C.E.

Les institutions communautaires ont des pouvoirs réduits de contrôle de la B.C.E. En effet, le Parlement a un pouvoir consultatif et la Commission n'a qu'une mission de surveillance. Le président du Conseil peut soumettre une motion à la délibération du conseil des gouverneurs. Les actes de la B.C.E. susceptibles de produire des effets juridiques à l'égard des tiers sont cependant soumis au contrôle de légalité de la Cour de justice conformément à l'article 230 du T.C.E.

Il va sans dire que cette configuration apparaît idéale pour garantir l'indépendance d'une autorité de régulation européenne, dans les secteurs envisagés, tout en lui conférant les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour une entière coordination de l'activité des instances nationales. En outre, ceci ne supposerait pas un saut conceptuel visant à confier une partie de la politique des services publics à une entité indépendante. Le statut de la B.C.E., même s'il trouve sa justification dans une compétence communautaire exclusive, la politique monétaire, peut être envisagé pour une compétence partagée. De plus, il serait tout à fait concevable de ne confier à l'autorité européenne de régulation indépendante que des compétences techniques et limitées. Cela n'enlèverait en rien sa capacité à édicter des actes réglementaires, des décisions individuelles et des sanctions, sous le contrôle de la Cour de justice, comme ce qui est prévu pour la B.C.E.

Cependant, au-delà de l'obstacle politique qui pourrait empêcher une telle disposition dans les Traités, cette solution comporte en elle-même certains inconvénients. En effet, envisager la rédaction d'un article ne peut se faire que de manière générale. Il n'est pas concevable de prévoir uniquement une disposition dans le domaine de l'énergie et une dans celui des communications électroniques puisque d'autres secteurs, comme par exemple les postes, appelleront peut-être aussi la création d'une autorité⁹⁹⁷. De plus, comme dans l'ordre juridique interne, graver dans un texte fondateur l'existence d'une autorité de régulation pourrait nuire à l'instabilité juridique qui est un des moteurs de son efficacité⁹⁹⁸. Dès lors, il faudrait prévoir une disposition habilitant une mesure de droit dérivé à créer une autorité dans un secteur ou un autre. Cependant, cette disposition devrait être assez générale et ne devrait pas prévoir de structure déterminée. En effet, tous les secteurs n'imposent pas la même structure pour une autorité européenne de régulation. La situation actuelle du marché de l'énergie et de celui des communications électroniques implique une autorité indépendante,

⁹⁹⁷ Pour une opinion contraire, voir : Dayan E. : « Services d'intérêt économique général et postes », in Louis J.-V., Rodrigues S. (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 325.

⁹⁹⁸ Voir *supra*, p. 217 et s.

mais il n'est pas certain que dans quelques années les Etats membres soient encore propriétaires de leur opérateur historique. Dans ce cas, la Communauté européenne aura peut-être besoin d'une autorité de régulation qui confère une fonction plus directe aux représentants des gouvernements nationaux. Les nécessités de la régulation des marchés s'accoutument assez mal d'une structure dénuée de toute capacité d'évolution.

Par conséquent, l'introduction dans les Traités d'une telle base juridique n'est pas plus recommandable que l'initiative de la Commission visant à uniformiser la structure des autorités de régulation dans un accord interinstitutionnel sur leur encadrement⁹⁹⁹. En revanche, l'idée de susciter une évolution jurisprudentielle sur la délégation de pouvoirs à des organismes décentralisés apparaît plus souhaitable. Elle laisserait une marge de manoeuvre aux institutions communautaires pour créer, par voie réglementaire, de véritables autorités européennes de régulation indépendantes adaptées aux exigences évolutives de l'organisation des marchés.

§2 Une véritable autorité de régulation européenne indépendante (A.R.E.I.)

Créer une véritable autorité de régulation européenne indépendante (A.R.E.I.) répond à une double nécessité. Il s'agit d'une part de la visibilité, dans la mesure où l'autorité qui dispose de la compétence technique doit aussi être celle qui décide pour que les opérateurs sachent vers qui se diriger. D'autre part, elle répond à la nécessité de l'efficacité, pour que les délais de réactivité du régulateur soient raccourcis au maximum. En effet, en confiant un pouvoir consultatif à l'autorité et le pouvoir de décision à la Commission, deux expertises sont nécessaires : la première de l'autorité et la deuxième de la Commission, *a priori* non spécialiste, sur l'avis de l'autorité. Dès lors, il conviendrait de confier le pouvoir décisionnel à l'autorité européenne dans les domaines où sa connaissance du secteur le justifie (A). Enfin, pour surveiller des secteurs dont les perturbations ont des conséquences importantes, comme celui de l'énergie, un pouvoir de réglementation est nécessaire (B). Il permettrait à l'autorité de fixer les conditions techniques applicables aux acteurs du marché. La surveillance de ces secteurs implique aussi la sanction des comportements contraires à cet ensemble de règles ou mesures individuelles (C).

⁹⁹⁹ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

A Un pouvoir de décision individuelle étendu

L'octroi de pouvoirs de décision individuelle aux autorités européennes de régulation est actuellement limité par une certaine interprétation de la jurisprudence *Meroni*¹⁰⁰⁰. Selon le livre blanc de la Commission, un pouvoir de décision ne peut être attribué dans des domaines où les autorités devraient arbitrer des conflits entre des intérêts publics, exercer un pouvoir d'appréciation politique ou procéder à des évaluations économiques complexes et doit donc se limiter aux situations dans lesquelles seul un intérêt public prédomine et où les tâches à accomplir requièrent une compétence technique particulière¹⁰⁰¹. Cependant, il apparaît que, dans ses propositions, la Commission est déjà allée au-delà de ces critères.

Il en est ainsi dans le domaine énergétique. En effet, l'ACRE devrait pouvoir accorder des dérogations aux dispositions du cadre réglementaire si les nouvelles infrastructures gazières se situent sur le territoire de plus d'un Etat membre ou dans le cas de nouvelles interconnexions transfrontalières en courant électrique continu¹⁰⁰². Ces dérogations, décisions individuelles, devraient être octroyées, entre autres, si l'investissement accroît la concurrence en matière de fourniture, si le risque associé à l'investissement est tel que l'investissement ne serait pas effectué si la dérogation n'était pas accordée, et si la dérogation ne porte atteinte ni à la concurrence ni au bon fonctionnement du marché intérieur, ni au bon fonctionnement du réseau réglementé auquel l'interconnexion est reliée¹⁰⁰³. Pour édicter sa décision, l'Agence devrait prendre en compte, au cas par cas, la nécessité d'imposer des conditions concernant la durée de la dérogation et l'accès sans discrimination à l'interconnexion, la capacité additionnelle à construire ou de la modification de la capacité existante, la perspective du projet et des circonstances nationales¹⁰⁰⁴. Il existe d'autres conditions, cependant, la simple énonciation de celles-ci témoigne de manière flagrante que l'Agence risque d'exercer un pouvoir d'appréciation politique et de procéder à des évaluations économiques complexes.

¹⁰⁰⁰ C.J.C.E., 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA*, précité, pt. 53.

¹⁰⁰¹ Commission, Livre blanc, « Gouvernance européenne », précité, p. 28 et 29. Selon le Groupe de travail 3a sur le Livre blanc : « si le destinataire de la décision individuelle est un Etat membre (...), il s'agit d'une décision politiquement sensible et difficilement déléguable à une agence. Ensuite, il doit s'agir d'un domaine technique spécialisé, autrement dit les décisions individuelles doivent s'inscrire dans un domaine où un objectif clairement défini encadre la décision individuelle (...); dans les autres cas, la pondération des décisions entre plusieurs objectifs supérieurs impliquera une marge d'appréciation importante, relevant du politique ou d'une appréciation économique complexe, ce qui empêche d'attribuer le pouvoir de décision pertinent à une agence », Livre blanc sur la gouvernance, chantier numéro 3 : « Mieux exercer les responsabilités exécutives », rapport du groupe de travail 3a : « Etablissement d'un cadre pour les agences de régulation à vocation décisionnelle », juin 2001, p. 5.

¹⁰⁰² Article 8 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précité.

¹⁰⁰³ Article 7 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, du 19 septembre 2007, modifiant le règlement (CE) n° 1228/2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité COM (2007) 531 final.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*

Elle est donc susceptible de disposer d'un pouvoir discrétionnaire, bien au-delà de ce que pourrait autoriser la jurisprudence *Meroni*¹⁰⁰⁵.

Le rapporteur du Parlement européen sur la proposition de la Commission ne s'en est pourtant pas inquiété¹⁰⁰⁶. Il est même convaincu « de la nécessité d'aller au-delà des propositions de la Commission (...), et de créer une Agence disposant de plus d'indépendance et de pouvoirs décisionnels (...) pour gérer des situations transfrontalières et permettre une coopération efficace entre les gestionnaires de réseau de transport (GRT) et les régulateurs nationaux de l'énergie »¹⁰⁰⁷. En effet, il convient de remarquer que la Commission a principalement proposé un pouvoir de décision individuelle dans les domaines où, sous l'empire de l'actuel cadre réglementaire, elle dispose de celui-ci. En revanche, en ce qui concerne les méthodes de coopération entre gestionnaires de réseaux, entre A.R.N. et sur les situations transfrontalières appelant une décision d'attribution de compétences, il reste beaucoup à faire.

Ainsi, il serait opportun de généraliser, dans la plupart des secteurs où les propositions de la Commission prévoient une consultation des autorités européennes puis une décision édictée par elle-même, d'attribuer cette compétence directement à l'autorité européenne. Si la Commission ne voit pas de pouvoir discrétionnaire contraire à la jurisprudence de la Cour dans la procédure précitée, le motif de la technicité y est probablement pour une large part. Dès lors, cette justification peut être étendue à d'autres domaines. Cela éviterait que la Commission n'ait à vérifier, sans d'ailleurs disposer de l'expertise nécessaire pour ce faire, l'ensemble des éléments fondant les avis de l'autorité avant de prendre elle-même la décision.

De plus, aucune des deux propositions ne prévoit de disposition lorsqu'un conflit de compétence survient entre deux autorités de régulation nationales. Dans le secteur des communications électroniques ces hypothèses sont résolues par la concertation entre régulateurs¹⁰⁰⁸. Un pouvoir de décision, visant à déterminer l'autorité compétente pourrait aider à éclaircir cette phase de la procédure administrative européenne qui manque de transparence. En outre, la possibilité pour l'autorité européenne de régulation de déterminer concrètement les obligations respectives des A.R.N. impliquées dans un litige transfrontalier aiderait à la visibilité et à la clarté du processus.

¹⁰⁰⁵ C.J.C.E., 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA*, précité, pt. 53.

¹⁰⁰⁶ Renato Brunetta, *Projet de rapport sur la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie*, précité, p. 30.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁰⁸ Voir *supra* p. 641 et s.

B Un pouvoir réglementaire technique

Plus généralement sur le thème de la collaboration entre autorités de régulation nationales, mais aussi entre gestionnaires de réseaux de transport et entre ces derniers et la Commission, les autorités de régulation européennes devraient disposer de la capacité d'édicter des règles contraignantes. La Commission ne propose que la faculté d'émettre des avis destinés aux gestionnaires de réseaux de transports. Le rapporteur du Parlement européen voudrait, en plus des avis, la capacité pour l'Agence d'édicter des recommandations et des décisions dans ce domaine¹⁰⁰⁹. Cependant, les recommandations ont cet inconvénient de vouloir lier sans en avoir la force juridique. Dans un secteur aussi risqué que les réseaux énergétiques, il faut se demander, avant de connaître des *black out* répétés dûs en partie à une mauvaise coordination des capacités d'interconnexion, si des règles claires et dont la méconnaissance serait sanctionnée ne deviennent pas nécessaires. Dans la même idée, la Commission critique l'absence de coordination des pratiques des autorités de régulation nationales mais ne propose pas de donner aux autorités européennes les pouvoirs suffisants pour édicter des règles de coordination. Enfin, en termes de sécurité juridique, il n'est nul besoin de souligner l'intérêt contentieux de l'acte normatif par rapport aux recommandations, codes de bonnes pratiques et autres mesures incitatives. Certes, la « déréglementation » peut avoir ses vertus¹⁰¹⁰, mais celles-ci trouvent leur limite lorsque des préoccupations d'intérêt général comme la sécurité de l'approvisionnement énergétique doivent rentrer en ligne de compte.

En outre, il convient de préciser que le pouvoir réglementaire dont disposerait l'autorité serait à la fois limité dans un champ d'activité précis tout en étant fortement conditionné par l'acte instituant les autorités. Il s'agit ici de cantonner le pouvoir discrétionnaire sur des mesures techniques justifiant son activité normative. L'idée est de limiter le plus possible toute intervention d'une autorité dans un domaine où elle aurait à concilier des intérêts publics divergents et dont la portée pourrait avoir des conséquences politiques. Il n'est, par exemple, pas question d'envisager un règlement contraignant les Etats membres à investir dans les infrastructures de réseaux. Par contre, un acte normatif fixant les conditions de sécurité que les gestionnaires de réseaux de transport doivent respecter est tout à

¹⁰⁰⁹ Renato Brunetta, *Projet de rapport sur la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie*, précité, p. 10.

¹⁰¹⁰ Pour les différentes acceptions de la notion de « déréglementation » : voir : Linotte D., Romi R., *Services publics et droit public économique*, quatrième édition, Litec, 2001, p. 308.

fait concevable. En ce sens, le règlement de base pris par le législateur communautaire doit encadrer la capacité normative de l'autorité et indiquer les matières et l'objectif des actes envisagés tout en précisant strictement les conditions essentielles de ceux-ci.

C Un pouvoir de sanction strictement défini

Pour renforcer l'autorité des entités européennes mais aussi pour assurer une surveillance crédible des secteurs envisagés, un pouvoir de sanction devrait leur être octroyé¹⁰¹¹. La Commission prévoit uniquement qu'elle pourra imposer des sanctions financières aux entreprises qui n'ont pas délivré les informations requises par l'A.E.M.C.E.¹⁰¹². Ce pouvoir devrait être détenu par l'autorité elle-même et être étendu à l'ensemble des infractions aux décisions et actes réglementaires édictés par celle-ci. Il s'agirait de retraits d'autorisation ou de licence (pour l'A.E.M.C.E.) tout comme des sanctions financières pour manquement aux dispositions réglementaires.

La Banque centrale européenne fournit sur ce point un exemple intéressant d'entité européenne dotée d'un pouvoir de sanction qui pourrait être suivi. Elle peut infliger des amendes ou des astreintes aux entreprises qui ne respectent pas une obligation découlant d'un règlement ou d'une décision qu'elle a édicté¹⁰¹³. Ces deux types de sanctions sont quantitativement limités par des plafonds chiffrés. De plus, lorsqu'elle décide d'infliger une sanction et qu'elle en détermine le montant approprié, la B.C.E. doit être guidée par le principe de proportionnalité. Elle tient compte, le cas échéant, de circonstance aggravantes ou atténuantes telles que la bonne foi de l'entreprise, la gravité des conséquences de l'infraction, la répétition, ou la durée de l'infraction. Des règles de procédure tenant compte du principe du contradictoire et visant, entre autres, l'obtention de preuves, les notifications motivées, les délais et voies de recours, sont aussi strictement définis.

En se basant sur cet exemple, le pouvoir d'infliger des amendes et astreintes pourrait être envisagé pour les autorités européennes de régulation indépendantes. Le conseil des régulateurs déciderait d'engager ou non une procédure d'infraction en agissant de sa propre

¹⁰¹¹ Sur ce pouvoir dans l'ordre juridique communautaire, voir : Poemans M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire, contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, thèse, Bruylant, 2004, not., p. 160 et s.

¹⁰¹² Article 43 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée.

¹⁰¹³ Règlement (CE) N° 2532/98, précité. Voir, Poemans M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire, contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, précité, p. 182 et s.

initiative ou sur plainte émanant des institutions communautaires, des Etats membres et de toute personne physique ou morale faisant valoir un intérêt légitime. En effet, comme en droit de la concurrence communautaire¹⁰¹⁴ ou pour certaines autorités de régulation nationales¹⁰¹⁵, la possibilité de recevoir une plainte de la part de l'ensemble des personnes concernées par le bon fonctionnement du marché élargit le champ de contrôle de l'instance.

Cependant, confier de tels pouvoirs à une autorité indépendante ne peut faire l'économie d'un encadrement procédural adapté. En ce sens, l'expérience américaine peut servir de référence à la fois pour ses règles assez contraignantes mais aussi pour une « codification » donnant aux autorités une certaine légitimité et transparence procédurale. Il convient néanmoins de remarquer que les dispositions communautaires offrent un cadre juridique de plus en plus complet et qu'une codification incitative est déjà mise en place.

Section III : La conciliation par l'encadrement des autorités de régulation européennes indépendantes

En l'état actuel du droit, une autorité européenne indépendante est tout à fait concevable. Cependant, il n'en est pas de même pour une autorité adaptée aux nécessités actuelles de l'appréhension communautaire de la régulation, plus précisément une autorité disposant, entre autres, de pouvoirs discrétionnaires. Les limites sont principalement d'ordre conceptuel. Il faudrait admettre que des autorités indépendantes puissent arbitrer entre des intérêts divergents. Autrement dit, une entité différente de la Commission pourrait agir en considération de l'intérêt général communautaire. Ce saut conceptuel a déjà été effectué dans les Etats membres ainsi qu'aux Etats-Unis. Pourquoi ne pourrait-il pas être réalisé dans un ordre juridique comme l'Union européenne ? Les orientations du Traité de Lisbonne laissent entrevoir qu'une évolution à court terme vers un système octroyant de larges pouvoirs à des entités indépendantes n'est pas envisageable. Cependant, d'autres indices permettent de dire qu'un mouvement est initié dans ce sens. Il en est ainsi de la constatation faite précédemment que certains pouvoirs proposés pour l'ACRE sont des pouvoirs discrétionnaires¹⁰¹⁶. De même

¹⁰¹⁴ Article 7 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (J.O.C.E., n° L 1, du 4 janvier 2003, p. 1).

¹⁰¹⁵ Voir *supra* p. 433 et s.

¹⁰¹⁶ Voir *supra*, p. 812 et s.

l'effort de la Commission pour encadrer les agences témoigne peut-être d'une évolution à venir¹⁰¹⁷.

Dès lors, en partant de l'hypothèse d'une autorité européenne de régulation disposant d'une indépendance garantie et de pouvoirs étendus, il convient d'envisager, au regard de ce qui est déjà prévu par le droit communautaire, mais aussi en s'inspirant de l'expérience des Etats-Unis, les modalités d'un encadrement efficace. Elles passent à la fois par l'idée d'un « équilibre interpolable », c'est-à-dire un contrôle exercé par une pluralité d'institutions qui permet de dire que l'organisme est sous contrôle sans être subordonné (§1), mais aussi par une uniformisation de l'encadrement donnant une certaine transparence et la légitimité procédurale qui manque aux autorités (§2).

§1 L'« équilibre interpolable » de l'encadrement

L'équilibre entre indépendance et encadrement constitue le noeud gordien de la bonne gouvernance des agences. En effet, l'indépendance, pour être acceptable, suppose un système efficace de reddition de comptes. Aux Etats-Unis, l'antinomie entre indépendance et contrôles a trouvé un équilibre qualifié d'« interpolable »¹⁰¹⁸. Il se fonde sur l'idée d'un ensemble de mécanismes de vérifications complémentaires et qui se chevauchent, au lieu de postuler que le contrôle doit s'exercer nécessairement à partir d'un point fixe du système. Il se matérialise par une combinaison d'instruments de contrôle comme des objectifs bien définis, une supervision exercée par des commissions spécialisées du Congrès, le pouvoir de nomination confié au Président, des exigences de procédure strictes, l'obligation de justifier les projets de régulation par une analyse de rentabilité, des principes professionnels, la participation du public, un contrôle juridictionnel portant sur le fond¹⁰¹⁹. Tous ces points ne sont pas transposables en l'état dans l'ordre juridique communautaire, mais l'idée du contrôle diffus et transparent ainsi que certaines techniques d'évaluation peuvent servir de source d'inspiration.

Dans l'ordre juridique communautaire, comme il a été précisé précédemment¹⁰²⁰, l'indépendance vis-à-vis de la Commission ne doit être envisagée que pour externaliser la fonction de régulation, dans la mesure où celle-ci n'est pas « juge et partie ». Autrement dit, il

¹⁰¹⁷ Voir : « La Commission prône l'adoption d'une approche commune en ce qui concerne le futur système de gouvernance des agences européennes », IP/08/419, précité. Voir aussi : Europolitique, n° 3490, précité, p. 9.

¹⁰¹⁸ Voir *supra* p. 80 et s.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ Voir *supra* p. 740 et s.

convient de protéger l'organe décisionnel des autorités de l'influence politique de la Commission, mais cela n'empêche aucunement d'organiser, en s'inspirant de l'expérience des Etats-Unis¹⁰²¹, un système de reddition de comptes devant cette branche de l'exécutif communautaire. Cependant, pour éviter tout soupçon d'influence ou de capture, le rôle de la Commission doit se cantonner à une évaluation *ex post* et non disposer d'une capacité d'orientation ou même de contrainte. La reddition de comptes ne doit cependant pas uniquement être envisagée vis-à-vis de la Commission. Le Conseil, dans les limites imposées par l'indépendance de l'autorité, le Parlement européen et la Cour des comptes doivent certainement avoir leur rôle à jouer dans l'efficacité de l'encadrement des autorités de régulation européennes indépendantes.

Deux types de contrôles participent aux objectifs de la bonne gouvernance. Il s'agit d'une évaluation de l'efficacité de l'action des autorités (A) et d'un contrôle plus particulier sur les actes juridiques qu'elle émet (B). Ils sont d'ores et déjà organisés de façon relativement satisfaisante pour l'ensemble des organismes communautaires décentralisés¹⁰²². Ces contrôles sont aussi repris dans les deux propositions de la Commission visant à créer l'A.E.M.C.E. et l'ACRE. Ils peuvent cependant être reconsidérés en donnant toute sa place à la Commission européenne.

A Un contrôle d'efficacité sur l'activité des A.R.E.I.

L'efficacité d'une autorité de régulation s'évalue à la fois sur l'impact de son activité, mais aussi sur la bonne gestion financière de celle-ci.

1 Les contrôles d'efficacité administrative

Le premier moyen de contrôle, à l'initiative de la Commission elle-même, réside bien sûr dans la proposition de faire disparaître l'autorité. Conformément à la procédure législative

¹⁰²¹ Sans pour autant que le contrôle ne se transforme en un contrôle politique, ce qui pourrait être le cas aux Etats-Unis dans la mesure où, sous couvert d'une évaluation de l'efficacité de l'activité des agences, l'*Office of management and budget* peut négocier des modifications sur les mesures envisagées par les agences ou même s'y opposer. A la différence des Etats-Unis, les organismes communautaires décentralisés ne devraient pas disposer de si larges pouvoirs mais uniquement ceux dont la technicité impose une analyse de personnalités spécialisées. Sur le contrôle de l'O.M.B., voir : Yataganas X. : « *Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independant agencies* », précité, p. 45.

¹⁰²² Selon Marc Blanquet, les institutions peuvent assurer un contrôle crédible par le biais d'un pouvoir de nomination des dirigeants et d'un pouvoir de contrôle financier, Blanquet M. : « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in Couzinet J.-F. (dir.) : *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité, p. 63.

utilisée pour la créer, qui semble s'orienter vers l'article 95 du Traité¹⁰²³, il s'agirait donc d'un pouvoir détenu à la fois par le Parlement et le Conseil selon la procédure de codécision.

La Commission pourrait proposer une telle option en se fondant sur l'évaluation qu'elle devrait être tenue de faire de l'autorité, conformément à ses propositions actuelles. En effet, dans les quatre ou cinq ans qui suivent le début effectif des activités de ces organismes, et tous les cinq ans par la suite, la Commission devrait publier un rapport sur l'expérience tirée de leur fonctionnement¹⁰²⁴. L'évaluation porterait à la fois sur les résultats obtenus, les méthodes de travail et leur adaptation aux objectifs, le mandat et les tâches accomplies. Au regard de ces évaluations, outre l'opportunité de suppression de l'autorité, la Commission pourrait aussi envisager et proposer une ou plusieurs modifications du règlement institutif, ce qui n'est pas prévu explicitement pour l'A.E.M.C.E. et l'ACRE.

Cependant, ces évaluations ne sont peut-être pas suffisantes. En effet, comment affirmer qu'une autorité est efficace si elle n'est contrôlée que tous les cinq ans ? De plus, les rapports annuels prévus dans les textes n'ont pas une fonction réelle d'évaluation, mais plutôt d'autolégitimation de l'entité qui l'émet¹⁰²⁵. Sans dénier la surcharge de travail que pourrait impliquer une intensification de l'évaluation des autorités de régulation européennes, sa mise en oeuvre paraît importante. Pour ce faire, l'exemple des *Regulatory Impact Analysis* (RIA) devrait être considéré¹⁰²⁶. Il s'agit d'une procédure mise en oeuvre aux Etats-Unis obligeant les *Independent Regulatory Agencies* à soumettre leurs actes normatifs à une analyse évaluant les coûts et bénéfices de l'action. Le RIA et la mesure envisagée sont envoyés à l'*Office of Management and Budget*, contrôlée par le pouvoir exécutif. Dans la même idée, les autorités européennes de régulation, avant toute mesure réglementaire, devraient mener une étude d'impact détaillée. Celle-ci serait publiée et transmise à la direction de la Commission compétente, pour une double évaluation. La première serait théorique et prospective : elle porterait sur la nécessité de l'action au sens de la Commission. La deuxième serait pratique et rétrospective : elle tendrait à vérifier, après un certain délai, si la mesure a bien atteint les

¹⁰²³ Voir proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée, p. 8 ; proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée, p. 48.

¹⁰²⁴ Article 55 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée ; article 30 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

¹⁰²⁵ Sur ce point pour les autorités de régulation nationales, voir *supra* p. 356 et s. et p. 455 et s. Article 26 paragraphe 11 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée ; article 10 paragraphe 10 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

¹⁰²⁶ *Executive Order* 12291, 46 FR 13193.

objectifs envisagés. Les rapports de la Commission sur la mise en oeuvre de la réglementation sectorielle et l'évolution du marché intérieur seraient l'occasion de faire le point sur l'activité normative de l'autorité et d'assurer une large communication sur l'évaluation de celles-ci.

Toujours dans le cadre du contrôle de l'efficacité des autorités envisagées, leurs directeurs devraient être tenus de se présenter, sur demande du Parlement européen ou du Conseil, pour rendre compte de l'exercice de leurs fonctions¹⁰²⁷. Cependant, il apparaît que cette disposition, commune à l'ensemble des agences, est mise en oeuvre de différentes manières. En effet, une lecture stricte permet au Parlement d'inviter le directeur exécutif à rendre compte de son activité, ce qui se traduit généralement par des comparutions devant la Commission spécialisée sur la matière (Industrie, recherche et énergie ; Marché intérieur et protection des consommateurs, pour les cas envisagés) ou les Commissions transversales (Affaires juridiques ; Contrôle budgétaire). Certaines agences voient aussi le Parlement européen comme un partenaire institutionnel. Par exemple, l'agence européenne de l'environnement travaille en étroite collaboration avec les parlementaires, soit en organisant des réunions de travail, en leur communiquant nombre de documents, rapports et avis, tout en présentant formellement le travail annuel par le biais du directeur devant la Commission compétente¹⁰²⁸. Par ce biais, les organismes décentralisés s'insèrent dans le processus normatif communautaire et mettent en avant l'efficacité de leur expertise. Même si la décentralisation territoriale des autorités ne favorise pas la proximité avec les institutions communautaires pour des raisons géographiques, il conviendrait d'établir entre les A.R.E.I. et le Parlement ce type de relations.

De plus, pour les autorités envisagées, le projet de programme de travail et le rapport sur les résultats de l'année précédente pourraient être élaborés par le directeur, envoyés au Conseil et à la Commission, et présentés par lui devant le Parlement ou une commission parlementaire. Le Parlement pourrait à cette occasion inviter le directeur à y intégrer ses suggestions. Il vérifierait ensuite la prise en compte de celles-ci en recevant le programme final ou en délibérant sur l'activité de l'autorité l'année suivante. La Commission aurait son rôle à tenir dans l'élaboration du programme de travail par le biais de son représentant au sein du conseil des régulateurs. Dans ce cadre, il serait peut-être opportun que celui-ci puisse

¹⁰²⁷ Article 29 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée ; article 13 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

¹⁰²⁸ Agence européenne de l'environnement, rapport 2006, p. 23, 36 ; Présentation de Mme. Jacqueline Mac Glade, directeur exécutif pour l'Agence européenne de l'environnement, des résultats de 2007 pour l'agence et des prévisions pour 2008, réunion du lundi 25 juin 2007, Commission de l'environnement, de la santé publique et de la sécurité alimentaire, (ENVI-OJ(2007) 065-1).

dresser une liste des tâches et objectifs prioritaires que l'autorité pourrait intégrer, après délibération du conseil des régulateurs. En cas de non respect chronique de ces objectifs prioritaires la menace d'une proposition de dissolution reste une arme influente. L'ensemble de ces éléments tendrait à conférer à la Commission une fonction de contrôle *ex post*. Il restaurerait aussi la confiance du Parlement vis-à-vis des organismes communautaires décentralisés en lui donnant une place importante dans l'orientation de leur activité.

L'évaluation et l'encadrement de l'efficacité administrative sont complétés par un contrôle financier diffus entre les mains de la Commission, mais aussi de la Cour des comptes et du Parlement.

2 Les contrôles d'efficacité et de régularité financières

Les contrôles d'efficacité et de régularité financières sont déjà organisés de manière satisfaisante pour les agences existantes. Seul un approfondissement des exigences de justification budgétaire pourrait éventuellement être envisagé dans la mesure où certaines critiques ont été émises sur la finalité des dépenses par le Parlement européen¹⁰²⁹.

La Commission dispose d'une prérogative de contrôle financier sur les agences existantes et prévoit le même type de procédures dans ses propositions¹⁰³⁰. D'une part, elle reçoit chaque année l'état prévisionnel des dépenses et des recettes pour l'année suivante et, conformément à l'article 272 du T.C.E.¹⁰³¹, groupe ces états dans un avant-projet de budget. Elle y inclut les prévisions qu'elle estime nécessaires en ce qui concerne le tableau des effectifs et le montant de la subvention à la charge du budget général, et transmet le tout au Conseil et au Parlement européen. Le comptable de la Commission reçoit aussi les comptes provisoires de l'organisme, accompagnés du rapport sur la gestion budgétaire et financière de

¹⁰²⁹ En ce sens, « La Commission veut un cadre commun pour la gestion des agences », *Europolitique*, n° 3490, précité, p. 9.

¹⁰³⁰ Voir articles 36 à 39 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée ; articles 20 à 22 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée.

¹⁰³¹ Article 272 T.C.E. : « (...) 2. Chacune des institutions de la Communauté dresse, avant le 1^{er} juillet, un état prévisionnel de ses dépenses. La Commission groupe ces états dans un avant-projet de budget. Elle y joint un avis qui peut comporter des prévisions divergentes. Cet avant-projet comprend une prévision des recettes et une prévision des dépenses. 3. Le Conseil doit être saisi par la Commission de l'avant-projet de budget au plus tard le 1^{er} septembre de l'année qui précède celle de l'exécution du budget. Il consulte la Commission et, le cas échéant, les autres institutions intéressées toutes les fois qu'il entend s'écarter de cet avant-projet. Statuant à la majorité qualifiée, il établit le projet de budget et le transmet au Parlement européen. (...) »

l'exercice et consolide ensuite les comptes provisoires¹⁰³². D'autre part, les organismes communautaires décentralisés sont soumis aux règles financières établies dans le règlement 2343/2002¹⁰³³. Toute possibilité de s'en écarter, si les exigences spécifiques du fonctionnement de l'entité l'imposent, doit bénéficier de l'accord préalable de la Commission. Enfin, l'auditeur interne de la Commission exerce ses compétences au sein des organismes communautaires décentralisés et fait un rapport indiquant les recommandations pertinentes et les suites à y donner, qui sera transmis à la Commission¹⁰³⁴.

La Cour des comptes et le Parlement européen disposent aussi de prérogatives de contrôle financier sur les organismes communautaires décentralisés. En effet, la Cour des comptes reçoit les comptes prévisionnels ainsi que le rapport sur la gestion budgétaire et financière de l'exercice. Elle vérifie, conformément à l'article 248 T.C.E., la légalité et la régularité de toutes les recettes et dépenses, sur pièces mais aussi sur place, si besoin, et peut adresser des observations sur la gestion financière auxquelles le directeur est tenu de répondre¹⁰³⁵. Des observations peuvent être reprises dans l'appréciation de la bonne gestion financière de son rapport annuel. Le Parlement est aussi destinataire des comptes provisoires et définitifs de l'autorité. Il décharge¹⁰³⁶ le directeur de l'autorité après avoir apprécié les comptes, états et bilans financiers, et obtenu toutes les informations utiles de celui-ci ainsi que le rapport et les observations de la Cour des comptes¹⁰³⁷. La décision de décharge peut être accompagnée d'observations du Parlement européen ou de recommandations du Conseil à l'adresse du directeur qui devra faire un rapport sur les mesures prises en conséquence. Copie doit être envoyée à la Cour des comptes et à la Commission.

¹⁰³² Voir les articles 128, 133 et 185 du règlement (CE, EURATOM) n° 1605/2002, du Conseil, du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes (J.O.C.E., n° L 248, du 16 septembre 2002, p. 1).

¹⁰³³ Règlement (CE, EURATOM) n° 2343/2002 de la Commission, du 23 décembre 2002 portant règlement financier-cadre des organismes visés à l'article 185 du règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes (J.O.C.E., n° L 357, du 31 décembre 2002, p. 72).

¹⁰³⁴ Articles 85 et suivants, conformément aux dispositions de l'article 185, du règlement (CE, Euratom) n° 1606/2002, du Conseil, du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes (J.O.C.E., n° L 248, du 16 septembre 2002, p. 1) ; articles 71 et suivants du règlement n° 2343/2002 de la Commission, précité.

¹⁰³⁵ Articles 91 à 93 du règlement n° 2343/2002 de la Commission, précité ; articles 129 et 139 à 144 du règlement n° 1606/2002, précité.

¹⁰³⁶ Décharge : « Libération de toute responsabilité pour sa gestion passée à l'égard d'un comptable dont le compte a été reconnu régulier », in Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^{ème} éd. 2007.

¹⁰³⁷ Articles 145 et suivants du règlement n° 1606/2002, précité ; articles 94 à 96 du règlement n° 2343/2002 de la Commission, précité.

Ces procédures communes aux agences existantes et aux propositions de la Commission visant à créer l'A.E.M.C.E. et l'ACRE sont satisfaisantes. Elles restent le seul moyen d'éviter tout écart financier de la part des organismes communautaires décentralisés.

B Un contrôle des actes des A.R.E.I.

Le contrôle administratif et le contrôle de légalité doivent être adaptés à la rapidité de l'action des autorités de régulation européennes. Dès lors, un contrôle interne aux autorités est nécessaire pour éviter que les opérateurs n'abusent du recours juridictionnel pour des motifs dilatoires. Cependant, celui-ci ne doit pas être envisagé comme un « recours hiérarchique »¹⁰³⁸, qui suppose le pouvoir d'annuler mais aussi de réformer la décision litigieuse, mais plutôt comme un simple recours en annulation. De plus, sa réorganisation par rapport aux propositions de la Commission permettrait de donner explicitement à celle-ci un pouvoir de saisine et de refléter, dans la composition de l'organe, un équilibre entre les différentes institutions. Un contrôle juridictionnel est évidemment incontournable sur l'ensemble des actes édictés.

1 Une réorganisation du contrôle interne

Conformément à ce qui a été envisagé, les autorités de régulation européennes devraient disposer d'un pouvoir de décision individuelle, d'un pouvoir normatif et d'un pouvoir de sanctions. Ceci impose de prévoir un système de contrôle à la fois efficace, rapide, transparent et représentatif de l'équilibre institutionnel. En ce sens, il pourrait être opportun de repenser l'organisation de la commission de recours. Elle serait composée de membres nommés à parts égales par la Commission, le Conseil et le Parlement européen. En effet, l'acte de délégation est formellement un règlement imposant la codécision. L'autorité délégante reste le Conseil, mais les pouvoirs délégués appartiennent actuellement, pour une large part, à la Commission. Il convient donc de représenter les trois institutions dans la commission de recours pour respecter cet équilibre. Les membres de la commission de recours disposeraient des garanties d'indépendance ainsi que des prévisions sur la qualité des membres telles que conçues actuellement dans les propositions sur l'A.E.M.C.E. et l'ACRE.

¹⁰³⁸ Le recours hiérarchique au sens du droit administratif français a les caractères du pouvoir hiérarchique, c'est-à-dire qu'il suppose le pouvoir d'annuler ou de réformer une décision d'une autorité administrative inférieure, Chapus R., *Droit administratif général*, tome 1, 15^{ème} édition, Montchrestien, 2001, p. 395.

La commission de recours statuerait sur les demandes des intéressés mais aussi sur tout pourvoi exercé par le représentant de la Commission au sein du conseil des régulateurs.

En revanche, à la différence de ce qui est prévu par les propositions actuelles, la commission de recours n'aurait qu'un pouvoir d'annulation et non de réformation. Ce dernier, malgré son intérêt en termes de rapidité, ne se justifie pas pour deux raisons. D'une part, les autorités envisagées devraient disposer d'un pouvoir discrétionnaire, il leur appartient donc de décider en dernier lieu, sous le contrôle du juge, et non de voir leurs actes réformés par une chambre interne de recours¹⁰³⁹. D'autre part, en termes de transparence et de légitimité, il faut que l'entité qui décide reste toujours la même. Enfin, la philosophie des propositions de la Commission tend à faire apparaître le contrôle interne comme un contrôle hiérarchique. Celui qui est envisagé ici se comprend plutôt comme un pouvoir d'opposition aux décisions du conseil des régulateurs. L'arbitrage final relevant du juge.

Par conséquent, cette réorganisation de la configuration de l'organe interne de recours aurait le mérite d'assurer une certaine indépendance au conseil des régulateurs tout en offrant une capacité de contrôle étendue à la Commission européenne qui conserve ainsi une de ses fonctions première de « gardienne des Traités ».

2 Un aménagement du contrôle de légalité

Un contrôle juridictionnel serait bien évidemment mis en place contre les décisions d'annulation ou de validation de la commission de recours, mais aussi contre l'ensemble des actes de l'autorité s'ils produisent des effets juridiques à l'égard des tiers. Les actes décisionnels des agences actuelles sont contrôlés par la juridiction communautaire. Tous les règlements institutifs le prévoient dès que l'agence dispose d'un tel pouvoir, cependant, ses modalités varient¹⁰⁴⁰. En plaidant pour une autorité européenne de régulation indépendante dotée à la fois de ces prérogatives, mais aussi d'un pouvoir réglementaire et d'une possibilité d'édicter des sanctions, le contrôle juridictionnel devrait être étendu en conséquence.

¹⁰³⁹ Sur la commission des recours, voir *supra* p. 765 et s.

¹⁰⁴⁰ Les agences dotées d'un pouvoir de décision disposent d'une chambre de recours qui est exclusivement compétente en premier ressort sur les actes des agences qui ne relèvent pas du directeur exécutif ou du conseil d'administration. La décision de la chambre des recours peut être ensuite attaquée devant la juridiction communautaire. Sur les différentes modalités du contrôle juridictionnel, voir : Molinier J. : « Le régime contentieux des agences de l'Union européenne », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, études de l'IREDE, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 113 et s.

Pour les actes décisionnels et à caractère réglementaire, un recours en annulation devrait être envisagé sur le fondement de l'article 230 du T.C.E. Les prévisions du Traité de Lisbonne vont d'ailleurs en ce sens dans la mesure où son article 2 paragraphe 214 prévoit l'introduction de la mention suivante dans l'actuel article 230 : « elle [la Cour du justice de l'Union européenne] contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers »¹⁰⁴¹. Pour certaines agences, comme l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, le règlement institutif précise que la Cour ou le Tribunal peuvent aussi bien annuler que réformer les décisions de l'agence¹⁰⁴². Il n'apparaît pas nécessaire d'étendre cette prévision aux autorités envisagées. En effet, d'une part, les actes qui sont pris relèvent d'une certaine technicité. D'autre part, il ne faudrait pas que le juge devienne finalement un « régulateur » à la place de l'autorité par son pouvoir de réformation. Enfin, l'expérience acquise par les autorités nationales de régulation démontre que lorsque le juge interne dispose d'un pouvoir de réformation, il ne l'utilise que très peu¹⁰⁴³. Par conséquent, le contrôle de légalité en droit communautaire devrait se limiter à l'annulation de l'acte. En revanche, les sanctions édictées par les autorités de régulation européennes indépendantes devraient pouvoir subir, à l'image de ce qui a été envisagé pour la Banque centrale européenne¹⁰⁴⁴, un contrôle de pleine juridiction devant la juridiction communautaire. Les règlements institutifs le prévoiraient conformément à l'article 229 du Traité. Enfin, dotées de la personnalité juridique, les autorités de régulation européennes indépendantes verraient, comme les autres agences¹⁰⁴⁵, leurs activités relever du contentieux de la responsabilité.

Par conséquent, l'ensemble de ces contrôles participe aux objectifs d'efficacité et de légalité inhérents à une bonne gouvernance des organismes communautaires décentralisés envisagés. Ils tendent à recentrer l'activité des institutions communautaires sur un encadrement *ex post* et transparent. En effet, en termes de visibilité, mieux vaut une séparation claire entre les organes de régulation et les organes de contrôle qu'un entrelacement de fonctions qui laisse une porte ouverte au soupçon d'influence et de capture. De plus, éviter le recours aux recommandations et autres actes incitatifs pour privilégier les actes normatifs aurait cet intérêt primordial d'ouvrir le prétoire communautaire aux

¹⁰⁴¹ Article 2 paragraphe 214 du Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, précité, p. 109.

¹⁰⁴² Article 63 alinéa 3 du règlement n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (J.O.C.E., n° L 11 du 14 janvier 1994, p. 1).

¹⁰⁴³ Voir *supra* p. 520 et s.

¹⁰⁴⁴ Article 5, règlement n° 2532/98, précité.

¹⁰⁴⁵ Molinier J. : « Le régime contentieux des agences de l'Union européenne », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité, p. 114.

requérants. La sécurité juridique est un des objectifs dont il faut tenir compte pour assurer la stabilité du marché et l'encadrement de l'activité de ses acteurs. Cependant, pour envisager une expansion de la catégorie des autorités européennes de régulation indépendantes, une plus grande transparence est nécessaire. Il convient donc d'envisager une certaine uniformisation des règles d'encadrement de l'activité des autorités européennes de régulation pour que celles-ci puissent bénéficier d'une légitimité procédurale accrue.

§2 La « légitimité interpolable » obtenue par l'uniformisation de l'encadrement

Pour pouvoir à la fois affirmer et démontrer que les autorités de régulation européennes indépendantes sont encadrées, une clarification et une homogénéisation des règles pertinentes sont nécessaires. Cette idée permettrait à ces entités de bénéficier d'une « légitimité interpolable » à défaut de pouvoir disposer d'une légitimité démocratique. En effet, la clarté et l'efficacité de l'encadrement rendent les autorités légitimes à la fois face aux institutions de l'Union mais aussi face aux opérateurs et plus généralement aux citoyens européens.

Certaines initiatives ont déjà été lancées en ce sens. Ainsi, l'activité des agences exécutives est encadrée par le règlement 58/2003 prévoyant à la fois des dispositions relatives à leur statut, leurs tâches et les règles d'encadrement administratif, financier et juridictionnel¹⁰⁴⁶. De plus, le projet d'accord interinstitutionnel tente de donner une certaine cohérence dans la création d'agences européennes de régulation¹⁰⁴⁷. Les deux initiatives sont, dans des domaines différents, très bénéfiques puisqu'elles vont dans le sens de la transparence et de la visibilité des règles. Cependant, ce type de méthode ne peut servir d'exemple pour envisager un encadrement des autorités de régulation européennes indépendantes dans la mesure où il présenterait certains inconvénients.

En premier lieu, ces actes prévoient une homogénéité dans l'organisation interne d'une part, des agences exécutives et, d'autre part, des agences de régulation. Or, les nécessités des secteurs spécifiques dans lesquels devraient agir les A.R.E.I. s'accommodent mal d'une structure type. Par exemple, une configuration impliquant un conseil d'administration doté d'une influence sur l'activité de l'organe d'expertise est difficilement concevable. Dès lors, il

¹⁰⁴⁶ Règlement n° 58/2003, précité

¹⁰⁴⁷ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité.

semble que toute uniformisation des règles procédurales doive exclure la prise en compte de la structure décisionnelle. En effet, l'important n'est pas dans l'homogénéité interne mais dans l'uniformité des garanties d'encadrement de l'activité des autorités. En second lieu, l'outil de l'accord interinstitutionnel envisagé pour les agences de régulation n'est pas adapté, ni pour celles-ci, ni pour des hypothétiques autorités de régulation indépendantes. En effet, s'il a pour objectif d'associer les trois institutions dans la définition des conditions de base à respecter, il ne constitue pas un acte dont la portée juridique soit certaine puisque celle-ci dépend très fortement de son contenu et de l'intention de leurs auteurs¹⁰⁴⁸. Enfin, l'accord interinstitutionnel reste très général sur les obligations procédurales imposées aux agences et ne répond pas à la nécessité d'un ensemble de règles précises susceptibles d'encadrer l'activité des A.R.E.I. Un acte réglementaire, comme pour les agences exécutives, serait plus approprié.

Certains auteurs évoquent, dans cette lignée, l'exemple à suivre de l'*Administrative procedure Act* aux Etats-Unis¹⁰⁴⁹. Ils considèrent en effet que les garanties offertes par le droit communautaire seraient plus transparentes si elles étaient « codifiées » dans un acte juridique fixant le cadre réglementaire, quitte à subir certaines dérogations minimales dans les actes sectoriels. Cette remarque s'inscrit généralement dans une critique globale à la fois du manque d'homogénéité du régime juridique des agences européennes, mais aussi du manque de garanties offertes par le droit communautaire sur la transparence de leur activité, l'accès aux documents et le recours juridictionnel¹⁰⁵⁰.

Il est vrai qu'un acte transversal serait d'une grande utilité pour offrir une légitimité procédurale aux autorités de régulation. En effet, les règles applicables sont relativement différentes en fonction des organismes communautaires décentralisés, ce qui ne donne aucune

¹⁰⁴⁸ Voir Simon D., *Le système juridique communautaire*, précité, n° 276 ; Gautron J.-C., *Droit européen*, précité, p. 156. Pour une interprétation de la Cour de justice reconnaissant un caractère contraignant à un tel acte : C.J.C.E., 19 mars 1996, *Commission c/ Conseil*, aff. C-25/94, concl. Jacobs F. G., 26 octobre 1995, Rec. 1996, p. I-1469. Tournepiche A., *Les accords interinstitutionnels*, thèse, sous la direction du Professeur Christian Grellouis, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000.

¹⁰⁴⁹ 5 U.S.C. 551-596, 701-706. Le *Federal Administrative Procedure Act* de 1946 est l'ensemble de textes encadrant la Procédure administrative aux Etats-Unis. Voir : Geradin D., Petit N. : « *The development of agencies at EU and national levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 59 et s. ; Geradin D. : « *The development of european regulatory agencies : what the EU should learn from the american experience* », précité, p. 5 et s. ; Yataganas X. : « *Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independant agencies* », précité, p. 47 et s. ; Majone G. : « *Managing europeanization, the european agencies* », in Peterson J., Shackleton M. (dir.), *The institutions of the European Union*, précité, p. 205.

¹⁰⁵⁰ Voir par exemple : Geradin D., Petit N. : « *The development of agencies at EU and national levels : conceptual analysis and proposals for reform* », précité, p. 59 et s

clarté à ce type de délégation de pouvoirs¹⁰⁵¹. Cependant, il faut aussi relativiser les critiques émises à l'égard des dispositions communautaires encadrant l'activité des agences puisque les textes sectoriels offrent en général des garanties qui apparaissent suffisantes pour les tiers, notamment pour celles qui disposent d'un pouvoir de décision. En effet, tous les actes susceptibles de produire des effets juridiques sont susceptibles de recours. De plus, les règles de contrôle financier sont relativement homogènes même s'il existe des disparités sur quelques points importants comme la place de la Commission dans l'adoption des règles financières¹⁰⁵² ou celle du contrôleur financier de la Commission dans l'engagement et les dépenses de ces organismes¹⁰⁵³. Enfin, les agences de régulation créées, tout comme les propositions sur l'A.E.M.C.E. et l'ACRE, prévoient une soumission aux règles de transparence et d'accès aux documents, établies dans le règlement 1049/2001¹⁰⁵⁴.

Par conséquent, s'il est difficile de dire que les garanties des citoyens face aux éventuels abus des agences de régulation sont faibles, il n'est pas non plus possible de voir de la clarté et de l'homogénéité dans les règles applicables. Il apparaît donc nécessaire d'édicter un acte réglementaire formulant de manière obligatoire l'ensemble procédural encadrant l'activité des divers organismes communautaires décentralisés. Cependant, au regard de l'indépendance nécessaire de certaines autorités de régulation, comme celles projetées dans le domaine de l'énergie et des communications électroniques, un seul acte apparaît peu concevable. Il faudrait que les institutions communautaires prévoient un règlement sur l'encadrement des agences de régulation, c'est-à-dire celles qui correspondent à la définition

¹⁰⁵¹ Sur ce point voir l'étude sous la direction de Jean-François Couzinet : *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, précité.

¹⁰⁵² La Commission est parfois consultée sur les règles financières applicables à l'agence, d'autres textes requièrent son accord. Si, en pratique, la portée des textes est identique une uniformité des dispositions serait appréciable ; voir, par exemple : article 22 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précité ; article 63 du règlement n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 20 février 2008, concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, et abrogeant la directive 91/670/CEE du Conseil, le règlement n° 1592/2002 et la directive 2004/36/CE (J.O.C.E. n° L 79, du 19 mars 2008, p. 1), à comparer avec l'ancien article 52 du règlement n° 1592/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 15 juillet 2002, concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne (J.O.C.E. n° L 240, du 7 septembre 2002, p. 1).

¹⁰⁵³ Celui-ci contrôle, par exemple, l'engagement de toutes les dépenses de l'Agence européenne de la sécurité maritime, à la différence des propositions de la Commission dans le secteur de l'énergie et des communications électroniques ; voir : article 19 du règlement n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2002, instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime (J.O.C.E. n° L 208, du 5 août 2002, p. 1) ; article 22 de la proposition de règlement instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, précitée ; article 38 de la proposition de règlement instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, précitée. Il convient aussi de noter que l'article 60 du règlement n° 216/2008, précité, supprime le contrôle de l'engagement des dépenses prévu dans l'ancien cadre juridique (règlement n° 1592/2002, précité). Sur les disparités des règles financières, voir Dussart V. : « L'autonomie financière des agences européennes », in Couzinet J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, études de l'IREDE, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 97.

¹⁰⁵⁴ Règlement n° 1049/2001, précité.

de l'accord interinstitutionnel. Un autre acte serait élaboré pour les autorités de régulation indépendantes. Ce dernier devrait concilier, conformément à l'idée évoquée précédemment de l'équilibre interpolable, les garanties de l'indépendance et l'octroi de pouvoirs forts. Autrement dit, il s'agirait d'un encadrement procédural efficace et non d'une marque de subordination.

L'*Administrative Procedure Act*¹⁰⁵⁵ s'impose comme un exemple à suivre pour assurer une certaine uniformité et visibilité des règles communautaires d'encadrement des autorités et agences de régulation. Cet acte, qui codifie l'ensemble de la procédure administrative, contient plusieurs chapitres concernant exclusivement l'encadrement de l'activité des *Independent Regulatory Agencies*. Il en est ainsi, par exemple, des règles d'information du public, des règles d'élaboration des actes réglementaires, des décisions individuelles et des sanctions, tout comme du recours juridictionnel¹⁰⁵⁶.

S'il n'est, pour l'instant, pas envisageable d'élaborer un « code de procédure administrative communautaire », le développement du « droit administratif européen »¹⁰⁵⁷ qui se matérialise, entre autres, par le recours croissant aux organismes communautaires décentralisés, implique une réflexion sur la transparence de l'action communautaire. En ce sens, un règlement transversal uniformisant les règles d'encadrement de l'activité des agences et autorités serait très utile. Il aurait un double avantage. D'une part, hormis la structure, il clarifierait les modalités de fonctionnement des entités à créer. D'autre part, il fournirait une base textuelle légitimant le recours, lorsque cela est nécessaire, à des autorités de régulation.

L'initiative de la Commission européenne visant un encadrement des agences de régulation n'exclut pas, selon elle, le recours ultérieur à un règlement cadre¹⁰⁵⁸. Cependant, cette option se heurte à un obstacle de taille. En effet, la question se pose de savoir sur quelle base juridique adopter un tel acte. La même interrogation peut être étendue aux A.R.E.I. Le règlement 58/2003, portant statut des agences exécutives¹⁰⁵⁹, fournit un précédent appréciable, mais il se fonde sur la base juridique de l'article 308 du Traité. Celui-ci prévoit

¹⁰⁵⁵ 5 U.S.C. 551-596, 701-706.

¹⁰⁵⁶ Les paragraphes 552 à 558 concernent, entre autres, les thèmes suivants : information du public ; traitement des données personnelles ; règles relatives aux réunions des conseils accessibles au public ; procédure décisionnelle et normative ; auditions et règlement des différends ; régime juridique de la preuve ; contenu et forme des décisions ; sanctions ; procédure d'octroi et de retrait de licences. Les paragraphes 701 à 706 traitent du contrôle juridictionnel des actes des agences.

¹⁰⁵⁷ Voir : Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J., *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

¹⁰⁵⁸ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, précité, p. 3.

¹⁰⁵⁹ Règlement n° 58/2003, précité.

que lorsqu'« une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées ». Le Parlement européen dispose donc d'une place très réduite dans cette procédure.

Or, l'objectif du règlement portant statuts des agences exécutives est tout à fait différent de la norme envisagée¹⁰⁶⁰. En effet, il ne traite que des agences que la Commission peut charger, sous son contrôle et sa responsabilité, de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires. Les autorités de régulation européennes dont l'encadrement est évoqué ne seraient pas, comme les agences exécutives, des entités créées par la Commission dans le but d'externaliser ses tâches de gestion. Par conséquent, le recours à l'article 308 était justifiable pour une action concernant uniquement une solution visant à améliorer l'action de la Commission dans l'exécution des tâches exécutives qu'elle doit accomplir pour assurer le fonctionnement du marché commun. En revanche, la simple consultation du Parlement pour un règlement visant à encadrer des autorités indépendantes dotées de forts pouvoirs est très difficilement concevable. Le principe de l'équilibre institutionnel paraît empêcher une telle solution. Il n'y a pas de base juridique disponible en l'état du droit communautaire pour une telle fin. Par conséquent, ici encore, une réforme des Traités est nécessaire pour que de réelles autorités de régulation européennes indépendantes puissent être créées et, ce qui semble incontournable, encadrées par des règles procédurales uniformes les rendant légitime, face aux acteurs politiques et économiques, pour répondre aux besoins de régulation que l'administration communautaire ne peut satisfaire.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*.

Conclusion du chapitre

En l'état actuel du droit communautaire, il est possible d'envisager deux solutions alternatives respectant l'indépendance de l'entité européenne chargée de coordonner l'activité des ARI. La première résiderait dans l'approfondissement de la coordination au sein des groupes de régulateurs indépendants. Cependant, elle ne permet pas de doter ces groupes de pouvoirs contraignants. Il faut donc se pencher sur une solution plus ambitieuse qui tiendrait à l'adaptation du statut des agences proposées par la Commission européenne. Aucune jurisprudence ni aucun acte communautaire contraignant n'impose de configuration type pour la structure des agences de régulation. Par conséquent, il convient d'envisager une autorité composée des dirigeants des autorités de régulation nationales de chaque Etat membre. Cette enceinte serait donc l'émanation des Etats membres, puisque les ARI agissent au nom de ceux-ci, tout en étant indépendante de leurs gouvernements respectifs. Cette option présente donc l'avantage de concilier à la fois la représentation des Etats membres et le respect de l'indépendance des ARI. En effet, les règles protégeant l'indépendance des membres des ARI dans l'ordre juridique interne assurent partiellement son indépendance au niveau communautaire. Néanmoins, il convient aussi de prévoir certaines dispositions supplémentaires comme les incompatibilités au niveau communautaire dans la mesure où le champ d'activité de l'autorité est différent de celui des ARI d'origine. Toujours pour satisfaire l'exigence d'indépendance, le directeur devrait être choisi parmi les membres de l'autorité et nommé par eux. Les modalités de vote au sein de l'autorité devraient se fonder sur une majorité qualifiée pour donner une certaine légitimité à l'expertise indépendante.

Le cadre juridique actuel, tel qu'interprété par les institutions communautaires, ne permet pas de confier de réels pouvoirs à ces autorités. Néanmoins, au regard des motifs de l'arrêt *Meroni*, des circonstances de fait justifiant la décision ainsi que de l'évolution observée dans la jurisprudence de la Cour de justice, il apparaît qu'une évolution de cette position est tout à fait envisageable. La jurisprudence *Meroni* semble désuète et la Cour pourrait, si un cas se présentait devant elle, s'inspirer des évolutions réalisées par la juridiction suprême aux Etats-Unis pour consacrer, dans le domaine spécifique de la délégation de compétences à des organismes communautaires décentralisés, son interprétation évolutive du principe de l'équilibre institutionnel. A défaut, seule une révision des Traités pourrait offrir un cadre juridique adapté à la création de véritables autorités de régulation européennes dotées de forts

pouvoirs. L'idée est cependant compromise puisque le Traité de Lisbonne n'a pas envisagé une telle opportunité. Sur la base de ces propositions d'adaptation du cadre juridique communautaire, il convient d'envisager l'ampleur des pouvoirs qui pourraient être confiés aux autorités de régulation européennes indépendantes. Les nécessités de coordination de l'action des ARI et de prise en charge des problématiques transfrontalières imposent, d'une part, un pouvoir décisionnel laissant une certaine marge de manoeuvre à l'autorité. D'autre part, les autorités devraient être habilitées à édicter des actes réglementaires sur des matières techniques. Enfin, un pouvoir de sanction strictement défini devrait être octroyé pour que les autorités puissent assurer le respect des décisions individuelles et actes réglementaires qu'elles ont édicté.

Pour concilier une indépendance garantie et l'octroi de larges pouvoirs aux autorités européennes, l'encadrement de leur activité devrait être renforcé dans une optique visant à privilégier les contrôles *ex post*. En ce sens, la Commission, le Parlement européen, et la Cour des comptes disposeraient d'une mission de contrôle de l'efficacité de l'activité de l'autorité. Les modalités du contrôle exercé actuellement sont satisfaisantes. Cependant, il conviendrait de donner une place prépondérante à la Commission dans l'évaluation régulière de l'impact des actes édictés par les autorités. L'expérience des *Regulatory Impact Analysis* aux Etats-Unis est, en ce sens, intéressante. Les contrôles doivent aussi porter sur les actes de l'autorité. Le contrôle interne, devrait comporter un pouvoir d'annulation sans possibilité de réformer les actes et être exercé par une commission de recours composée de membres nommés à parts égales par le Conseil, la Commission et le Parlement européen. Le contrôle de légalité devrait tout naturellement porter sur l'ensemble des actes des autorités susceptibles de produire des effets juridiques à l'égard des tiers.

Dès lors, toutes les institutions seraient impliquées dans l'évaluation des autorités, tout en respectant les nécessités de son indépendance, ce qui rejoint l'idée d'un « équilibre interpolable ». Enfin, par souci de transparence, autrement dit pour pouvoir affirmer et démontrer que les autorités sont sous contrôle, il serait opportun d'assurer une uniformisation des règles d'encadrement dans l'idée de l'*Administrative Procedure Act* aux Etats-Unis. Une disposition normative rassemblerait toutes les mesures d'encadrement de l'activité des autorités et permettrait de garantir l'efficacité de son action. Elle bénéficierait, dans cette optique, d'une légitimité face à l'ensemble des institutions communautaires mais aussi face à la société civile. En ce sens, les autorités pourraient satisfaire la condition impérative de leur pérennité, une « légitimité interpolable ».

Conclusion du titre

La nécessité d'une coordination institutionnelle des autorités de régulation indépendantes trouve son fondement dans l'incapacité des méthodes traditionnelles de coopération et de collaboration pour réaliser une certaine uniformité des règles applicables entre les différents marchés nationaux de l'énergie et des communications électroniques.

Une première tentative de coordination institutionnalisée a été mise en oeuvre par la création de réseaux d'autorités de régulation indépendantes. Deux formules relativement efficaces ont été éprouvées. La première relève d'une initiative spontanée des ARI qui, par le biais d'associations, ont tâché de résoudre en commun les problématiques auxquelles elles étaient confrontées. La seconde trouve son origine dans des décisions de la Commission instituant des groupes de régulateurs dans les secteurs de l'énergie et des communications électroniques. L'étude de l'ensemble de ces regroupements démontre qu'ils agissent de manière indépendante des institutions communautaires. De plus, ces structures s'avèrent utiles pour à la fois garantir et promouvoir l'indépendance des ARI dans les ordres juridiques nationaux. Cependant, ils ne disposent d'aucun pouvoir contraignant, leur activité se limite donc à une production d'actes incitatifs.

La Commission, soutenue par la doctrine, a relevé les insuffisances du système actuel de la coordination européenne. Elle estime, entre autres, que l'efficacité des groupes de régulateurs est très relative et analyse un ensemble de problèmes qui justifient, selon elle, la création d'une Autorité européenne du marché des communications électroniques et d'une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie. S'il est vrai que les obstacles empêchant la construction de marchés intégrés imposent une intensification de la coordination en Europe, les solutions envisagées par la Commission ne sont pas à la hauteur de ses ambitions. En effet, selon ses propositions, l'A.E.M.C.E. et l'ACRE ne disposeraient pas de pouvoirs suffisants ni d'une indépendance garantie. La raison tient à ce que le cadre juridique communautaire ne permet pas de créer des organismes communautaires décentralisés dotés de ces qualités. Cependant, l'interprétation restrictive que les institutions communautaires font de la jurisprudence *Meroni* ne favorise pas une avancée dans ce domaine.

Dès lors, il est possible d'avancer que l'état du droit autorise la création d'une entité disposant de garanties suffisantes d'indépendance. Elle pourrait, par exemple, prendre la forme d'un groupe de régulateurs dont les modalités de fonctionnement seraient adaptées pour assumer efficacement une très grande partie des missions proposées par la Commission pour l'A.E.M.C.E. et l'ACRE. Elle pourrait aussi prendre la forme d'un organisme communautaire décentralisé, mais distinct de ce que les institutions communautaires ont, jusqu'à présent, créé dans d'autres secteurs. Il s'agirait d'une véritable autorité de régulation européenne indépendante dont l'organe décisionnel serait composé des dirigeants des ARI des Etats membres et qui serait protégé de toute possibilité d'influence à la fois de la part de la Commission, des Etats membres par l'intermédiaire du Conseil, et des opérateurs.

En revanche, pour que cette autorité de régulation européenne indépendante dispose de pouvoirs adaptés pour résoudre les difficultés rencontrées par la construction du marché intérieur dans les secteurs considérés, une évolution du cadre juridique est nécessaire. La solution la plus probable serait une interprétation constructive de la Cour de justice sur la compatibilité entre la délégation de pouvoirs et le principe d'équilibre institutionnel. Les évolutions les plus récentes de sa jurisprudence semblent aller dans ce sens. Seule la Commission, en accord avec les autres institutions, peut susciter une telle avancée jurisprudentielle, allant dans le sens d'une adaptation du cadre juridique avec les nécessités de la construction communautaire. Néanmoins, la création d'une autorité européenne véritablement indépendante et dotée de forts pouvoirs ne peut se faire sans un encadrement efficace et transparent, susceptible de donner une légitimité procédurale indispensable pour ces entités.

Ce type d'autorité semble être la seule solution pour résoudre l'antinomie entre interdépendance institutionnalisée et indépendance, tout en fournissant une structure dotée de pouvoirs suffisants pour coordonner l'activité des ARI et gérer les problématiques transnationales.

Conclusion de partie

L'étude de l'inter-indépendance révèle que la simple coopération des autorités ne porte pas atteinte à leur indépendance. L'aménagement de l'interdépendance par la coordination pourrait même renforcer l'efficacité des décisions prises et, par ricochet la légitimité des autorités de régulation, donc leur indépendance. En revanche, la coordination de l'action des autorités peut, sous certaines formes institutionnalisées, porter à atteinte à leur indépendance. L'évocation des défis de l'interpénétration des secteurs a permis de proposer certaines solutions.

L'interdépendance entre autorités de régulation nationales des services publics organisés en réseaux est une conséquence de la connexité des domaines concernés, des règles applicables et des niveaux de régulation. Son étude démontre la nécessité d'une vision globale pour appréhender le devenir de la gestion quotidienne de ces secteurs. Cette appréhension passe par l'idée d'un regroupement fonctionnel des autorités indépendantes concernées.

D'une part, à l'échelle nationale, deux propositions doivent être envisagées. La première serait de regrouper, de manière périodique, les représentants des autorités de régulation indépendantes et ceux des autorités de la concurrence. L'objectif serait de favoriser la coopération pour prévenir et résoudre les hypothèses de divergences sur l'appréhension de situations faisant intervenir, de concert, les règles sectorielles et les règles *antitrust*. Cette forme d'interrégulation croisée, qui pourrait s'inspirer de l'expérience menée au Royaume-Uni, aurait l'avantage de parer à l'insécurité juridique entourant l'activité des opérateurs agissant sur ces marchés. La seconde trouve son origine dans le caractère évolutif de la régulation sectorielle *ex ante*. En effet, il apparaît que celle-ci tend à diminuer dans le secteur des communications électroniques alors qu'au regard de la faible ouverture des marchés de l'énergie et des postes, elle devrait s'intensifier. Par conséquent, l'office des ARI devrait suivre cette évolution, avec une diminution ou un accroissement de leur charge de travail. Cependant, dans ces secteurs spécifiques, sur lesquels la libre concurrence n'est pas en elle-même susceptible de garantir de manière satisfaisante la fonction d'intérêt général des services publics et qui ont une tendance naturelle à devenir oligopolistiques, les ARI ne devraient pas disparaître. Une fonction incompressible de surveillance de la satisfaction des missions de service public pourrait justifier la permanence d'une structure de régulation. Dès lors, pour éviter que des considérations financières poussent les Etats membres à supprimer

les ARI dont l'activité diminue, un regroupement de celles-ci, sous la forme d'une entité multi-sectorielle inspirée du système allemand et qualifiée d'« autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux », devrait être envisagé. Ce regroupement aurait l'avantage de favoriser, de manière endogène, l'interrégulation sectorielle. La taille de l'entité et l'ampleur de ses fonctions lui permettraient de bénéficier d'une plus forte indépendance et d'une visibilité accrue sur la scène européenne.

D'autre part, à l'échelle européenne, conformément aux obligations de collaboration entre Etats membres et avec la Commission, un système d'interrégulation solidaire supervisé par celle-ci s'est mis en place sous l'impulsion conjuguée des normes internes et communautaires. Ces formes de collaboration s'avèrent insuffisantes pour assurer une réelle intégration des marchés de l'énergie et des communications électroniques. Par conséquent, deux solutions plus structurées ont été envisagées. Elles témoignent d'une évolution de la mise en oeuvre du droit communautaire allant dans le sens d'une co-administration. La première tient au regroupement des ARI sous la forme de groupes de régulateurs créés spontanément ou sur initiative de la Commission européenne. Leur bilan est relativement mitigé. En effet, ils s'avèrent être une structure indépendante des institutions communautaires et adaptée pour garantir et promouvoir l'indépendance des ARI face à leurs gouvernements respectifs. Néanmoins, l'impossibilité d'édicter des actes contraignants limite leur action. Seule une amélioration de leurs modalités de fonctionnement pourrait en faire une solution adaptée pour approfondir la coordination institutionnalisée de l'activité des ARI, sans pour autant envisager de leur conférer de réels pouvoirs. Dès lors, il convient de se pencher sur la création d'organismes communautaires décentralisés. C'est ce que la doctrine évoque déjà depuis quelques temps et ce que la Commission envisage par le biais de deux propositions récentes visant à créer une Autorité européenne du marché des communications électroniques et une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie. L'étude de ces deux structures démontre qu'elles ne devraient disposer ni de pouvoirs suffisants ni des garanties d'indépendance nécessaires face aux Etats membres et à la Commission. Pour remédier à ces deux défauts, il est possible d'imaginer la création d'une véritable autorité de régulation européenne à la fois indépendante et dotée de pouvoirs normatifs à caractère technique. En l'état actuel des Traités et de la jurisprudence de la Cour, seule son indépendance pourrait être concevable. Lui confier des pouvoirs suppose une évolution du cadre juridique et de la conception que s'en font les institutions communautaires. Comme en droit national, il y a une certaine antinomie entre indépendance et pouvoirs. Celle-ci ne peut être résolue qu'en garantissant un réel encadrement des autorités de régulation européennes indépendantes.

Par conséquent, les problèmes que pose l'inter-indépendance doivent être résolus, dans un avenir proche, en favorisant les systèmes de regroupement, périodique ou permanent, dans des enceintes nationales et communautaires. Il en va de l'avenir de l'adaptation des structures administratives aux nécessités de la régulation des services publics organisés en réseaux.

Conclusion générale

L'étude de l'indépendance des autorités de régulation sectorielles révèle les limites du droit communautaire face à l'objectif affirmé de création d'un véritable marché intérieur. Les institutions communautaires, principalement contraintes par l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres et par les intérêts souvent divergents qu'elles représentent, ne peuvent réformer les structures administratives que de manière incidente. En ce sens, le phénomène de la généralisation des autorités de régulation indépendantes, au moment même où la Commission envisage un nouveau pas dans la libéralisation des services publics organisés en réseaux, révèle trois enseignements.

En premier lieu, les facteurs principaux qui justifient l'indépendance des autorités de régulation ne sont pas toujours identiques. L'observation préliminaire des modèles anglo-saxons a permis de mettre en évidence la différence des facteurs conduisant à l'indépendance des autorités de régulation. Dans les modèles anglo-saxons, l'indépendance est le moyen choisi pour externaliser la fonction de régulation par rapport au pouvoir exécutif. Aux Etats-Unis, l'externalisation était motivée par les réticences du pouvoir législatif face à une croissance des prérogatives du pouvoir exécutif. Au Royaume-Uni l'idée émane principalement du pouvoir exécutif qui ne voulait pas assumer des décisions impopulaires dans des secteurs jugés sensibles. En revanche, en droit communautaire et dans les Etats d'Europe continentale, le facteur principal ayant conduit à l'indépendance des autorités de régulation réside dans l'impartialité de ces entités. Le droit de la concurrence communautaire, par l'intermédiaire du principe de séparation de l'opérateur et du régulateur a interdit que ce dernier soit à la fois juge et partie dans un même secteur. En d'autres termes, l'indépendance n'est que le moyen de garantir que les décisions prises par l'autorité de régulation soient impartiales. Les Etats membres ont pu s'adapter, dans la mesure où ils avaient déjà résolu la question de l'impartialité de l'action publique dans certains domaines en créant une nouvelle catégorie juridique : les autorités administratives indépendantes. C'est assez naturellement dans cette catégorie qu'ils ont intégré les autorités de régulation indépendantes.

La distinction entre le facteur de l'externalisation et celui de l'impartialité pour confier des fonctions à des autorités indépendantes est d'une importance cruciale lorsqu'il s'agit d'évaluer les dernières propositions la Commission. Celles-ci visent à détacher

l'indépendance de l'autorité de régulation de toute considération d'impartialité. Cela entraîne des conséquences importantes. Dans la conception actuelle, fondée sur l'impartialité, un Etat membre qui ne serait pas investi dans un des marchés, pourrait tout à fait confier les fonctions de régulation au gouvernement ou à une autorité non indépendante. En se basant sur les propositions de la Commission, cela ne pourrait plus être envisageable. Le lien de cause à effet entre l'impartialité et l'indépendance des autorités de régulation risque d'être rompu si le législateur n'y prête pas attention. Il y aurait donc un glissement d'une indépendance répondant à une nécessité juridique vers une conception de l'indépendance comme mode d'organisation de tout secteur régulé. La Commission a déjà opté pour cette approche visant à associer à toute forme de régulation une autorité indépendante des pouvoirs publics¹⁰⁶¹. Cette vision est préjudiciable dans la mesure où elle jette un soupçon de partialité sur les pouvoirs publics pour leur seule activité de conciliation de la concurrence et des impératifs d'intérêt général.

En deuxième lieu, les Etats membres évoqués, intervenant sur les marchés par le biais de leur opérateur historique, ont donc dû créer des autorités de régulation qualifiées d'indépendantes. Dans ce cas de figure, le droit communautaire ne les contraint qu'à un objectif d'indépendance structurelle et d'indépendance de fonctionnement, sans préciser les modalités d'organisation permettant de l'atteindre.

Le résultat de la transposition de cette exigence démontre, par l'étude comparée des règles visant à assurer l'indépendance organique de ces autorités, une certaine hétérogénéité. Toutes ne vont pas dans le sens d'une réelle indépendance. La comparaison a permis de proposer un prototype d'autorité de régulation en s'inspirant des éléments les plus protecteurs de l'indépendance et les moins réducteurs de l'efficacité des ARI. Néanmoins, assurer l'indépendance organique des autorités de régulation n'est pas suffisant pour certifier que celles-ci ne sont pas soumises à l'influence des pouvoirs publics. L'indépendance fonctionnelle doit aussi être garantie. Sur ce dernier point, le droit communautaire n'apporte aucun élément. Il est seulement possible de déduire des textes que l'indépendance fonctionnelle est requise. Cependant, son organisation n'est envisageable que si cela n'aboutit pas à une entière irresponsabilité du régulateur. Il faudrait donc, dans les Etats membres évoqués, réorganiser l'indépendance fonctionnelle. Pour ce faire, il conviendrait, d'une part, de supprimer l'ensemble des dispositions permettant au pouvoir exécutif d'exercer une

¹⁰⁶¹ Certains auteurs plaident pour le lien consubstantiel entre régulation et autorité indépendante des pouvoirs publics, voir par exemple : Champaud C. : « Régulation et Droit Economique », *Revue de Droit Economique*, p. 54.

emprise sur l'activité des autorités de régulation. D'autre part, pour légitimer l'action des ARI, il est possible d'envisager un approfondissement de l'*accountability* de ces entités face au Parlement tout en conservant le niveau actuel de contrôle juridictionnel.

La perfection des règles assurant l'indépendance organique et la réorganisation de celles garantissant l'indépendance fonctionnelle sont les deux clefs pour démontrer que cette nouvelle forme d'intervention publique dans l'économie est réellement impartiale.

En dernier lieu, la porosité entre les secteurs régulés, la connexité entre les règles sectorielles et le droit *antitrust* ainsi que la globalisation des marchés impliquent l'interdépendance des autorités de régulation indépendantes. L'indépendance, vue par le prisme de l'interdépendance prend une nouvelle dimension. Celle-ci a dans le cadre de cette étude été qualifiée d'inter-indépendance pour traduire à la fois les problèmes que pose l'adaptation des autorités de régulation à un environnement impliquant des interdépendances et les conséquences que cela peut avoir sur leur indépendance. L'aménagement de coopérations entre autorités de régulation, mais aussi entre ces dernières et les autorités de concurrence n'a pas d'influence directe sur leur indépendance, que ce soit au niveau national ou communautaire. En revanche, indépendance et efficacité étant intimement liées, il convient d'envisager des solutions de regroupement pour que la prise de décisions interrégulées s'adapte à la dimension des marchés et à l'évolution de la régulation. Deux pistes devraient être approfondies par les pouvoirs publics. Il s'agirait, d'une part, de réunir fréquemment les autorités de régulation et les autorités de concurrence pour anticiper les problèmes et veiller à la cohérence des décisions prises. D'autre part, l'idée de la création, au niveau national, d'une « autorité de régulation indépendante des services publics en réseaux » devrait être examinée attentivement.

Appréhendée à l'échelle communautaire, la coopération entre autorités de régulation indépendantes n'est pas suffisante. Des méthodes de coordination en réseau ont donc été envisagées. La Commission européenne suivie par une partie de la doctrine estime qu'elles n'ont pas fait leurs preuves. Elle propose la création d'organismes communautaires décentralisés. Se pose donc la question de l'influence que pourrait avoir ces formes d'interdépendance sur l'indépendance des autorités de régulation, qu'elles soient nationales ou communautaires. Il ressort de l'évaluation des propositions de la Commission que l'interdépendance institutionnalisée par la création d'agences européennes porterait atteinte à la fois à l'indépendance de celles-ci mais aussi à l'indépendance de leurs composantes, les

ARI. Pour remédier à cet inconvénient de taille, deux solutions alternatives peuvent être examinées. D'une part, il serait possible d'approfondir le système actuel des groupes de régulateurs européens qui ne porte aucunement atteinte à l'indépendance des autorités de régulation, voire la renforce. D'autre part, la révision du cadre réglementaire relatif aux communications électroniques et à l'énergie pourrait être l'occasion de créer des autorités de régulation européennes véritablement indépendantes. Cette solution est juridiquement concevable en l'état actuel du droit. En revanche, donner de forts pouvoirs à une autorité de régulation européenne ne peut être envisagé que dans la perspective d'une lecture souple de la jurisprudence ou d'une réforme des traités. Un encadrement, strict et transparent, devrait accompagner une telle solution. Seule une forte volonté politique de réforme institutionnelle peut adapter la structure administrative nationale comme communautaire en fonction de l'évolution des marchés.

Dans les secteurs des communications électroniques, de l'énergie et des postes, l'indépendance des autorités de régulation sectorielles, appréhendée dans une optique communautaire, est justifiée par le principe d'impartialité issu du droit de la concurrence. Un élargissement du champ de vision permet de formuler certaines hypothèses quant au devenir de la problématique de l'indépendance fondée sur l'impartialité. D'une part, la liste des secteurs régulés par une autorité indépendante risque de s'accroître, en commençant par les transports ferroviaires, puisque l'Etat est souvent propriétaire du gestionnaire de l'infrastructure et de l'opérateur dominant. D'autre part, il convient de constater que le droit communautaire impose le respect du principe d'impartialité aux Etats membres sans que la Commission ne le prenne en compte pour les organismes décentralisés qu'elle propose de créer. Les autorités de régulation européennes envisagées ne présentent pas les garanties requises d'indépendance alors que les membres composant le Conseil des ministres appartiennent à des exécutifs intervenant sur le marché communautaire par le biais d'un opérateur historique. Le seul fait de concevoir la création d'autorités indépendantes au niveau européen témoigne, sans doute, de l'influence des réformes institutionnelles nationales sur la structure administrative communautaire. Il faut espérer que ces influences iront jusqu'à la création d'autorités européennes réellement indépendantes et dotées de pouvoirs conséquents.

Si l'indépendance n'est justifiée que par l'incapacité des structures administratives à s'adapter aux nécessités économiques et sociales, elle porte en elle-même un sentiment d'illégitimité. En revanche, lorsqu'elle trouve un fondement juridique tel que l'impartialité, elle est nécessaire. Dans ce cas, l'indépendance doit être garantie tout en assurant un système

d'*accountability*. Gagnant en légitimité par ce biais, les autorités de régulation vont pouvoir assurer un travail efficace sur du long terme.

Cela ne veut pourtant pas dire que cette formule a vocation à perdurer. Le phénomène, lorsqu'il est justifié par le principe d'impartialité, n'est pas pérenne, mais contingent. Tout dépend de la volonté des Etats membres d'intervenir ou non dans la propriété ou la direction des opérateurs agissant dans ces secteurs d'intérêt général. Ainsi, le devenir des autorités de régulation indépendantes dépend de deux problématiques qui doivent impérativement être résolues. La première porte sur la question de la capacité du législateur ou du pouvoir exécutif à garantir un service public de qualité dans un environnement concurrentiel. Si le libre jeu de la concurrence permet de fournir des prestations de service public respectant les contraintes textuelles, une fois le marché libéralisé, l'autorité de concurrence sera suffisante pour assurer son fonctionnement. A défaut, les autorités de régulation ont de beaux jours devant elles. La seconde porte sur la place de l'Etat, acteur ou arbitre, dans la fourniture de biens et de services face à l'appauvrissement des ressources, énergétiques en particulier. Elle contient en elle-même une remise en question de l'idée que tous les marchés d'intérêt général peuvent atteindre un degré de concurrence praticable.

Bibliographie

I Ouvrages généraux ou spéciaux

Aglietta Michel, *Régulation et crises du capitalisme*, Opus, Paris, Odile Jacob, 1997, 486 pp.

Amselek Paul (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1986, 251 pp.

Arcelin Linda, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Litec, 2003, 554 pp.

Auby Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Collection Clefs politique, Paris, Montchrestien, 2003, 154 pp.

Auby Jean-Bernard, Braconnier Stéphane (dir.), *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, Paris, L.G.D.J., 2003, 254 pp.

Auby Jean-Bernard, Lombard Martine (dir.), *L'avenir des aéroports: entre décentralisation et concurrence*, Actes du colloque organisé le 30 juin 2006 par la revue Droit Administratif et le Centre de recherche en droit administratif de l'université Paris II, avec le soutien de la Commission des Affaires Economiques du Sénat, Paris, Litec, 2007, 140 pp.

Auby Jean-Bernard, Dutheil de la Rochère Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1136 pp.

Autexier Christian, *Introduction au Droit Public Allemand*, Collection Droit Fondamental, Droit Politique et Théorique, Paris, PUF, 1997, 384 pp.

Auvret-Finck Josiane (dir.), *L'Union européenne au carrefour des coopérations*, Paris, L.G.D.J., 2002, 440 pp.

Avril Pierre, Gicquel Jean, *Droit parlementaire*, Coll. Domat, Droit public, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2004, 432 pp.

Benoist Jean, Chérot Jean-Yves, Delebecque Philippe (dir.), [La Formation du droit national dans les pays de droit mixte : les systèmes juridiques de Common law et de droit civil](#), Aix-en-Provence, Presse Universitaire d'Aix Marseille, 1989, 239 pp.

Bouvier Michel, Esclassan Marie-Christine, Lassale Jean-Pierre, *Finances publiques*, Manuel (Paris), Paris, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2006, 882 pp.

Boyer Robert, Saillard Y, *Théorie de la régulation : l'état des savoirs*, Recherches (Paris), Paris, La découverte, 2002, 600 pp.

Carmeli Sara, *La Constitution Italienne et le droit communautaire, étude de droit comparé*, Logiques Juridiques, Paris, L'Harmattan, 2002, 394 pp.

Cerexhe Etienne, le Hardy de Beaulieu Louis (dir.), *Douze constitutions pour une Europe*, Bruxelles, Kluwer éditions juridiques, 1994, 751 pp.

Carré de Malberg Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, tomes I et II, 1920, 638 pp.

Chapus René, *Droit administratif général*, Précis Domat. Droit public, Paris, 15^{ème} éd., tome I, 2001, 1427 pp.

Chérot Jean-Yves, *Les aides d'Etat dans les Communautés européennes*, Collection Droit des affaires et de l'entreprise. Série Recherches, Paris, Economica, 1998, 379 pp.

Chérot Jean-Yves, *Droit public économique*, Collection Corpus droit public, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 2007, 1032 pp.

Chevallier Jacques, *Science administrative*, Thémis. Science politique, Paris, PUF, 3^{ème} éd. refondue, 2002, 633 pp.

Chevallier Jacques, *L'Etat de droit*, Collection Clefs Politique, Montchrestien, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2003, 160 pp.

Chevallier Jacques, *Science administrative*, Thémis. Science politique, Paris, PUF, 4^{ème} éd. mise à jour, 2007, 628 pp.

Chevallier Jacques, *L'Etat post-moderne*, coll. Droit et société, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2004, 226 pp.

Cohen Elie, *L'ordre économique mondial, essai sur les autorités de régulation*, Paris, Fayard, 2001, 296 pp.

Cohen-Tanugi Laurent, *Le droit sans l'Etat : Sur la démocratie en France et en Amérique*, Quadriges, Paris, PUF, 1985, 206 pp.

Cohen-Tanugi Laurent, *Le droit sans l'Etat : Sur la démocratie en France et en Amérique*, Quadriges. Essais, débats, Paris, PUF, 2007, 273 pp.

Collet Martin, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, thèse, bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., tome 233, 2003, 397 pp.

Colliard Claude Albert, Timsit Gérard (dir.), *Les Autorités Administratives Indépendantes*, Les voies du droit, Paris, PUF, 1988, 319 pp.

Conac Gérard, Debene Marc, Teboul Gérard (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Paris, Economica, 1993, 365 pp.

Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadriges, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2004, 968 pp.

Couzinet Jean-François (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Actes de la journée d'études CEDECE organisée à l'Université de Sciences Sociales de Toulouse le 8 juin 2000, études de l'IREDE (Institut de Recherche Européenne de Droit Economique), Toulouse, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, 306 pp.

Cox Helmut (dir.), *Services publics, missions publiques et régulation dans l'Union Européenne*, Paris, Pédone, 1997, 209 pp.

Crozier Michel, *Etat modeste, Etat moderne, stratégie pour un autre changement*, Paris, Fayard, 1987, 316 pp.

Custos Dominique, *La commission fédérale américaine des communications à l'heure de la régulation des autoroutes de l'information*, Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 1999, 409 pp.

Delictopoulos Constantin-S., *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire, contentieux de la concurrence et de la bourse*, thèse, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, tome 364, 2002, 509 pp.

Della Cananea Giacinto, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Rome, Laterza, 2003, 205 pp.

Della Cananea Giacinto, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milan, Giuffrè, 2006, 242 pp.

Du Marais Bertrand, *Droit Public de la régulation économique*, collection Amphi, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, 601 pp.

Drago Guillaume, Lombard Martine, *Les libertés économiques*, Collection Droit public, Paris, Panthéon-Assas, 2003, 169 pp.

Fasquelle Daniel, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, Paris, Joly éditions, 1993, 290 pp.

Favoreu Louis (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz. Droit public – Science politique, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, 530 pp.

Favoreu Louis (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz. Droit public – Science politique, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, 576 pp.

Favoreu Louis, *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz. Droit public – Science politique, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006, 968 pp.

Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Coll. Thèmes et commentaires. Droit et économie de la régulation, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Volume 1, 2004, 205 pp.

Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Coll. Thèmes et commentaires. Droit et économie de la régulation, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Volume 2, 2004, 205 pp.

Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les risques de régulation*, Coll. Thèmes et commentaires. Droit et économie de la régulation, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Volume 3, 2005, 334 pp.

Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Coll. Thèmes et commentaires. Droit et économie de la régulation, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Volume 4, 2006, 288 pp.

Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Coll. Thèmes et commentaires. Droit et économie de la régulation, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2007, 194 pp.

Gavalda Christian, Parleani Gilbert, Droit des affaires de l'Union européenne, Manuel (Paris), Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2006, 570 pp.

Gentot Michel, *Les autorités administratives indépendantes*, Collection Clefs Politique, Paris, Montchrestien, 1994, 570 pp.

Geradin Damien, Muñoz Rodolphe, Petit Nicolas, *Regulation through Agencies in the EU. A new paradigm of European governance*, Northhampton, Ed. Edward Elgar, 2005, 280 pp.

Grard Loïc, Vandamme Jacques, Van der Mensbrugge François : *Vers un service public européen, Initiative pour des Services d'Utilité Publique en Europe*, collection TEPSA, Paris, Éd. ASPE Europe, 1996, 637 pp.

Grewe Constance, Oberdorff Henri, *Les Constitutions des Etats de l'Union européenne*, collection retour aux textes, Paris, La Documentation Française, 1999, 511 pp.

Guédon Marie-José, *Les autorités administratives indépendantes*, Système (Paris), Paris, L.G.D.J., 1991, 142 pp.

Henry Claude, Quinet Emile, *Concurrence et service public*, textes des conférences Jules Dupuit, présidées par Marcel Boiteux, Economiques, Paris, L'Harmattan, 2003, 494 pp.

Hubrecht Hubert Gérald, *Droit Public Economique*, Cours Dalloz. Série Droit public-Science Politique, Paris, Dalloz, 1997, 366 pp.

Jan Pascal, *Institutions Administratives*, Objectif droit, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2005, 259 pp.

Jan Pascal, *Institutions administratives*, Objectif droit, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2007, 273 pp.

Jestaz Philippe, *Les sources du droit*, Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2005, 164 pp.

Kovar Robert, Simon Denys (dir.), *Service Public et Communauté Européenne : entre l'intérêt général et le marché*, actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996, travaux de la CEDECE, Paris, La Documentation française, tomes 1 et 2, 1998.

Laget-Annamayer Aurore, *La régulation des services publics en réseaux*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2002, 546 pp.

Lefevre Silvère, *Les actes communautaires atypiques*, coll. travaux du CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2006, 552 pp.

Le Mestre Renan, *Droit du service public*, Fac université. Manuel, Paris, Gualino, 2005, 532 pp.

Linotte Didier, Romi Raphaël, *Services publics et droit public économique*, Manuels (Paris), Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2003, 535 pp.

Lombard Martine (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2006, 248 pp.

Lombard Martine, *Droit administratif*, Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2007, 625 pp.

Lombard Martine (dir.), *L'avenir des aéroports: entre décentralisation et concurrence*, Actes du colloque organisé le 30 juin 2006 par la revue Droit Administratif et le Centre de recherche en droit administratif de l'université Paris II, avec le soutien de la Commission des Affaires Economiques du Sénat, Paris, Litec, 2007, 140 pp.

Lombard Martine, *L'État schizo. Le prochain krach, EDF, la SNCF ou la Poste ?*, Paris, J.-C. Lattès, 2007, 336 pp.

Louis Jean-Victor, Rodrigues Stéphane (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 450 pp.

Majone Giandomenico, *La Communauté européenne : un Etat régulateur*, Collection Clefs politique, Paris, Montchrestien, 1996, 158 pp.

Malinvaud Philippe, *Droit des obligations*, Manuels, Paris, Litec, 9^{ème} éd., 2005, 560 pp.

Malinvaud Philippe, *Droit des obligations*, Manuels, Paris, Litec, 10^{ème} éd., 2007, 649 pp.

Marcou Gérard, Moderne Franck (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, tome I, 2005, 309 pp.

Martinaud Claude, *La régulation des Services Publics : concilier équité et efficacité*, Paris, éd. ASPE, 1995, 143 pp.

Melleray Fabrice (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2007, 371 pp.

Miaille Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 1995, 271 pp.

Milano Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Paris, Dalloz, 2006, 674 pp.

Moderne Franck, Marcou Gérard, *L'idée de Service Public dans le Droit des Etats de l'Union Européenne*, Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2003, 415 pp.

Molinier Joël (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Droit et justice, Paris, PUF, 2005, 281 pp.

Nicolas Muriel, Rodrigues Stéphane (dir.), *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, Coll. I.S.U.P.E., Paris, Ed. ASPE, 1998, 722 pp.

Nikolinakos Nikos Th., *EU competition law and regulation in the converging telecommunications, media and IT sectors*, International competition law series, La Hague, Kluwer Law International, 2006, 698 pp.

Ost François, Van de Kerchove Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 pp.

Poelmans Maiténa, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire, contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, 754 pp.

Prager Jean-Claude, Villeroy de Galhau François, *18 leçons sur la politique économique, à la recherche de la régulation*, Paris, Seuil, 2^{ème} éd., 2004, 569 pp.

Quin Claude, Jeannot Gilles (dir.), *Un service public pour les européens. Diversités des traditions et espaces de convergences*, Ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement, Paris, La Documentation française, 1997, 291 pp.

Rainaud Jean-Marie, *La crise du Service Public français*, coll. Que-sais-je ?, Paris, PUF, n°3482, 1999, 127 pp.

Rodrigues Stéphane, *La nouvelle régulation des Services Publics en Europe, énergie, postes, télécommunications et transports*, thèse, Paris, Technique et Documentation, 2000, 694 pp.

Souty François, *La politique de concurrence au Royaume-Uni*, coll. Que-sais-je ?, Paris, PUF, n°3033, 1995, 126 pp.

Souty François : *La politique de concurrence aux Etats-Unis*, coll. Que-sais-je ?, Paris, PUF, n° 2945, 1995, 127 pp.

Souty François, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Collection Clefs politique, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2003, 159 pp.

Thiry Bernard, Vandamme Jacques (dir.), *Les entreprises publiques dans l'Union Européenne : entre concurrence et intérêt général*, E.D.C.E., Paris, Pédone, 1995, 175 pp.

Timsit Gérard (dir.), *Les entreprises du secteur public dans les pays de la Communauté Européenne*, Actes du Colloque tenu à l'Université de Paris I les 9 et 10 mai 1985. Institut européen d'administration publique, Bruxelles, Bruylant, 1987, 595 pp.

Toinet Marie-France, *Le système politique des Etats-Unis*, Thémis Science politique, Paris, PUF, 1987, 629 pp.

Toinet Marie-France, *Le système politique des Etats-Unis*, Thémis Science politique, Paris, PUF, 2^{ème} éd. mise à jour, 1990, 640 pp.

Vandamme Jacques, Rodrigues Stéphane (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Collection I.S.U.P.E., Paris, éditions ASPE Europe, 2003, 143 pp.

Van Lang Agathe, Gondouin Geneviève, Inserguet-Brisset Véronique, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Armand Colin, 4^{ème} éd., 2005, 353 pp.

Walrave Michel, Jestin-Fleury Nicole (dir.), *Les réseaux de Services Publics dans le monde : organisation, régulation, Concurrence*, Paris, éditions ASPE Europe, 1995, 241 pp.

Ziller Jacques, *Administrations comparées, les systèmes politico-administratifs de l'Europe des douze*, Domat Droit Public, Paris, Montchrestien, 1993, 511 pp.

Zoller Elisabeth, *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Collection Droit fondamental, droit politique et théorique, Paris, PUF, 2000, 1328 pp.

Zwart Tom, Verhey Luc, *Agencies in European Union and comparative law*, Anvers, Intersentia/Metro, Institut G.-J. Wiarda, Université d'Utrecht, 2003, 583 pp.

Ouvrages généraux ou spéciaux : droit britannique

Allen Michael, Thompson Brian, *Cases and materials on constitutional and administrative law*, Oxford, Oxford University Press, 8^{ème} éd., 2005, 795 pp.

Bradley, Wilford, David, *Constitutional and Administrative Law*, London, Longman, 12^{ème} édition, 1997, 900 pp.

Craig Paul, *Administrative Law*, London, Sweet and Maxwell, 1^{ère} éd., 1989, 539 pp.

Feldman David, *English Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 1541 pp.

Kinder-Gest Patricia, *Droit anglais*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993, 671 pp.

Kinder-Gest Patricia, *Droit anglais*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1997, 622 pp.

McEldowney John F., *Public Law*, London, Sweet and Maxwell, 1994, 757 pp.

Turpin Colin, *British Government and the Constitution, Text, Cases and Materials*, Butterworths, Paris, Lexis Nexis, 5^{ème} éd., 2002, 688 pp.

Zwart Tom, Verhey Luc, *Agencies in European Union and comparative law* », Anvers, Intersentia/Metro, Institut G.-J. Wiarda, Université d'Utrecht, 2003, 179 pp.

Ouvrages généraux ou spéciaux : droit espagnol

Ariño Ortiz Gaspar, *Principios de derecho público económico*, Granada, Comares, Tercera edición ampliada, 2004, 1144 pp.

Arpón de Mendivil Almada Almudena, Carrasco Perera Angel, *Comentarios a la ley general de telecomunicaciones*, Cizur menor (Navarra), Aranzadi, 1999, 1021 pp.

Betancor Andrés Rodriguez, *Las administraciones independientes*, Madrid, Tecnos, 1994, 280 pp.

Chillón Medina José-Maria, Escobar Roca Guillermo, *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Madrid, Dykinson, S.L., 2001.

Cremades Javier, Rodríguez-Arana Jaime, *Comentarios a la ley general de telecomunicaciones*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2004, 1072 pp.

Esteve Pardo José, *Autoregulación, génesis y efectos*, colección divulgación jurídica, Cizur menor (Navarra), editorial Aranzadi, 2002, 183 pp.

García de Enterría Eduardo, Fernández Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas ediciones, Undécima edición , 2002, 837 pp.

García de Enterría Eduardo, de la Quadra-Salcedo Tomás, *Comentarios a la ley general de telecomunicaciones*, Madrid, Civitas ediciones, 2004, 1337 pp.

García de Enterría Eduardo, Fernández Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas ediciones, 13^{ème} éd., 2006, 700 pp.

González del Valle y Herrero Martín, *Regulación sectorial y competencia*, Madrid, ediciones Civitas, 1999.

González-Varas Ibáñez Santiago, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Granada, Comares, 2001, 607 pp.

Hernández Juan Carlos, *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Cizur menor (Navarra), editorial Aranzadi, 2005, 254 pp.

LLaneza González Paloma, *Telecomunicaciones, régimen general y evolución normativa*, Cizur menor (Navarra), Aranzadi, 1998, 242 pp.

LLaneza González Paloma, *Nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones*, Barcelona, Bosch, 2002, 738 pp.

Merino Merchán José Fernando, Pérez-Ugena y Coromina María (dir.), *Curso de derecho de las telecomunicaciones*, Madrid, Dykinson, 2000, 303 pp.

Ortega Martín Eduardo, *Derecho administrativo económico*, escuela judicial, Consejo general del poder judicial, Madrid, 2000.

Parada Ramón, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, Madrid, Octava edición, Marcial Pons, 6^{ème} éd., 1994, 564 pp.

Parejo Alfonso L., Jiménez Blanco A., Ortega Álvarez, *Manual de derercho administrativo segunda edición corregida y aumentada*, Barcelona, Ariel Derecho, 1992, 873 pp.

Quadra-Saludo Tomás, del Castillo Fernández (dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones* », Madrid, Cuadernos de derecho judicial, 2003, 400 pp.

Rallo Lombarte Artemi, *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Temas clave de la Constitución Española, Madrid, Tecnos, 2002, 343 pp.

Sala Arquer José Manuel, *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones*, Universidad de Burgos, Cuadernos Civitas, 2000.

Sánchez Rodríguez Antonio Jesús, *Derecho de las telecomunicaciones nuevo derecho y nuevo mercado*, Madrid, Edición Dykinson, 2002, 239 pp.

Sendín García Miguel Angel, *Estudios de derecho administrativo*, Granada, Comares, 2003, 376 pp.

Terrón Santos Daniel, *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Granada, Comares, 2004, 309 pp.

Ouvrages généraux ou spéciaux : droit italien

Mirate Silvia, *Giustizia Amministrativa E Convenzione Europea Dei Diritti Dell'uomo: L'altro Diritto Europeo in Italia, Francia E Inghilterra*, Napoli, Jovene, 2007, p. 492.

Ouvrages généraux ou spéciaux : droit allemand

Autexier Christian, *Introduction au Droit Public Allemand*, Coll. Droit Fondamental, Droit Politique et Théorique, Paris, PUF, 1997, 384 pp.

II Thèses et mémoires

Amalric-Féraud Valérie, *Les obligations des états membres découlant des articles 5 et 90 en combinaison avec les articles 85 et 86 du traité de Rome : l'effet utile des règles de concurrence*, thèse, Université Aix-Marseille III, 1995, dactyl., 469 pp.

Arekian Valérie, *Recherches sur la notion de régulation en droit public français le cas des services publics en réseaux*, thèse, Université Lille II, 2003, dactyl., 514 pp.

Artaud-Vignolet Stéphanie, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne*, thèse, Université Toulouse I, 2003, dactyl., 594 pp.

Bagate Maria., *La théorie des facilités essentielles*, mémoire, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2002, dactyl., 82 pp.

Bailleul David, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Bibliothèque de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome 220, 2002, 421 pp.

Blanquet Marc, *L'article 5 du Traité C.E.E., recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, thèse, Bibliothèque de droit international et communautaire, Paris, L.G.D.J., tome 108, 1994, 502 pp.

Calley Grégoire, *L'exploitation publique des services postaux*, Bibliothèque de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome 224, 2002, 565 pp.

Clamour Guylain, *Intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, thèse, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2006, 1044 pp.

Collet Martin, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Bibliothèque de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome 233, 2003, 397 pp.

Courivaud Henri, *L'introduction de la concurrence dans les activités de réseaux électriques : éléments de comparaison entre la France et l'Allemagne*, thèse, Université Paris Sud XI, 2000, dactyl., 511 pp.

Delcros Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat*, Bibliothèque de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome 122, 1976, 322 pp.

Du bois de Gaudusson Jean, *L'usager du service public administratif*, Bibliothèque de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome 115, 1974, 318 pp.

Duroy Stéphane, *La distribution d'eau potable en France : contribution à l'étude d'un service public local*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1996, 436 pp.

Fravalo Anne, *La régulation juridique dans le domaine économique*, thèse, Université Paris XII, 2003, dactyl., 566 pp.

Godiveau Gregory, *Droit de la libre concurrence : la nouvelle approche de l'Union européenne*, thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2006, dactyl., 755 pp.

Gonzalez-Laporte Christian, *La régulation des services publics en réseau : une vision organisationnelle. Le cas de l'ART et de la CRE*, thèse, IEP de Grenoble, 2004, dactyl., 627 pp.

Isidoro Cécile, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en oeuvre*, thèse, Paris, L.G.D.J., tome 242, 2006, 657 pp.

Kondylis Vassilios, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, Bibliothèque de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome 168, 1994, 560 pp.

Ktistaki Stavroula, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, Bibliothèque de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome 162, 1991, 465 pp.

Lagondet Fabrice, *La dérégulation dans le secteur postal*, mémoire, Université de Strasbourg III, 1993, dactyl., 118 pp.

Le Baut Ferrarese, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres*, thèse, Université Lyon III, 1996, dactyl., 868 pp.

Lefevre Silvère, *Les actes communautaires atypiques*, thèse, coll. travaux du CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2006, 552 pp.

Linditch Florian, *Recherches sur la personnalité morale en droit administratif*, Bibliothèque de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome 176, 334 pp.

Maddalon Philippe, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Bibliothèque de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome 253, 2007, 396 pp.

Manson Stéphane, *La notion d'indépendance en droit administratif français*, thèse, Université Paris II, 1995, dactyl., 507 pp.

Monjal Pierre-Yves, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, thèse, Bibliothèque de droit international et communautaire, Paris, L.G.D.J., tome 112, 2000, 629 pp.

Oderzo Jean-Claude, *Les autorités administratives indépendantes et la Constitution*, thèse, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, 2000, dactyl., 555 pp.

Quoc Vinh Nguyen, *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales*, thèse, Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris, Bibliothèque de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome n° 131, 1974, 320 pp.

Sabourin Paul, *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français*, thèse, Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., tome 69, 1966, 393 pp.

Teissonnier-Mucchielli Bérangère, *L'impact du droit communautaire sur la distribution et l'assainissement de l'eau en France*, thèse, Paris, La Documentation Française, 2003, 435 pp.

Troper Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, L.G.D.J., tome 48, 1973, 251 pp.

Vernon Yann, *L'adaptation de France Telecom au Droit Communautaire*, mémoire, Université Montesquieu Bordeaux IV, 1996, dactyl., 276 pp.

III Colloques, journées d'études ouvrages collectifs

L'interventionnisme économique de la puissance publique, études en l'honneur du doyen Georges Péquignot, Montpellier, Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, Volumes I et II, 1984, 739 pp.

Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées, en hommage à Louis Dubouis, Paris, La Documentation française, 2000, 207 pp.

Annales de la Régulation, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, L.G.D.J., tome 9, Volume I, 2006, 659 pp.

Colloque CEDECE – IRENE, Strasbourg, 17-19 octobre 1996, « Service public et construction européenne : entre l'intérêt général et le marché », Paris, La Documentation française, 2 tomes, 1998, 1050 pp.

Colloque D.G.C.C.R.F., du 25 mars 1998, « La régulation : monisme ou pluralisme ? Equilibre dans le secteur des services publics concurrentiels », sous la direction scientifique de M.A. Frison-Roche et Laurent Cohen-Tanugi, *L.P.A.*, 10 juillet 1998, n°82, p. 1.

Colloque de l'association Droit et Démocratie, « La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché », Palais du Luxembourg, 22 janvier 2001, *L.P.A.*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 2.

Colloque organisé à la Cour de Cassation par la Mission de recherches « Droit et Justice », octobre 2001, disponible sur : <http://www.gip-recherche-justice.fr>. Jean-François Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation : les voies d'une juridictionnalisation ».

Colloque organisé par l'ENA, « La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? », *R.F.A.P.*, 2004, p. 1.

Forum de la régulation, « Régulateurs et juges » du 15 octobre 2001, sous la direction scientifique de Marie-Anne Frison-Roche et Jean Marimbert, *L.P.A.*, 23 janvier 2003, n°17, p.1.

Atelier de la Concurrence du 3 avril 2002, « Les enseignements de l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique », *Rev. Concurrence et consommation*, juillet/août 2002, p.5.

Rencontres petites affiches, « Droit de la régulation : questions d'actualité » sous la direction scientifique de Marie-Anne Frison-Roche, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n°110.

Frison-Roche Marie-Anne (dir.), « Droit de la régulation : questions d'actualité », Rencontres petites affiches du 6 février 2002, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n°110, p. 3.

« **Internormativité et réseaux d'autorités, l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations** », Idot Laurence, Poillot-Peruzzetto Sylvaine (dir.), Toulouse, 24 octobre 2003, *L.P.A.*, 6 octobre 2004, n° 200, p. 54.

Grard Loïc (dir.), « Autorités de régulation et droit européen », Journée d'études Jean Monnet, 20 février 2004, *La semaine juridique, entreprise et affaires*, supplément à la semaine juridique, 6 mai 2004, p. 1.

Grard Loïc (dir.), *L'Europe et les services publics, le retour de la loi*, actes de la journée d'études Jean Monnet, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2007, 152 pp.

De Schutter Olivier, Lebessis Notis, Paterson John, « La gouvernance dans l'Union européenne », Les cahiers de la cellule de prospective, Luxembourg, OPOCE, 2001, 338 pp.

IV Dossiers

Dossier R.F.A.P. : « Médiateurs et Ombudsmans », édité par l'Institut International d'Administration Publique, *R.F.A.P.*, 1992, p. 1.

Dossier R.F.D.A. : « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.*, 1995, p. 291 et p. 449.

Dossier A.J.D.A. : « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation », *A.J.D.A.*, 1997, p. 210.

Dossier A.J.D.A. : « Le service public », juin 1997, numéro spécial, p. 1.

Dossier R.F.A.P. : « Télécommunications : la nouvelle donne », *R.F.A.P.*, 1989, p. 567.

Dossier C.J.E.G. : « La directive du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité », *C.J.E.G.*, 1997, p. 165.

Dossier C.J.E.G. : « L'avenir de marché intérieur de l'énergie », *C.J.E.G.*, 1995, p. 213.

Dossier Sociétal : « Services publics et marché : l'ère des régulateurs » dirigé par Alain Vernholes, *Sociétal*, 2000, p. 1

V Articles, Notes et Chroniques

Aboudrar Sophia, « Les rencontres du Forum de la régulation : l'interrégulation », *L.P.A.*, 23 avril 2004, n°82, p. 4.

Alexandre-Souyris Jean-Jacques, « Le pouvoir réglementaire des institutions en matière bancaire et financière » *R.R.J.*, 2001, p. 2221.

Amselek Paul, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *R.D.P.*, 1982, p. 278.

Auby Jean-Marie, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *A.J.D.A.*, 1995, p. 91.

Auby Jean-Bernard, « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *A.J.D.A.*, 2001, p. 912.

Austin Rodney, « Le concept de service public en droit britannique », in Grard Loïc, Vandamme Jacques et van der Mensbrugge François, *Vers un service public européen », Initiative pour des Services d'Utilité Publique en Europe*, collection TEPSA, Paris, ASPE Europe éditions, 1996, p. 133.

Autin Jean-Louis, « Autorités administratives indépendantes », *J.C.P. A.*, 1998, fasc. 75, p. 3.

Autin Jean Louis, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *R.D.P.*, 1988, p.1214.

Autin Jean-Louis, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *R.A.*, 1988, p. 333.

Autin Jean-Louis, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ? », *R.D.P.*, 1991, p. 1533.

Autin Jean-Louis, Sudre Frédéric, « La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme », note sous C.E.D.H., 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, série A n° 326, *R.F.D.A.*, 1996, p. 777.

Autin Jean-Louis, « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in *Environnements, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, P.U.G., 2004, p. 440.

Bailleul David, Vers la fin de l'Etablissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés », *R.J.E.P./ C.J.E.G.*, 2006, p. 105.

Barbé Vanessa, « 1996-2006 : Eléments juridiques du bilan de la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications », *L.P.A.*, 26 juillet 2006, n° 148, p. 3.

Barea José, Barea Maria Teresa, « Contrôle des entreprises publiques et relations financières avec les pouvoirs publics », in Thiry Bernard, Vandamme Jacques (dir.), *Les entreprises publiques dans l'Union Européenne : entre concurrence et intérêt général*, E.D.C.E., Paris, Pédone, 1995, p. 71.

Barea José, Barea Maria Teresa, « Qu'est-ce que « l'intérêt général » ? », in Cox Helmut, *Services Publics, Missions publiques et Régulation dans l'UE*, Paris, Pédone, 1996, p. 179.

Basilien-Gainche Marie-Laure, « Le service public de l'électricité : entre ouverture du marché et ouverture du capital », *R.D.P.*, 2002, p. 1769.

Battistini Patrice, « Le pouvoir normatif de l'autorité de régulation des télécommunications », *R.R.J.*, 2001, p. 2225.

Baudrier Audrey, « De la régulation à l'interrégulation : la gouvernance des télécommunications à l'épreuve des principes démocratiques », in *La démocratie à l'épreuve de la société numérique*, coll. GEMDEV, Paris, Ed. Karthala, 2008, p. 93.

Bazex Michel, « L'avant-projet de loi sur les télécommunications », *A.J.D.A.*, 1988, p. 3.

Bazex Michel, « L'article 90§3 du Traité CEE ou le grand chambardement », *Gaz. Pal.*, 1991, p. 271.

Bazex Michel, « L'appréhension des services publics par le droit communautaire », in « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.*, 1995, p. 295.

Bazex Michel, « Le droit public de la concurrence », *R.F.D.A.*, 1998, p. 781.

Bazex Michel, « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles » *Rev. conc. consom.*, 2001, p.37-44.

Beaud Olivier, « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Revue Droits*, 2003, p. 149.

Beauvillard Stéphanie, Bouquet Gaël, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1911.

Belin Hugues, « Les régulateurs relèvent l'existence de problèmes graves », *Europolitique*, 12 décembre 2006, p. 10.

Bell John, « L'expérience britannique », in « Le service public », *A.J.D.A.*, juin 1997, numéro spécial, p. 130.

Berlin Dominique, « L'accès au marché français », in « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation », *A.J.D.A.*, 1997, p. 229.

Bernaerts Inge, « *Time to deregulate – Commission consultation on a new EU framework for electronic communications* », *Competition policy newsletter*, n° 3, automne 2006, p. 7.

Berrod Frédérique, « Monopoles publics et droit communautaire », *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 1510.

Blanc Patrick, « Les entreprises publiques face à la concurrence », *Rev. conc. consom.*, 2002, p.5.

Blumann Claude, « Actes législatifs et mesures d'exécution dans le projet de Constitution pour l'Europe », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pédone, 2004, p. 249.

Boiteau Claudie, « Concept communautaire de service public et services publics locaux » in « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.*, 1995, p. 320.

Borel Jean-Victor, « L'attribution à une autorité autre que le Premier Ministre du pouvoir normatif d'application d'une loi ou d'un décret : le cas de la Commission de Régulation de l'Electricité ». *R.R.J.*, 2001, p. 2241.

Bonichot Jean-Claude, « L'application de l'article 6§1 CESDH aux autorités de régulation, la position du Conseil d'Etat », *L.P.A.*, 11 mai 2000, n°94, p. 3.

Boy Laurence, « Réflexions sur « le droit de la régulation », *D.*, 2001, chron., p. 3031-3038.

Boy Laurence (dir.), « Les pouvoirs de l'autorité de régulation des télécommunications », GIP Mission de recherche droit et justice, novembre 2000.

Boy Laurence, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », European University Institute Florence, *Working Paper Law*, n° 2004/9, p. 1.

Braconnier Stéphane, « La régulation des Services Publics », *R.F.D.A.*, 2001, p. 43.

Bracq Stéphane, « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », (à propos de la décision : C.J.C.E., 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00), *R.T.D.E.*, 2004, p. 33.

Braibant Guy, « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 701.

Braud Caroline, « La notion d'« Agence » en France : réalité juridique ou mode administrative ? », *L.P.A.*, 30 août 1995, n°104, p. 4.

Briand-Meledo Danièle : « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *R.I.D.E.*, 2007, p. 345.

Brisson Jean-François, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la CEDH », *A.J.D.A.*, 1999, p. 847.

Brisson Jean-François, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation : les voies d'une juridictionnalisation », in *Mission de recherche Droit et Justice, colloque organisé à la Cour de Cassation*, octobre 2001, disponible sur : <http://www.gip-recherche-justice.fr>.

Bullinger Martin, « L'Allemagne au secours du service public français ? », in « Mouvement du droit public », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1045.

Bussy Florence, « Nul ne peut être juge et partie », *D.*, 2004, p. 1745.

Buzelay Alain, « Conséquences économiques attendues de la dérégulation des Services Publics en Europe » in « La régulation des Services Publics en Europe », Paris, Éd. ASPE Europe, tome I, 1999, p. 257.

Buzelay Alain, « De la dérégulation des télécommunications dans l'Union, De l'utilisateur contraint par le monopole au service public contraint par la concurrence », *R.M.C.U.E.*, 2000, p. 24.

Canivet Guy, « Régulateurs et juges : conclusions générales », *L.P.A.*, 23 mars 2003, n°17, p. 50.

Canivet Guy, « Approche comparée Europe/Etats-Unis sur les rapports entre droit de la régulation et droit de la concurrence dans les industries de réseaux : le point de vue du juge », disponible sur www.cerna.ensmp.fr/cerna-regulation/Documents/Antitrust2006/Canivet.pdf

Castagnet Geneviève, Combenege Jean-Paul, « Télécommunications : fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (Directive 92/44/CEE du 5 juin 1992) », *Europe, Chronique*, octobre 1992, p. 1.

Cassese Sabino, « Le problème de la convergence des droits administratifs, vers un modèle administratif européen ? », in *L'état du droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 47.

Cassese Sabino, « L'expérience italienne », in « Le service public : unité et diversité », *A.J.D.A.*, juin 1997, numéro spécial, p. 143.

Cassese Sabino, « L'ordre juridique global », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 7.

Castelnaud Hervé, « L'autorité de régulation : des décisions vraiment exécutoires ? », *La Lettre des Télécommunications*, 13 mai 2002.

Caunes Karine, « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image... Retour vers le futur de la comitologie », *R.T.D.E.*, 2007, p. 297.

Chaltiel Florence, « La déclaration de Nice sur les services d'intérêt économique général », *R.M.C.U.E.*, 2001, p. 89.

Champaud Claude, « Régulation et Droit Economique », *Revue internationale de Droit Economique*, 2002, p. 22.

Chapus René, « Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique », *R.F.D.A.*, 1990, p. 739.

Chauvé Clément, « La personnalité contentieuse des autorités administratives indépendantes », *R.D.P.*, 2007, p. 379.

Chérot Jean-Yves, « Eléments pour une théorie de la réglementation », *R.R.J.*, 1987, p. 641.

Chérot Jean-Yves, « Trois thèses de l'analyse économique du droit : quelques usages de l'approche économique des règles juridiques », *R.R.J.*, 1987, p. 443.

Chérot Jean-Yves, « La consultation du Conseil de la concurrence sur les textes législatifs et réglementaires anticoncurrentiels », *R.R.J.*, 1994, p.1251.

Chérot Jean-Yves, « L'article 90 §1 du traité C.E., lu en combinaison avec l'article 86 (Les monopoles en droit communautaire de la concurrence) », in *L'entreprise dans le marché unique*, Travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes, Paris, La documentation française, 1995, p. 151.

Chérot Jean-Yves, « L'article 90§2 du traité et les entreprises de réseau », *A.J.D.A.*, 1996, p. 171.

Chérot Jean-Yves, « L'organisation des marchés des services publics locaux en droit communautaire », in Vergès Jean (dir.), *L'Union européenne et les collectivités territoriales*, Collection Coopération et Développement, Paris, Economica, 1997, p. 111.

Chérot Jean-Yves, « L'article 90 §2 du traité C.E., après les arrêts de la Cour de justice des communautés européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité », *R.F.D.A.*, 1998, p. 135.

Chérot Jean-Yves, « Financement des obligations de service public et aides d'Etat », *Europe*, mai 2000, p. 4.

Chérot Jean-Yves, « Le juge administratif et le droit de la concurrence. Perspectives et nouveaux défis », *Concurrence et consommation*, 2000, p. 25.

Chérot Jean-Yves, « Le Premier Ministre exerce le pouvoir réglementaire, observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », *R.R.J.*, 2001, p. 2191.

Chérot Jean-Yves, « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), « Droit de la régulation : questions d'actualité », Rencontres petites affiches, 6 février 2002, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n° 110, p. 23.

Chérot Jean-Yves, « L'articulation entre régulations nationales et régulations communautaires », rapport écrit au Forum de la régulation, IEP Paris, 21 octobre 2002.

Chérot Jean-Yves, « La régulation communautaire des réseaux d'utilité publique », in *Influence du droit communautaire sur le droit interne*, Varsovie, Difin, 2003, p. 145.

Chérot Jean-Yves, « L'identification par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) de l'activité économique au sens du droit de la concurrence », *A.J.D.A.*, 2003, p. 436.

Chérot Jean-Yves, « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'Etat de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées. », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 87.

Chérot Jean-Yves, « Rapport introductif », in *La régulation : quelles structures ? quels objectifs ?*, journée d'études du 21 avril 2004, Faculté des sciences juridiques de Tunis, p. 6.

Chérot Jean-Yves, « Aides d'Etat et juge national : le rôle du juge national dans la perspective de la réforme communautaire », *Concurrences (Thomson)*, 2006, p. 75.

Chérot Jean-Yves, Giolito Christophe, Derenne Jacques, « Aides d'Etat », *Concurrences (Thomson)*, 2007, p. 104.

Chérot Jean-Yves, « Le "plan d'action" de la Commission dans le domaine des aides d'Etat », *A.J.D.A.*, 2007, p. 2412.

Chevallier Jacques, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P. G.*, 1986, p. 3254.

Chevallier Jacques, « La mutation des postes et télécommunications », *A.J.D.A.*, 1990, p. 667.

- Chevallier Jacques**, « Constitution et communication », *D.* 1991, chronique p. 247.
- Chevallier Jacques**, « La réglementation des télécommunications », *A.J.D.A.*, 1991, p. 203.
- Chevallier Jacques**, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, 1995, p. 81.
- Chevallier Jacques**, « La nouvelle réforme des télécommunications, ruptures et continuité », *R.F.D.A.*, 1996, p. 909.
- Chevallier Jacques**, « La mise en œuvre de la réforme des télécommunications », *R.F.D.A.*, 1997, p. 1115.
- Chevallier Jacques**, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *RA*, 1998, p.43.
- Chevallier Jacques**, « Vers un droit post moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.*, 1998, p. 659.
- Choné Philippe**, « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 4, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2006, p. 49.
- Clastres Cédric**, « Les mesures de régulation asymétriques dans le secteur gazier européen », *Revue de l'énergie*, 2003, p. 385.
- Cohen-Tanugi Laurent**, « L'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence », in La régulation. Monisme ou pluralisme, *L.P.A.*, 10 juillet 1998, n° 82, p. 56.
- Cohen-Tanugi Laurent**, « Une doctrine pour la régulation », *Le débat*, 1988, p.56.
- Cohen-Tanugi Laurent**, « Le droit de la concurrence, régulateur de l'économie numérique ? », *Rev. conc. consom.*, sept. – oct. 2000, p. 15.
- Coin Rémi**, « Les instances de régulation dans la loi du 10 février 2000 », *C.J.E.G.*, janvier 2001, p. 6.
- Combrexelle Jean-Denis**, « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas de la CNIL, conclusions sous CE, Ass. 3 déc 1999 », *R.F.D.A.*, 2000 p. 574.
- Coque Alexandre**, « De l'installation de la Commission de régulation de l'électricité et de ses compétences », *L.P.A.*, 4 janvier 2000, n° 2, p. 4.
- Costa Delphine**, « Les autorités administratives indépendantes et le principe d'impartialité », note sous CE, 28 octobre 2002, *M. Laurent*, *A.J.D.A.*, 24 décembre 2002, p. 1492.
- Costa Delphine**, « L'autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 février 2005, Société GSD Gestion et M. YX », *R.F.D.A.*, 2005, p. 1174.

Costa Jean-Paul, « Le point de vue de la CEDH », in « La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché », colloque de l'association Droit et Démocratie, Palais du Luxembourg, 22 janvier 2001, *L.P.A.*, 17 septembre 2001, n° 185.

Costa Jean-Paul, « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », *A.J.D.A.*, 1987, p. 341.

Daigre Jean-Jacques, « Pour une vision stroboscopique de la compétence des autorités de régulation », *Revue de droit bancaire et financier*, 2000, p. 215.

D'Alberti Marco : « La régulation économique en mutation », *R.D.P.*, 2006, p. 231.

Davis Michael, « L'expérience américaine des *Independent Regulatory Commissions* » in Timsit Gérard, Colliard Claude Albert, *Les autorités administratives indépendantes*, Les voies du droit, Paris, PUF, 1988, p. 222.

Debène Marc, Raymundie Olivier, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *A.J.D.A.*, 1996, p. 183.

Degoffe Michel, « L'impartialité de la décision administrative », *R.F.D.A.*, 1998, p. 711.

Delcros Xavier, « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, nouvelle institution constitutionnelle », *A.J.D.A.*, 1988, p. 467.

Deleporte Bénédicte, « Note sous C.J.C.E., 13 décembre 1991 : RTT c/ GB-INNO BM S.A. ». *Gaz. Pal.*, 1992, p. 466-473.

Delarue Jean Marie, « Actualité de la problématique de la sanction administrative », in « Les sanctions administratives », *A.J.D.A.*, octobre 2001, numéro spécial, p. 13.

Delmas-Marty Mireille, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, Chron. p. 951.

Delvolvé Guillaume, Gaudemet Yves (dir.), **Mattei-Dawance Geneviève, Rezenthel Robert**, *Etudes*, « L'aménagement du régime de la manutention portuaire : droit interne et droit communautaire », *R.F.D.A.*, 1993, p. 356.

Delvolvé Pierre, « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 47.

Delvolvé Pierre, « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », in « La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché », colloque de l'association Droit et Démocratie, Palais du Luxembourg, 22 janvier 2001, *L.P.A.*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 18.

De Margerie Gilles, « Un nouveau type d'autorités », *Le débat*, 1998, p. 87.

Douvreleur Jean, Douvreleur Olivier, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », in *Libertés, Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 323.

Drago Roland, « Le juge judiciaire, juge administratif », *R.F.D.A.*, 1990, p. 757.

Drago Roland, « Le Conseil de la Concurrence », *J.C.P. G.*, p. 3300.

Dreifuss Muriel, « Contributions récentes du contentieux des sanctions des autorités de régulation au contentieux administratif général », *J.C.P. A.*, 2006, p. 1205.

Drumaux A., « Contrats de gestion et modes de régulation des entreprises publiques », in *Les entreprises publiques dans l'Union Européenne : entre concurrence et intérêt général*, CIRIEC, Paris, Pédone, 1995, p. 43.

Dubos Olivier, « L'Union européenne : sphynx ou énigme ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pédone, 2004, p. 29.

Dubouis Louis, « La déréglementation et le droit communautaire », *R.F.D.A.*, 1986, p. 483.

Dubouis Louis, « Présentation », in « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.*, 1995, p. 291.

Dumez Hervé, Jeunemaître Alain, « La régulation des monopoles au Royaume-Uni, le modèle de référence ? », *Chroniques économiques*, 1994, p. 171.

Dumez Hervé, Jeunemaître Alain, « Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques modèles de référence. », *R.I.D.E.*, 1999, p. 1.

Duprat Jean-Pierre, « La régulation des régulateurs », in *Administration publique et entreprise privée, coopération, concurrence et régulation*, 3ème Conférence internationale spécialisée, Berlin (Allemagne), éd. Institut International des Sciences Administratives, 2006.

Duprat Jean-Pierre, « La soumission des régulateurs à régulation », *A.J.D.A.*, 2006, p. 1203.

Dupuis-Toubol Frédérique, Jouyet Jean-Pierre, « La nouvelle réglementation française des télécommunications, présentation de la loi du 26 juillet 1996 », *Juris P.T.T.*, 1996, p. 3.

Dupuis-Toubol Frédérique, « Le juge en complémentarité du régulateur », in Frison-Roche Marie-Anne, Marimbert Jean (dir.), Forum de la régulation, « Régulateurs et juges » du 15 octobre 2001, *L.P.A.*, n°17, 23 janvier 2003, p. 17.

Epstein Jacques et Rabain Thomas, « Gouvernance d'entreprise : directive ou organe commun de régulation des marchés ? », *R.M.C.U.E.*, 2003, p. 317.

Espuglas Pierre, « Les télécommunications : un nouveau service public constitutionnel, à propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 23 juillet 1996 », *R.A.*, 1996, p. 510.

Everson Michelle, Majone Giandomenico, « Réforme institutionnelle : agences indépendantes, surveillance, coordination et contrôle procédural », in Olivier De Schutter, Notis Lebessis, John Paterson (eds.), *La gouvernance dans l'Union européenne*, Luxembourg, Office des publications officielles, 2000, p. 139.

Fages Fabrice, Rodrigues Stéphane, « La loi du 20 mai 2005 : la nouvelle régulation des activités postales », *A.J.D.A.*, 2005, p. 1896.

Favret Jean-Marc, « Le renforcement du rôle des autorités nationales dans la mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence. Le règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 », *A.J.D.A.*, 2004, p. 177.

Fichet Christophe, « De la régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », *L.P.A.*, 17 octobre 2003, n° 208, p. 3.

Finon Dominique, « Les nouvelles fonctions du régulateur et du gouvernement dans les industries électriques libéralisées : les leçons des expériences européennes », *Revue de l'Energie*, 1996, p. 225.

Finon Dominique, « Le contrôle public des industries électriques libéralisées », *Revue de l'Energie*, 1997, p. 244.

Fiquet Alain, « Vers une réconciliation entre l'Europe et les services publics : l'exemple de l'électricité », *A.J.D.A.*, 1998, p. 864.

Fournier Jacques, « La nouvelle réglementation des télécommunications », *C.J.E.G.*, 1997 p. 77.

Fournier Jacques, « Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne », *R.J.E.P. / C.J.E.G.*, 2005, p. 135.

Frison-Roche Marie Anne, « Libre propos sur le Service Public marchand dans la perspective de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle », *R.J.D.A.*, 1995, p. 847.

Frison-Roche Marie Anne, « La prochaine régulation des services publics de réseaux », *Gaz. Pal.*, 1996, p. 1189.

Frison-Roche Marie-Anne : « L'impartialité du juge », *D.* 1999, Chron., p. 53.

Frison-Roche Marie-Anne, « Les autorités de régulation confrontées à la CEDH », *L.P.A.*, 10 février 1999, n°29, p. 17-20.

Frison-Roche Marie Anne, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *Revue d'économie financière*, 2000, p. 85.

Frison-Roche Marie-Anne, « Exemples de régulation et de contrôles étrangers », in « La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché », colloque de l'association Droit et Démocratie, Palais du Luxembourg, 22 janvier 2001, *L.P.A.*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 34.

Frison-Roche Marie-Anne, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001 chron., p. 610.

Frison-Roche Marie-Anne, « Droit de la régulation », *Rencontres Petites Affiches* du 6 février 2002, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n°110, p. 3.

Frison-Roche Marie-Anne, « Le contrôle des organes de régulation », *D. Chron.*, 2003, p. 2810.

Frison-Roche Marie-Anne, « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, p. 126.

- Frison-Roche Marie-Anne**, « Contrat, concurrence, régulation », *R.T.D.Civ.*, 2004, p. 451.
- Frison-Roche Marie-Anne**, « Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur (les enseignements du cas *Sinerg*) », *Revue Lamy de la concurrence*, mai - juillet 2005, p. 107.
- Frison-Roche Marie-Anne**, « La dualité de juridictions appliquée à la régulation », *Revue Lamy de la concurrence*, 2005, p. 90.
- Fromont Michel**, « Le principe de sécurité juridique », *A.J.D.A.*, 1996, p. 178.
- Fromont Michel**, « L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1117.
- Furse Mark**, « The "essential facilities" doctrine in community law », *E.C.L.R.*, 1995, p. 469
- Gadea Nathalie**, « Les missions de service public dans le cadre de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », *R.R.J.*, 2001, p. 813.
- Gallot Jérôme**, « Qu'est-ce que la régulation ? Contribution à l'étude d'une définition », *Rev. conc. consom.*, 2001, p. 5-6.
- Gaudemet Yves**, « Le médiateur est-il une autorité administrative ? A propos des rapports du Médiateur et du juge administratif », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 117.
- Gaudemet Yves**, « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès », in *Les mutations contemporaines du Droit Public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 473.
- Gaudemet Yves**, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 561.
- Gazin fabienne, Lagondet Fabien**, « Le Conseil d'Etat, les services publics et le droit communautaire. A propos du rapport public du Conseil d'Etat pour 1994. », *Juris-classeur Europe*, octobre 1995, p. 1.
- Gély Marie-Laure**, « La réception de la conception objective de l'impartialité par le Conseil d'Etat », in *Environnements, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, P.U.G., 2004, p. 529.
- Geneste Bernard**, « La libéralisation du marché de l'électricité ». *R.A.E.*, 1997, p. 146.
- Genevois Bruno**, « Le Conseil Constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel, à propos de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 », *R.F.D.A.*, 1989, p. 215.

Genevois Bruno, « Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires, à propos de la décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, C.O.B. », *R.F.D.A.*, 1989, p. 671.

Gentot Michel, « Marchés et autorités administratives indépendantes », in « La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché », colloque de l'association Droit et Démocratie, Palais du Luxembourg, 22 janvier 2001, *L.P.A.*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 10.

Geoffron Patrice, « L'efficacité de la régulation par les quotas », *Rev. conc. consom.*, 2001, p.20.

Geradin Damien, « L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau, analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation », *C.D.E.*, 1999, p.13.

Geradin Damien, Petit Nicolas, « *The development of Agencies at EU and National levels : conceptual analysis and proposals for reform* », Jean Monnet Working Paper, janvier 2004, 62 pp.

Geradin Damien, « *The development of european regulatory agencies : what the EU should learn from the american experience* », *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, 2004, p. 1.

Geradin Damien, O'Donoghue Robert, « *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector* », The Global Competition Law Centre Working Papers Series, Bruges (Belgique), Working Paper, avril 2005.

Geradin Damien, Petit Nicolas, « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *R.T.D.E.*, 2005, p. 796.

Godet Romain, « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », *R.F.D.A.*, 2002, p. 957.

Gönenç Rauf, Maher Maria, Nicoletti Giuseppe, « Mise en oeuvre et effets de la réforme de la réglementation, leçons à tirer et problématique actuelle », *Revue économique de l'O.C.D.E.*, 2001, p. 11.

Grard Loïc, « Le contrôle des aides publiques. Panorama de la jurisprudence communautaire quant aux rôles respectifs de la Commission et du juge national », *R.A.E.*, 1998, p. 125.

Grard Loïc, « Les services d'intérêt économique général et le traité d'Amsterdam », *R.A.E.*, 1999, p. 197.

Grard Loïc, « Nouvelles régulations et nouveaux régulateurs dans le secteur des transports en Europe », *R.M.C.U.E.*, 2001, p. 258.

Grard Loïc, « Place et signification de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union pour le concept de service d'intérêt général », Allemagne, ERA-Forum, 2002, p. 158.

Grard Loïc, « Les transports dans le débat juridique sur les agences de régulation de la Communauté Européenne. » in *50 ans de droit communautaire, Mélanges en mémoire du Professeur Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 373.

Grard Loïc, « Sécurité et transport dans l'Union européenne, le recours aux agences de régulation », *Europe*, octobre 2003, p. 4.

Grard Loïc, « Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires : vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pédone, 2004, p. 83.

Grewe Dirk, Inotai András, Kramer Stefan, « *Two recent veto decisions under the new regulatory framework for electronic communications : The importance of competition law principles in market analysis* », *C.P.N.*, 2005, p. 49.

Guénaire Michel, « Le contrôle des Services Publics », *L.P.A.*, n°35, 18 février 2000, p. 12.

Guyomar Mattias, « Diverses applications du principe d'impartialité », *A.J.D.A.*, 2000, p. 126.

Hamon Francis, « Le marché intérieur de l'énergie : les directives électricité et gaz naturel », *A.J.D.A.*, 1998, p. 851.

Hansen Jean-Pierre, « La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre régulations hétérogènes », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, volume 2, 2004, p. 171.

Hatzopoulos Vassilis, « L'« *Open Network Provision* (ONP) » moyen de la dérégulation », *R.T.D.E.*, 1994, p. 63.

Hood Christopher, « *Concepts of control over Public bureaucracies: "Comptrol" and "Interpolable Balance"* », in « *The Public sector* », Berlin and New York, Franz-Xaver Kaufmann (Ed.), 1991, p. 347.

Idot Laurence, « Epilogue dans l'affaire pâte de Bois les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence », *Europe*, juin 1993, chronique, p. 1.

Idot Laurence, « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? A propos de quelques développements récents... », *Europe*, janvier 1996, chronique, p. 1.

Idot Laurence, « La réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications : la transposition en droit français de la directive 96/19 du 13 mars 1996 », *Europe*, octobre 1996, chronique, p. 1.

Idot Laurence, « Les règles applicables aux entreprises », *R.A.E., L.E.A.*, 1998, p. 114

Idot Laurence, « Règles de concurrence et régulations sectorielles » in « *La régulation des Services Publics en Europe* », Paris, Trans European Policy Studies Association, tome I, 1998, p. 229.

Idot Laurence, « Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application) », *C.D.E.*, 2003, p. 283.

Idot Laurence, « Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pédone, 2004, p. 117.

Idot Laurence, « Coopération au sein du Réseau européen de concurrence », *Europe*, mai 2007, p. 21.

Idoux Pascale, « Juger la régulation c'est encore réguler », *R.D.P.*, 2005, p. 1643.

Ingeborg Krimmer, « L'Autorité de régulation des télécommunications et le Conseil de la concurrence », in Boy Laurence (dir.), *Les pouvoirs de l'Autorité de régulation des télécommunications*, GIP Mission de recherche droit et justice, novembre 2000, p. 1.

Jacqué Jean-Paul, « L'éternel retour. Réflexion sur la comitologie », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, éd. de l'Université Libre de Bruxelles, vol. 1, 2003, p. 211.

Jaillard Pierre, « Télécommunications et régulation », *Rev. conc. consom.*, janvier-février 1997, p.5.

Jan Pascal, « Les agences européennes. Le hasard... et la nécessité », *L.P.A.*, 26 juin 2006, n° 126, p. 14.

Jaume Lucien, Soleil Sylvain, « Centralisation, décentralisation, retour sur quelques certitudes historiques », *A.J.D.A.*, 2005, p.760.

Jeanneney Pierre-Alain, « Le régulateur producteur de droit », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, volume 2, 2004.

Jenny François, « Réglementation des télécommunications, concurrence, régulation et télécommunications », *Rev. conc. consom.*, 1995, p. 76.

Jenny Frédéric, « La déréglementation des télécommunications : concurrence loyale ou concurrence efficace », *R.A.E.*, 1996, p. 91.

Jenny Frédéric, « Les relations entre le droit et l'économie dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », *Gaz. Pal.*, 1997, p. 260.

Jenny Frédéric, « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation. Les exemples étrangers : quelles leçons ? », *A.J.D.A.*, 1997, p. 217.

Jobart Jean-Charles, « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *R.R.J.*, 2004, p. 33.

Karpenschif Michael, « La privatisation des entreprises publiques: une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *R.F.D.A.*, 2002, p. 95.

Kelemen R. Daniel, « The European Independent Agencies and Regulation in the E.U. », Centre for European Studies (CEPS), Bruxelles, working Document, octobre 1997, p. 20.

Kovar Robert, « La “peau de chagrin”, ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics ». *Europe*, juillet 1992, chronique, p.1.

Kovar Robert, « La Cour de Justice et les entreprises chargées d’un service d’intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation régulée », 1^{ère} et 2^{ème} partie, *Europe*, juillet et août-septembre 1994, chronique, p.1.

Kovar Robert, « Droit communautaire et service public : esprit d’orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D.E.*, 1996, p. 215.

Kovar Robert, « Actions spécifiques et entreprises privatisées : donner et retenir ne vaut ? », *R.J.E.P. / C.J.E.G.*, 2002, p. 625.

Krüger Reinald, Di Mauro Luca, « *The Article 7 consultation mechanism : managing the consolidation of the internal market for electronic communications* », *C.P.N.*, 2003, p. 33.

Lafferrière François-Julien, « La dualité de juridictions, un principe fonctionnel ? », in *L’unité du droit Mélanges Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 395.

Laffont Jean-Jacques, « Nouvelles formes de réglementation », *Communications et stratégies*, 1991, p. 15.

Laffont Jean-Jacques, « La nouvelle économie de la réglementation, dix ans après », *Revue d’économie industrielle*, 1995, numéro spécial, p. 331.

Lamoureux François, « La politique Européenne des transports : bilan et perspectives », *L.P.A.* n°22, 30 janvier 2003, p. 16.

Landais Claire, Lenica Frédéric, « Sécurité juridique : la consécration », *A.J.D.A.*, 2006 p. 1028.

Larère Séverine, « Présentation des dispositions de la Loi du 3 janvier 2003 relatives à l’électricité », *R.J.E.P. / C.J.E.G.*, 2003, p. 323.

Lasserre Bruno, « L’autorité de régulation des télécommunications, ART » in « Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation », *A.J.D.A.*, 1997, p. 224.

Latour Xavier, « Les autorités indépendantes au sein de l’Union européenne », in *Mélanges Paul Sabourin*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 199.

Le Barbier-Le Bris Muriel, « Les principes d’autonomie institutionnelle et procédurale et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l’Union européenne, des Etats pas comme les autres », in *Le droit de l’Union européenne en principes, Liber amicorum en l’honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, p. 419.

Le Gall Arnaud, « Concurrence-distribution. Précisions sur la compétence de la Commission de régulation de l’électricité », *D.*, 2002, p. 2997.

Lemaire Christophe, « La libéralisation des marchés énergétiques, à propos de la transposition de la “Directive Gaz” en France. », *R.M.C.U.E.*, 2003, p. 642.

Lemaire Christophe, « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », *C.J.E.G.*, 2004, p. 406.

Lemaire Christophe, « Energie et services d'intérêt économique général », in Louis Jean-Victor, Rodrigues Stéphane (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 215.

Le Mestre Marie-Ange, « L'argument de droit comparé et les autorités administratives indépendantes », in Melleray Fabrice (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 133.

Lepage Henri, « L'école de Chicago et la concurrence », *Rev. conc. consom.*, 1981, p. 3.

Leroy Marc, « Légitimité de référence et régulation financière de l'action publique conventionnelle: le cas du contrat de Plan Etat-Région », *R.F.A.P.*, 1998 p105

Lesquins Jean Louis, « Réglementation et déréglementation situation et perspectives », *Rev. conc. consom.*, mai-juin 1994, p. 9.

Lesquins Jean-Louis, « Tutelle et régulation », *Rev. conc. consom.*, janvier-février 1997, p.9.

Lesquins Jean-Louis, « Avis du conseil de la concurrence sur les services financiers de laposte », *Rev. conc. Consom.*, janvier-février 1997, p.21.

Levilain Fabienne, Martin Sylvain, « Pour une concurrence effective, une meilleure interconnexion aux frontières », *Gaz. Pal.*, 2002, p. 17.

Lieberherr J.-Gérard, « Pour une agence européenne de l'énergie », *The European Union review*, juillet 2005, p. 23.

Linotte Didier et Simonin Guillaume, « L'Autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'Etat ? », *A.J.D.A.*, 2004, p. 143.

Lolli Alessandro, « Privatisation du système électrique en Grande-Bretagne et évolution du système électrique italien », *C.J.E.G.*, 1993, p. 205.

Lombard Martine, « A propos de la liberté de la concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.*, 1994, chronique, p. 163.

Lombard Martine, « Service postal communautaire », *A.J.D.A.*, 1998, p. 716.

Lombard Martine, « Mesures conservatoires prises par les autorités de régulation et principe d'impartialité », *D.A.*, février 2002, p. 36.

Lombard Martine, « Service public et service universel, ou la double inconsistance », in *Les Mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 507.

Lombard Martine, « Droit public de la régulation économique. Le droit français à l'épreuve des nouvelles théories économiques », *D.A.*, août 2004, p. 5.

Lombard Martine, « A la recherche de la régulation », *A.J.D.A.*, 2004, p. 289.

Lombard Martine, « Impartialité et dualité de fonctions administrative et contentieuse », *D.A.*, novembre 2004, comm. 168.

Lombard Martine, « La Régulation et la distinction du droit public et droit privé en droit français », in Auby Jean-Bernard., Freedland Mark, *La distinction du droit public et du droit privé (regards français et britanniques): une entente assez cordiale ?*, Paris, Panthéon Assas, 2004, p. 89.

Lombard Martine, « Les Limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole » in *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 673.

Lombard Martine, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, 2005, p. 530.

Lombard Martine, « L'articulation entre les pouvoirs du CSA et ceux du Conseil d'Etat », *D.A.*, 2005, p. 31.

Lombard Martine, « Référé-suspension et autorité de régulation », *D.A.*, 2005, p. 35.

Lombard Martine, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *R.J.E.P./C.J.E.G.*, 2005, p. 127.

Lombard Martine, « Le champion national, entre perspective de sciences politiques et analyse juridique », Atelier de la concurrence du 20 avril 2005 sur le champion national et le droit de la concurrence, *Rev. Conc. Consom.*, 2006, p. 4.

Lombard Martine, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *A.J.D.A.*, 2006, p. 79.

Lombard Martine, « « *Jus classicum* » : la régulation des activités postales », *C.J.E.G.*, 2006, p. 181.

Lombard Martine, « L'Etat actionnaire: une relation paradoxale avec le Code de commerce » in Teyssié Bernard., *Le code de commerce, 1807-2007: livre du bicentenaire -- Université Panthéon-Assas (Paris II)*, Paris, Dalloz, 2007, p. 183.

Lombard Martine, « L'Etat face à l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz: un pompier pyromane ? », *R.J.E.P.*, 2007, p. 317.

Lombard Martine, « Le droit administratif français est-il encore exportable ? », *J.C.P. A.*, 2007, p. 17.

Lombard Patrice, « Le service public du gaz sous les feux de l'actualité juridique », *A.J.D.A.*, 1998, p. 873.

Lombard Patrice, « Le secteur du gaz entre liberté et contrôle – La loi du 3 janvier 2003 », *R.J.E.P. / C.J.E.G.*, 2003 p. 278.

Lombart Patrice, « Le nouveau régime juridique du transport de gaz en France », *R.J.E.P. / C.J.E.G.*, 2005 p. 397.

Long Marceau, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », in « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.*, 1995, p. 497.

Longobardi Nino, « Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique. » *R.F.D.A.*, 1995, p. 171.

Longobardi Nino, « Autorités administratives indépendantes, une première approche », *L.P.A.*, n° 120, 6 octobre 1995, p. 4.

Longobardi Nino, « Les A.A.I. : laboratoire d'un nouveau droit administratif. » *L.P.A.* n°171 et 172 des 27 et 30 août 1999 p. 4 et 9.

Luben Ivan, « Le pouvoir de sanction de l'autorité de régulation des télécommunications », *A.J.D.A.*, 2001, numéro spécial, p. 121.

Machin Howard, « L'expérience britannique », in Timsit Gérard, Colliard Claude-Albert, *Les autorités administratives indépendantes*, Les voies du droit, Paris, PUF, 1988, p. 235.

Maire Emmanuelle, « Le cadre réglementaire de l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz en Europe », *R.D.U.E.*, 2001, p. 451.

Maisl Herbert, « La régulation des télécommunications, changements et perspectives » in « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.*, 1995, p. 449.

Maisl Herbert, « La nouvelle réglementation des télécommunications, commentaire de la loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications », *A.J.D.A.*, 1996, p. 762.

Maisl Herbert, « Les transformations récentes dans le droit de la correspondance », *A.J.D.A.*, 1997, p. 212.

Majone Giandomenico, « Innovations politiques et retards institutionnels » in « La régulation des Services Publics en Europe » tome II, Trans European Policy Studies Association, p. 213.

Majone Giandomenico,: « Managing europeanization, the european agencies », in Peterson John, Shackleton Michael (dir.), *The institutions of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2006, p. 193.

Malaret Garcia Elisenda, « L'expérience espagnole », in « Le service public », juin 1997, numéro spécial, p. 136.

Marcou Gérard, « Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l'ouverture à la concurrence » in « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.*, 1995, p. 462.

Marcou Gérard, « De l'idée de service public au service d'intérêt général », in Moderne Franck et Marcou Gérard : *L'idée de Service Public dans le Droit des Etats de l'Union Européenne*, collection Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2003, p.365.

Marcou Gérard, « La notion juridique de régulation », *A.J.D.A.*, 2006, p. 347.

Marimbert Jean, « L'autorité de régulation des télécommunications », *C.J.E.G.*, 2001, p. 465.

Marimbert Jean, « L'office des autorités de régulation » in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), « Droit de la régulation : questions d'actualité », *Rencontres petites affiches*, 6 février 2002, *L.P.A.* n°110, 3 juin 2002, p. 73.

Masson Antoine, « La hiérarchie des normes de droit dérivé dans le projet de traité modificatif : vers la fin de la confusion ? », *Europe*, janvier 2008, p. 4.

Massot Jean, « Les fondements des pouvoirs régaliens de l'Etat sur les marchés », in « La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché », colloque de l'association Droit et Démocratie, Palais du Luxembourg, 22 janvier 2001, *L.P.A.*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 6.

Mathieu Michel, « L'Europe à l'école américaine et britannique » in Dossier Sociétal : « Services publics et marché : l'ère des régulateurs », dirigé par Alain Vernholes, *Sociétal*, 2000, p.46.

Mattera A., « L'arrêt "Terminaux de Télécommunications" du 19 mars 1991 : interprétation et mise en oeuvre des articles 30/36 et 90 du traité CEE », *R.M.U.E.*, 1991, p. 245.

Melchior Michel, « Les communications de la Commission, contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités », in *La construction européenne, Mélanges Fernand Dehousse*, Bruxelles, éd. Labor, 1979, p. 243.

Melleray Fabrice, « Ecole de Bordeaux, école du service public et école duguiste », *R.D.P.*, 2001, p. 1887.

Melleray Fabrice : « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », *A.J.D.A.*, 2003, p. 711.

Melleray Fabrice, « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1224.

Merlin André, « Les autorités indépendantes, nouveau mode de gouvernance ? », discours tenu au Forum d'Iéna, Paris, le 22 juin 2006.

Mitard Eric, « L'impartialité administrative », *A.J.D.A.*, p. 478.

Moavero Milanesi Enzo, « Les services d'intérêt économique général, les entreprises publiques et les privatisations », *R.D.U.E.*, 2000, p. 117.

Moderne Franck, « Etude comparée, les modèles étrangers », in Timsit Gérard., Colliard Claude-Albert, *Les autorités administratives indépendantes*, Les voies du droit, Paris, PUF, 1988, p. 186.

- Moine Gérard**, « France Telecom face à l'ouverture à la concurrence ». *R.A.E.*, 1996, p. 95.
- Molinier Joël**, « Le régime contentieux des agences de l'Union européenne », in Couzinet Jean-François (dir.), *Les agences de l'Union Européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, études de l'IREDE, Toulouse, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 114.
- Morand Charles-Albert**, « Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire », *C.D.E.*, 1970, p. 623.
- Morand-Deville Jacqueline**, « La régulation des services publics en réseaux : télécommunications et électricité » *L.P.A.*, 22 septembre 2003, n°189, p. 3.
- Morgan de Rivery Eric, Le Berre-Dodet Nelly, Rabeux Louise**, « La longue marche vers la libéralisation du secteur postal », *R.A.E. – L.E.A.*, 2005, p. 439.
- Müller Isabelle**, « Les organismes communautaires décentralisés », *L.P.A.*, n° 10, 22 janvier 1997, p. 23.
- Naugès Sabine**, « L'articulation entre le droit commun de la concurrence et le droit de la régulation sectorielle », *A.J.D.A.*, 2007, p. 672.
- Nedjar Didier**, « Les compétences de la Commission des Communautés européennes et la situation des entreprises publiques, note sous l'arrêt de la C.J.C.E. du 19 mars 1991 « Terminaux » », *R.F.D.A.*, 1992, p. 291.
- Nicinski Sophie**, « Les organismes consultatifs dans le secteur des télécommunications », *A.J.D.A.*, 2002, p. 1499.
- Nicinski Sophie, Pintat Pierre**, « La libéralisation du secteur gazier », *A.J.D.A.*, 2003, p. 223.
- Nicinski Sophie**, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », *A.J.D.A.*, 2004, p. 751.
- Pais Antune Luis Miguel**, « L'article 90 du Traité CEE, obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission », *R.T.D.E.*, 1991, p. 187.
- Paroche Eric, Segura Catalán Maria Jesús**, « Garantie illimitée de l'Etat en faveur d'EDF : ouverture de la procédure formelle », *C.P.N.*, 2003, p. 88.
- Péraldi-Leneuf Fabienne**, « La libéralisation du marché des terminaux de télécommunications et la jurisprudence communautaire : une connexion en cours », *Europe*, chronique, février 1996, p.1.
- Pfersmann Otto**, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.*, 2001, p. 275.
- Pielow Johann-Christian, Courivaud Henri**, « « Service Public » en France et « Daseinvorsorge » en Allemagne : convergence des objectifs, diversité des moyens », *C.J.E.G.*, 2003, p. 572.

Pisier Evelyne, « Vous avez dit indépendantes ? Réflexion sur les autorités administratives indépendantes », *Pouvoirs*, 1988, p. 71.

Pochard Marcel, « Autorités administratives indépendantes et contrôle démocratique », *Cahiers de la Fonction publique*, novembre 2001, p. 3.

Poillot-Peruzzetto Sylvaine, « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », in « Internormativité et réseaux d'autorités, l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations » in Idot Laurence, Poillot-Peruzzetto Sylvaine (dir.), Toulouse, 24 octobre 2003, *L.P.A.*, 6 octobre 2004, n° 200, p. 23.

Ponthoreau Marie-Claire, « Trois interprétations de la globalisation juridique, approche critique des mutations du droit public », *A.J.D.A.*, 2006, p. 20.

Ponthoreau Marie-Claire, « “L'argument de droit comparé” et les processus d'hybridation des droits. Les réformes en droit administratif français », in Melleray Fabrice (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007, p. 23.

Poyer Luc, « La régulation des entreprises de réseaux au Royaume-Uni. », *Rev. conc. consom.*, janvier-février 1997, p. 15.

Prada Michel, « L'Etat et l'entreprise : les nouveaux acteurs de la régulation : démembrement ou renouvellement de l'Etat ? ». Bulletin mensuel de la COB, novembre 1999, p. 1.

Puy-Montbrun Guillaume, Martor Boris, « La Commission de Régulation de l'Electricité », *L.P.A.* n°10, 14 janvier 2000 p. 9.

Quilichini Paule, « La modernisation du service public de l'électricité », *L.P.A.*, n°217, 31 octobre 2000, p. 10.

Quilichini Paule, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1060.

Quiot Gérard, « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public et à France Télécom », *A.J.D.A.*, 2005, p. 813.

Quiriny Bernard, « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *R.D.P.*, 2006, p. 375.

Rainer Arnold, « Régulation économique et démocratie politique en Allemagne », in Lombard Martine (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2006, p. 83.

Rapp Lucien, « La réforme du régime juridique des télécommunications en France », *R.F.D.A.*, 1991, p. 244.

Rapp Lucien, « La politique de libéralisation des services en Europe, entre service public et service universel », *R.M.C.U.E.*, 1995, p. 352.

Rapp Lucien, « L'expérience américaine », in « Le service public », juin 1997, numéro spécial, p. 159.

- Rapp Lucien**, « Les nouvelles régulations économiques », *A.J.D.A.*, 2001, p. 560.
- Rapp Lucien**, « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », *A.J.D.A.*, 2004, p. 579.
- Rapp Lucien**, « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *A.J.D.A.*, 2004, p. 2047.
- Renaud Sébastien**, « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central » *R.R.J.*, 2001, p. 2203.
- Rials Stéphane**, « Charles Eisenmann, historien des idées politiques ou théoricien de l'Etat ? » in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 103.
- Ribs Jacques, Schwartz Rémy**, « L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes », *Gaz. Pal.*, 2000, p. 3.
- Richer Laurent**, « Le juge économiste ? », *A.J.D.A.*, 2000, p. 703.
- Richer Laurent**, « La régulation et les collectivités locales : l'exemple de l'électricité », *C.J.E.G.*, chronique, 2004, p. 109.
- Richer Laurent**, « Le règlement des différends par la Commission de Régulation de l'Energie », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Frank Moderne*, 2004, p. 393.
- Richer Laurent**, « Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz », *A.J.D.A.*, 2004, p. 2094.
- Ritleng Dominique**, « Le financement du service public face au droit communautaire », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1011.
- Robbe François**, « L'ouverture du marché de l'électricité et l'adaptation du service public », *C.J.E.G.*, 2000, p. 211.
- Robert Jacques**, « La bonne administration de la justice », *A.J.D.A.*, 1995, numéro spécial, p. 118.
- Rodrigues Stéphane**, « Comment intégrer les principes du service public dans le droit positif communautaire », in « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.*, 1995, p. 335.
- Rodrigues Stéphane, Desselas Stéphane**, « Marché unique et services publics : la Cour de justice poursuit sa quête de l'équilibre. A propos de l'arrêt de la C.J.C.E. du 23 octobre 1997, Commission c/ France, relatif aux monopoles d'importation et d'exportation d'Electricité de France et de Gaz de France », *L.P.A.*, 16 février 1998, n° 20, p. 9.
- Rodrigues Stéphane**, « Service Public et droit communautaire en 2001 : de la régulation à l'évaluation », *Europe*, février 2002, p.5.

Rodrigues Stéphane, « Vers une Loi européenne des services publics, de brèves considérations et une proposition à propos de l'article III-6 du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe », *R.M.C.U.E.*, 2003, p. 503.

Rodrigues Stéphane, « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation. », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1179.

Rodrigues Stéphane, « The regulation of Services of general economic interest : Telecommunication, Transport and Energy in five New Member States (Czech Republic, Hungary, Poland, Slovakia and Slovenia) », Synthèse de la Conférence internationale organisée par ISUPE, IWE et GEPE à Budapest les 21 et 22 octobre 2004.

Rodrigues Stéphane, « Apport(s) du droit communautaire au droit de la régulation des services publics », in Marcou Gérard, Moderne Frank, (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, tome I, 2005, p. 115.

Rodrigues Stéphane, « Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne – acquis et perspectives », in Louis Jean-Victor, Rodrigues Stéphane (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 421.

Rouban Luc, « Evaluation des politiques publiques et mouvement de dérégulation aux Etats-Unis », *R.F.A.P.*, 1984, p. 85.

Roussel Florence, « Pas de régulation sans régulateur : l'essor d'une autorité administrative indépendante imposée aux marchés », *Culture Droit*, 2005, p. 54.

Rouyère Aude, « La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation », *R.L.C.*, 2005, p. 109.

Rouyère Aude, « Responsabilité civile et régulation. Eléments d'une rencontre », in Frison-Roche Marie-Anne, (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2007, p. 19.

Ruete Matthias, « Une politique européenne de l'énergie », *L.P.A.*, 26 avril 2007, n° 84, p. 5.

Sablière Pierre, « Une nouvelle source du droit ? », *A.J.D.A.*, 2007, p. 66.

Sablière Pierre, « Libre propos sur les notions de réglementation, tutelle et régulation dans les rapports entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques », *C.J.E.G.*, 1997, p. 1.

Sabourin Paul, « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *A.J.D.A.*, 1983, p. 275.

Salomon Renaud, « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière : conformité aux garanties fondamentales », *J.C.P. G.*, 2000, p. 1907.

Shapiro Martin, « *The problem of Independent agencies in the U.S. and the E.U.* », *European Public Law*, 1997, p. 276.

Sauvé Jean Marc, « Les sanctions administratives en droit public français », in « Les sanctions administratives », *A.J.D.A.*, octobre 2001, numéro spécial, p. 16.

Schmidt-Assmann Eberhard, « Où va l'administration européenne ? », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 499.

Schmidt-Assmann Eberhard, « Le modèle de l' "administration composée" et le rôle du droit administratif européen », *R.F.D.A.*, 2006, p. 1246.

Schulte-Braucks Reinhard, « L'arrêt "British Telecom" : première pierre d'un droit européen des télécommunications », *R.M.C.*, 1986, p. 594.

Schwarze Jürgen, « Tendances vers un droit administratif commun en Europe », *R.T.D.E.*, 1993, p. 235.

Schwarze Jürgen, « L'expérience allemande », in « Le service public », juin 1997, numéro spécial, p. 150.

Seban Alain, « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), « Droit de la régulation : questions d'actualité », Rencontres petites affiches, 6 février 2002, *L.P.A.*, 3 juin 2002, n°110, p. 1.

Seban Alain, « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des Marchés Financiers, CE, Ass. 3 déc 1999, Didier », *R.F.D.A.*, 2000, p. 584.

Sériaux Alain, « Droit et Economie, sur l'unité de deux disciplines », *R.R.J.*, 2000, p. 887.

Silla Olivier, « Le second paquet ferroviaire : vers une régulation européenne des chemins de fer », *R.M.C.U.E.*, 2002, p.516.

Simon Denys, « Une théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel est-elle possible ? » Bref propos sur une tentative avortée du Tribunal de première instance (TPI 30 janvier 2002 max. mobil Telekommunikation service GmbH, T-54/99) », *Europe*, avril 2002, chronique p. 3.

Simon Denys, « Le principe de "bonne administration" ou "la bonne gouvernance" concrète », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum* en l'honneur de Jean Raux, Rennes, Apogée, 2006, p. 155.

Souty François, « Les sources théoriques de la pensée économique antitrust aux Etats-Unis: les enjeux nationaux et mondiaux de la politique de la concurrence. », *Rev. conc. consom.*, mai-juin 1994, p. 32.

Stirn Bernard, « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », *A.J.D.A.*, 1990, p. 591.

Stoffaës Christian, « La régulation des réseaux aux Etats-Unis, enseignements pour l'Europe », *R.A.E.*, 1994, p. 123.

Steckel Marie-Christine, « L'interdiction du cumul des mandats », *R.A.*, 2000, p. 76.

Subremon Alexandra, « Les obligations de service public dans les transports aériens », *R.M.C.U.E.*, 1999, p. 606.

Taillanter Loïc, « Le rôle de l'autorité de régulation des télécommunications dans la mise en œuvre de la libéralisation de la boucle locale des télécommunications », in *Contributions de*

droit européen, Cahiers de l'Institut de Recherche Européenne de Droit Economique, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 99.

Teitgen Colly Catherine, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », in Claude-Albert Colliard et Gérard Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 21.

Teitgen-Colly Catherine, « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p.177.

Thatcher Mark, « Concurrence ou complémentarité ? A propos de la délégation de pouvoirs », *R.F.A.P.*, 2004, p. 49.

Thomas Bruno, Lignières Paul, « Entreprises publiques : l'Etat va-t-il devenir un actionnaire comme les autres ? », *D.A.*, juin 2003, p. 46.

Timsit Gérard, « Etudes nationales, Royaume-Uni », in Timsit Gérard (dir.), *Les entreprises du secteur public dans les pays de la Communauté Européenne*. Actes du Colloque tenu à l'Université de Paris I les 9 et 10 mai 1985. Institut européen d'administration publique, Bruxelles, Bruylant, 1987, 595 pp.

Timsit Gérard, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *R.F.A.P.*, 1996, p.375-394.

Timsit Gérard, « Institution Notre Dame du Kreisker, mère de la régulation » in *Etat, loi, administration, Etat - loi - administration : mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Bruxelles, Bruylant, 1998 p. 440.

Tournepiche Anne-Marie, « Les communications : instruments privilégiés de l'action administrative de la Commission européenne », *R.M.C.U.E.*, 2002, p. 55.

Traoré Seydou, « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », *D.A.*, août – septembre 2004, p. 16.

Triantafyllou Dimitris, « De la libéralisation à la régulation des marchés », *R.D.U.E.*, 2007, p. 653.

Troper Michel, « L'interprétation de l'article 16 » in « La déclaration de 1789 », *Revue Droits*, 1988, p. 121.

Tuot Thierry, « La loi du 10 février 2000 un an après l'installation de la régulation du marché électrique », *C.J.E.G.*, 2001, p. 51.

Tuot Thierry, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes? Les organismes de régulation économique », in « Les sanctions administratives », *A.J.D.A.*, octobre 2001, numéro spécial, p. 135.

Tuot Thierry, « Il n'y aura pas de marché ouvert sans régulateur », *L.P.A.*, 23 octobre 2002, n°212, p. 4.

Tuot Thierry, « Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends », *R.F.D.A.*, 2003, p. 312.

Tuot Thierry, « Les barricades mystérieuses : quelques réflexions critiques sur l'ouverture à la concurrence des marchés du gaz et de l'électricité en France », *R.J.E.P. / C.J.E.G.*, 2003, p. 607.

Tuot Thierry, « A partir d'une ordonnance de référés : libre propos sur l'accès aux réseaux d'électricité », *C.J.E.G.*, 2004, p. 116.

Tuot Thierry, « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004 », chronique, *C.J.E.G.*, 2005, p. 1.

Tuot Thierry, « Perspectives d'évolution », in Lombard Martine (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2006, p.219.

Ubacht Jolien, « *Regulatory practice in Telecommunications Markets : How to grasp the "Real world of public action"* », Communications & strategies, 2004, p. 219.

Van der Esch Baastiaan, « Dérégulation, autorégulation et le régime de concurrence non faussée dans la CEE », *C.D.E.*, 1992, p. 499.

Vandermeeren Roland, « Permanence et actualité du droit au juge », *A.J.D.A.*, 2005, p. 1102.

Van Eeckhout Arnaud, « L'affaire des licences UMTS », *Concurrences*, 2004, p. 108.

Varin Katherine, « Les services publics au Royaume-Uni », in Quin Claude, Jeannot Gilles (dir.), *Un service public pour les européens. Diversités des traditions et espaces de convergences*, Ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement, Paris, La Documentation française, 1997, 300 pp.

Voisset Michèle, « Le service public autrement », in « Le service public et la construction communautaire », *R.F.D.A.*, 1995, p. 314.

Wachsmann Anne, Berrod Frédérique, « Les critères de justification des monopoles : un premier bilan après l'affaire *Corbeau* », *RTDE*, 1994, p. 39.

Wengarten Florence, « La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire », *C.J.E.G.*, 1998, p. 472.

Wood Michael, « The Public Service model of regulation in the UK », in *La regulation des Services Publics en Europe*, Paris, TEC&DOC, 1999, p. 49.

Yataganas Xénophon, « Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independant agencies » Jean Monnet Working Paper, 03/01.

Zarka Jean-Claude, « A propos du rôle prépondérant de la Commission dans la recherche des infractions aux règles de concurrence », *D.*, 2007, p. 1738.

Zavoli Philippe, « Le pouvoir des autorités administratives indépendantes au regard des exigences du procès équitable » (CE, section, 20 octobre 2000), *Revue Lamy droit des affaires*, 2001, p. 5.

Ziller Jacques, « L'interrégulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation », in « La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? », Colloque organisé par l'ENA, *R.F.A.P.*, 2004, p. 17.

Zoller Elisabeth, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, 2000, p. 121.

Zoller Elisabeth, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », in Lombard Martine (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2006, p. 167.

Zoller Elisabeth : « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *R.F.D.A.*, 2004, p. 757.

Articles, Notes et Chroniques droit américain

Glachant Jean-Michel, « La crise californienne, accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l'électricité ? », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les risques de la régulation*, Droit et économie de la régulation, Volume 3, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2005, p. 29.

Moe Terry, « Interests, Institutions, and Positive Theory : the politics of the NLRB », in *Studies in American Political Development*, ed. Karen Orren and Stephen Skowronek, vol. 2, 1987, 2, p. 236.

Posner Richard, « Theories of economic regulation », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974, p. 335.

Stigler George, « The theory of economic regulation », *The Bell Journal of Economic and Management Science*, 1971, p. 3.

Custos Dominique, « Agences indépendantes de régulation américaines (*Independent Regulatory Commissions* ou IRC) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI) », *Politiques et management public*, vol. 12, n° 1, mars 2002, p. 67.

Articles, Notes et Chroniques droit espagnol

Alonso Soto Ricardo, « *Los organismos reguladores y la defensa de la competencia: comisión del mercado de las telecomunicaciones v. autoridades de defensa de la competencia* », in Beneyto Pérez José María, González Orús Jerónimo Maillo (dir.), *Regulación y competencia en telecomunicaciones*, Instituto de Estudios Europeos, Dykinson, Madrid, 2002.

Ariño Ortiz Gaspar, « *Teoría y practica de la regulación para la competencia* », Universidad autonoma de Madrid, Working paper, décembre 1995.

Bravo-Ferrer Delgado Miguel, « *Atribuciones de la CMT en materia de competencia: examen de la resolución de 17 de marzo de 2005* », *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2005, p. 27.

Cassagne Juan Carlos, « *El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción)* », *RAP*, mai 1996, p. 95.

Franch Saguer Marta, « *La seguridad alimentaria: las agencias de seguridad alimentaria* », *RAP*, 2002, p. 315.

García Llovet Enrique, « *Las Autoridades Administrativas Independientes y el Estado de derecho* », *REDA*, 1993, p. 61.

García Trevijano Fos J. A., « *Aspectos de la administración económica* », *RAP*, 1953, p. 11.

Jiménez Asensio Rafael, « *La dirección de la Administración pública como función del Gobierno* », *Revista Vasca de Administración Pública*, 1992, p. 85.

López de Lerma i López Josep, « *Agencias independientes. Origen, naturaleza jurídico-constitucional y control parlamentario* », *Revista de las Cortes Generales*, 2002, p. 7.

Merino Merchán José Fernando, « *La administración de las telecomunicaciones* », in Cremades Javier, Mayor Menéndez Pablo (coord.), *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*, edición La Ley-Actualidad, Ministerio de fomento, Madrid, 1999.

Nebreda Pérez Joaquín María, « *Arbitraje y entes reguladores (C.N.E. y C.M.T.)* », *Revista del derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, 2002, p. 39.

Pedraz Calvo Mercedes, Rubí Navarrete Jesús, « *Delimitación de competencias entre los órganos horizontales de defensa de la competencia y los órganos regulatorios sectoriales* », *Anuario de la competencia 2001*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 134.

Pomed Sánchez Luis Alberto, « *Fundamento y naturaleza Jurídica de las administraciones independientes* », *RAP.*, 1993, p. 117.

Sala Arquer José Manuel, « *El Estado Neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes* », *REDA*, 1984, p. 401.

Serrano González Marina, « *Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación* », in *Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años de experiencia*, Cizur Menor, Navarra, editorial Aranzadi, 2006.

Torre Cavia Marta, « *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones* », in Cremades Javier (coord.), *Derecho de las telecomunicaciones*, Madrid, Edición La Ley-Actualidad, Ministerio de fomento, 1997.

Vasconcelos Jorge, « *La armonización de las regulaciones nacionales: hacia el mercado único de la energía* », in *Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años de experiencia*, Cizur Menor, Navarra, editorial Aranzadi, 2006.

Articles, Notes et Chroniques droit britannique

Bell John, « L'expérience Britannique » in « Le Service Public public : unité et diversité », *A.J.D.A.*, 1997, numéro spécial, p. 130.

Chester Norman, « *Fringe Bodies, Quangos and all that* », *Public Administration*, 1979, p. 51.

Davidovici Myriam, « Les agences britanniques de réglementation, le cas d'OFGAS », François Lévêque (dir.), Centre d'Economie Industrielle, Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris, CERNA, juin 1995.

Dumez Hervé, Jeunemaître Alain, « La régulation des monopoles au Royaume-Uni. Le modèle de référence. », *Chroniques Economiques*, 15 mai 1994, n° 5, p. 171.

Dunsire Andrew, « Le débat secteur public – secteur privé : l'expérience du Royaume-Uni », *RISA*, 1999, p. 33.

Feintuck Mike, « La régulation des services publics en Grande-Bretagne. Passé, présent et avenir. », in *Europe, Concurrence et Service Public*, Masson (Paris), Armand Collin, 1995, p. 131.

Hogwood Brian, « Evolutions des organismes de réglementation en Grande-Bretagne », *RISA*, 1990, p. 736.

Lavrijssen Saskia, De Visser Maartje, « *Independent administrative authorities and the standard of judicial review* », *Utrecht Law Review*, 2006, p. 111.

McGowan Francis, « La réforme des entreprises d'utilité publique au Royaume-Uni. L'impact sur les services publics », in *Europe, Concurrence et Services publics*, Masson, (Paris), Armand Collin, 1995, p. 94.

Stevens Anne, « Royaume-Uni : les agences d'exécution et leur impact sur le *civil service* », *R.F.A.P.*, 1990, p. 485.

Woodhouse Diana, « *Ministerial Responsibility* », in Bogdanor Vernon (dir.), *The British Constitution in the 20th century*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 281.

Zwart Tom, « *Judicial review of agency actions : the scope of review* », in Zwart Tom, Verhey Luc, *Agencies in European Union and comparative law*, Anvers, Intersentia/Metro, Institut G.-J. Wiarda, Université d'Utrecht, 2003, p. 171.

Articles, Notes et Chroniques droit italien

Colombini Giovanna, Massera Alberto, « Le contrôle des décisions administratives en Italie », *A.J.D.A.*, 1999, p. 668.

Cassese Sabino, « *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia* », *Economia pubblica*, 1996, p. 5.

Della Cananea Giacinto, « *Cooperazione e integrazione nel sistema amministrativo delle Comunità europee: la questione della 'comitologia'* », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, p. 655.

Della Cananea Giacinto, « *Reforming the state, administrative reform in Italy under the Ciampi government* », *West European Politics*, 1996, p. 321.

Della Cananea Giacinto, « *Italy* », in Kassim Hussein, Menon Anand, Peters B. Guy, Wright Vincent (dir), *The National Co-ordination of EU Policy: The European Level*, Oxford/New-York, Oxford University Press, 2002, p. 376.

Della Cananea Giacinto, « *La réglementation des services publics en Italie* », *RISA*, 2002, p. 81.

Della Cananea Giacinto, « *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti* », *Relazione al convegno di Siena sul tema « Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti »*, 31 maggio – 1^{er} giugno 2002, dactyl. 16 pp.

Della Cananea Giacinto, « *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazione elettroniche* », 2004, dactyl., 14 pp.

Della Cananea Giacinto, « *Beyond the State: the Europeanization and globalization of procedural administrative law* », *European Public Law*, 2003, p. 563.

Della Cananea Giacinto, « *Legittimazione e "accountability" nell'organizzazione mondiale del commercio* », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, p. 731.

Della Cananea Giacinto, « *The European Union's Mixed Administrative Proceedings* », *Law & Contemporary Problems*, 2005, p. 197.

Della Cananea Giacinto, « *Equivalent Standards under Domestic Administrative Law : a Comparative Perspective* » in *Investment Treaty Law : Current Issues*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 112.

Franchini Claudio, « *Le Autorità Amministrative Indipendenti* », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1988, p. 549.

Gnes M., « *The Italian Independent Administrative Authorities : the transplantation of an American experience* », *European Public Law*, 1997, p. 38.

Luciani Massimo, « *La constitutionnalisation du droit au juge en Italie* », in Rideau Joël (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 119.

Massera A., « *"Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato* », in *Studi in onore di M. S. Giannini*, Milan, 1988, III, p. 449 et s.

Vesperini Giulio, Battini Stefano, Della Cananea Giacinto, « *L'administration italienne aujourd'hui* », *R.F.A.P.*, 1993, p. 393.

Articles, Notes et Chroniques droit allemand

Buchner Lutz Michael, « La réforme allemande des postes et télécommunications de 1994 », *Juris P.T.T.*, 2^{ème} trimestre 1994, p. 3.

Buchner Lutz Michael, « Postes et télécommunications en Allemagne : du monopole à la concurrence – la libéralisation et la réglementation du secteur », *Juris P.T.T.*, 4^{ème} trimestre 1996, p. 17.

Schwarze Jürgen, « Le service public : l'expérience allemande », in « Le service public : unité et diversité », *A.J.D.A.*, 20 juin 1997, numéro spécial p. 150.

Wolf Dieter, « La régulation et la concurrence en Allemagne », *L.P.A.*, 10 juillet 1998, n° 82, p. 8.

Ziller Jacques, « Les entreprises du secteur public de l'Etat en République Fédérale d'Allemagne », in Timsit Gérard (dir.), *Les entreprises du secteur public dans les pays de la communauté européenne*, actes du colloque tenu à l'Université de Paris I les 9 et 10 mai 1985. Institut Européen d'Administration Publique (I.E.A.P.), 1987, p. 409.

VI Rapports, Etudes, Communications, Avis , Résolutions et débats

Balladur Edouard, « Une V^{ème} République plus démocratique », Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, Paris, La Documentation française, 2007, 181 pp.

Banque Mondiale, «*Doing Business in 2004, understanding regulation*», World Bank, the International Finance Corporation, Oxford, Oxford University Press, 2004, 195 pp.

Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire d'évaluation de la législation, par M. Patrice Gélard, tome I ; Frison-Roche Marie-Anne, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », tome II ; Pontier Jean-Marie, « Etude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes » tome III, du 15 juin 2006.

Rapport d'information de M. Bruno Retailleau, fait au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique », 27 juin 2007, n° 350, 150 pp.

Rapport d'information sur les agences européennes de la délégation pour l'Union européenne au Sénat, par Marie-Thérèse Hermange, 27 octobre 2005, n° 58, 45 pp.

Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur les agences européennes, par M. Christian Philip, 3 mai 2006, n° 3069, 116 pp.

Rapport Hubert Prévot, « Rapport de synthèse à l'issue du débat public sur l'avenir du service public de la Poste et des Télécommunications », 31 juillet 1989, Paris, La Documentation française.

Rapport Lasserre, « Quelle réglementation pour les télécommunications françaises ? », 1994, in *Computer & Telecoms Law review*, 1994, p. 82.

Rapport Denoix de Saint Marc, « Le service public », coll. Rapports officiels, Paris, La documentation française, 1996, 78 pp.

Cohen Elie, Henry Claude, « Service public, secteur public », coll. Rapports officiels, Paris, La Documentation française, 1997, 105 pp.

Rapport Borotra, « Faut-il défendre le service public ? », rapport d'information de la délégation pour l'Union européenne de l'Assemblée nationale, Franck Borotra, n° 2260, octobre 1995, Direction de l'information de l'Assemblée nationale, Paris, 121 pp.

Commissariat général du plan, « Services publics, questions d'avenir », rapport de la commission présidée par Christophe Stoffaës, Paris, éditions Odile Jacob, La Documentation française, septembre 1995, p. 94.

Commissariat général du plan, « Services Publics en réseaux : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », rapport du groupe présidé par Jean Bergougnoux, Paris, La Documentation française, 2000, 347 pp.

Commissariat général du plan, « Réguler les services publics en réseaux : l'expérience européenne », rapport dirigé par Claude Henry, Michel Matheu et Alain Jeunemaître, Paris, La Documentation française, mars 2003, 310 pp.

Commissariat général du plan, « Services publics en réseaux : éléments de prospective de la régulation », *Le quatre pages*, 15 juin 2004.

Conseil d'Etat, Rapport public 1992, « L'Europe : l'adaptation du droit français au droit communautaire », E.D.C.E., Paris, La Documentation française, 1992, n° 44, p. 223.

Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », E.D.C.E., Paris, La Documentation française, 2001, n° 52, p. 253.

Dossier Sociétal, « Services publics et marché : l'ère des régulateurs », dirigé par Alain Vernholes, *Sociétal*, 2000, p.46.

ENA, Rapport, « Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne », promotion Marc Bloch (1995-1997), Paris, La documentation française, tomes I et II, 1997, 930 pp.

Notes et études documentaires, « Le secteur public aux Etats-Unis », 14 novembre 1972, n°3941-3942.

Rapport du groupe de réflexion présidé par Christian Stoffaës, « Vers une régulation européenne des réseaux », Coll. ISUPE, novembre 2003.

Rapport d'information « La Poste, opérateur de service public face à l'évolution technique et à la transformation du paysage postal européen », Commission des affaires économiques, Sénateur Gérard Larcher, 11 juin 2003, n° 344.

Rapport Commission d'enquête du Sénat, « La politique énergétique de la France : passion ou raison ? », Revol H., Rapporteur, Valade J., Président, n° 439, 20 mai 1998.

Etude réalisée par la Commission Européenne, « *Issues Associated with the creation of a european regulatory authority for telecommunications* », 1997.

Rapports, Etudes, Communications, Avis et Résolutions britanniques

House of Lords, Select Committee on the Constitution, 6th report of Session 2003-2004: « *The Regulatory State: ensuring its accountability* ». Vol. 1, 6 mai 2004.

Department of Trade and Industry, « *Memorandum on the Economic Regulators* », dans le cadre de: House of Lords, Select Committee on the Constitution, 6th report of Session 2003-2004: « *The Regulatory State: ensuring its accountability* ». Vol. 1, 6 mai 2004.

Mémorandum du Professeur Stephen Littlechild, annexé au sixième rapport de la Session 2003-2004, du *Select Committee* de la *House of Lords* : « The regulatory State : ensuring its accountability », Volume 1, HL Paper 68-I.

Mémorandum du Professeur Brian Carsberg, annexé au sixième rapport de la Session 2003-2004, du *Select Committee* de la *House of Lords* : « The regulatory State : ensuring its accountability », Volume 1, HL Paper 68-I.

L. Pliatzky, *Report on Non-Departmental Public Bodies*, London, HMSO (Cmnd 7797), 1980, 186 p..

Cabinet Office, « *Public Bodies 2005* », Agencies and Public Bodies Team
Adam Smith Institute, « But who will regulate the regulators ? », Adam Smith Research Trust London 1993.

Cabinet Office, *Public Bodies 1999*, p. VI.

Livre Vert, « *A fair deal for consumers : modernizing the framework for utility regulation* », (CCm 3898, 1998), mars 1998.

Department of Trade and Industry, « *A fair deal for consumers : modernizing the framework for utility regulation. The response to consultation* », 1998. Disponible sur: <http://www.dti.gov.uk/>, site internet DTI, consulté en décembre 2005.

Ofcom, « *A case study on public sector mergers and regulatory structures* », The Stationery Office, 2005.

Ofcom, « *Licence and administrative fees, statement of principles for Broadcasting Act Licences and Telecommunication Regulation* », 2006, source : <http://www.ofcom.org.uk>, juillet 2007.

Brèves et actualités :

Ait-El-Kadi Zéhina, « Financement des services publics : la Commission européenne annonce une conciliation », *A.J.D.A.*, 2004, p. 416.

Brillié Marina, « Les collectivités territoriales, futurs opérateurs de télécommunications ? », *A.J.D.A.*, 2004, p. 62.

Brillié Marina, « Les services d'intérêt général, « pilier du modèle européen de société » », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1053.

Chevallier Jacques, « La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité, A. Laget-Annamayer », *R.D.P.*, 2003, p. 1185.

Castagnet Geneviève, Combenege Jean-Paul, « Télécommunications : fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, directive 92/44/CEE du 5 juin 1992 », *Europe*, Octobre 1992, p. 1.

Idot Laurence, « L'ouverture à la concurrence des services postaux franchit un nouveau pas... » (à propos de la Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 juin 2002 modifiant la Directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la communauté : J.O.C.E. n°L176, 5 juillet 2002.), *Europe*, octobre 2002, p. 23.

Idot Laurence, « Coopération au sein du réseau européen de concurrence », *Europe*, mai 2007, p. 21.

Katz David, « Création d'un groupe de régulateurs dans le domaine de l'électricité et du gaz », *J.C.P. A.*, 2004, p. 251.

Mariatte Flavien, « Informations du secteur public, adoption de la Directive sur la réutilisation des informations du secteur public. », *Europe*, mars 2004, p. 20.

Melka Laureen, « EDF et Gaz de France : adoption du nouveau statut en première lecture ». *A.J.D.A.*, 2004, p. 1326.

Richer Laurent, Jeanneney Pierre-Alain, Charbit Nicolas, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *A.J.D.A.*, 2004, p. 73.

Richer Laurent, Jeanneney Pierre-Alain, Charbit Nicolas, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *A.J.D.A.*, 2004, p. 849.

Richer Laurent, Jeanneney Pierre-Alain, Charbit Nicolas, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *A.J.D.A.*, 2006, p. 476.

Royer Erwan, « Libéralisation du marché du gaz et sécurité d'approvisionnement », *A.J.D.A.*, 2004, p. 624.

Royer Erwan, « Vers une plus forte implication des collectivités territoriales dans les télécommunications », *A.J.D.A.*, 2004, p. 799.

Royer Erwan, « La réforme du statut d'EDF-GDF », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1111.

Truchet Didier, « L'idée d'un corps de règles commun aux services publics s'imposera », *A.J.D.A.*, 2004, p. 116.

Index

-A-

Abus de position dominante : 45-53, 127-138, 557, 563-579, 586, 596.

Abus quasi-automatique : 136, 137, 169.

Accountability (Reddition de comptes / Responsabilité) : 81-88, 193, 440 et s., 817 et s.

ACRE : 757-780, 782-798, 812, 816-834.

Administrative procedural act : 44, 73, 81, 82, 89, 827, 829, 832.

A.E.E.G. : 149, 273, 285, 293, 296, 343, 345, 350, 397, 415.

A.E.M.C.E. : 757-780, 782-798, 815-834.

A.G.Com : 273, 285, 293, 296, 316, 343-345, 354, 376, 415, 585, 614, 715.

A.M.F. : 338, 339, 511, 599, 611.

ARCEP : 268, 285, 293, 296, 304, 311-328, 334, 343, 345, 355, 378-398, 410, 411, 425-429, 435-437, 447, 475, 482-484, 494, 497, 504, 517-522, 529, 565, 584-586, 592, 604-616, 621-624, 644, 788, 790.

A.R.T. : 267-269, 330, 335, 339, 343, 405, 425 et s., 480, 500 et s., 516, 522 et s., 562 et s., 593, 624.

Autonomie : 31, 94, 64.

Autonomie institutionnelle et procédurale : 245, 252-255, 278, 555, 566, 579.

Autorégulation : 3, 287, 568.

Autorités administratives indépendantes : 171-220.

Autorités nationales de concurrence : 370, 553-601, 714.

- *Autorità garante della Concorrenza e del Mercato* : 200, 572, 581.
- *Comisión nacional de la competencia* : 582, 586.
- Conseil de la concurrence : 269, 480, 484, 562-570, 584 et s., 592-600, 620.
- *Tribunal de defensa de la competencia* : 200, 271, 581, 582.
- *Bundeskartellamt* : 274, 568.
- *Autorità garante della Concorrenza e del Mercato* : 200, 572, 581.
- *Office of fair trading* : 100, 574 et s., 587 et s.

Autorités de régulation multi-sectorielles : 613 et s.

Autorité indépendante de régulation des services publics en réseaux : 620 et s.

Avis : 394-396.

-B-

Bundesnetzagentur : 266, 271, 274, 286, 292, 295, 299, 307, 316, 318, 354, 383, 418, 428, 451, 461, 475, 571, 581, 618 et s., 714.

Budget : 320 et s., 821 et s.

-C-

Capture : 44, 74 et s., 116, 229 et s., 272 et s., 300 et s., 328, 337-348, 399, 421, 458, 724, 762, 818.

C.E.D.H. : 469-472, 491, 506-518, 528.

C.E.E.R. : 694 et s., 739, 785, 786.

C.M.T. : 272, 293, 295-296, 299, 302, 306, 310, 315, 322, 331, 343, 354, 371, 377, 407, 414, 450, 475, 572, 674.

C.N.E. : 273, 291, 296, 302, 306, 309, 315, 318, 331 et s., 343, 349, 372, 377 et s., 407, 413, 414, 423, 427, 434, 450, 475.

Collaboration : 645-653, 668.

Collégialité : 64 et s., 114 et s., 282, 760 et s., 796 et s.

Commissaires : 282-318, 448 et s., 759 et s., 796 et s.

Commissaire du Gouvernement : 348 et s., 445, 762.

Commissions parlementaires : 448-454, 462-466.

Compétences :

- Autorités de régulation nationales : 391-440, 500 et s.
- ACRE/A.E.M.C.E. : 767 et s.
- Règles de répartition : 635 et s.

Constitutionnalité : 60 et s., 181 et s., 194 et s., 202-220, 403 et s., 431 et s.

Contradictoire : 419, 427, 432, 435, 505, 515, 517, 815.

Contrôle juridictionnel :

- Compétence : 476 et s.
- Etats-Unis : 85 et s.
- Légalité externe : 499 et s.
- Légalité interne : 519 et s.
- Royaume-Uni : 102 et s.

Coopération :

- Echelle communautaire : 629 et s.
- Echelle nationale : 551 et s.
- Loyale : 231, 244 et s., 253 et s., 470, 550, 629 et s., 656, 679.

Coordination : 684 et s.

CRE : 149, 284, 287, 288, 291, 300, 305, 311-314, 318, 321-328, 334, 335, 339-345, 353-356, 371, 375-379, 396, 399, 412, 418, 425 et s., 482 et s., 498, 502 et s., 532, 570, 584 et s., 641.

-E-

Egalité :

- Des chances : 3, 126-142.
- Principe : 121, 211.

Entreprises publiques : 94, 128, 130, 132, 133, 137, 141, 159, 165, 176, 245 et s., 741.

Equilibre institutionnel : 749 et s., 772, 800 et s.

Equilibre interpolable : 80 et s., 219, 224, 446, 817 et s.

E.R.G : 696 et s., 706 et s., 725, 738, 783 et s.

ERGEG : 389, 641, 696 et s., 706 et s., 726, 738, 783 et s.

Executive orders : 74, 82-85, 818.

Externalisation : 40 et s., 742 et s.

-F-

Financement : 333 et s., 821 et s.

Forum :

- De régulateurs : 611 et s., 625 et s.
- D'acteurs sectoriels : 689 et s.

-G-

GEMA : 115, 287, 303, 304, 307, 382, 487.

Groupe de liaison : 607 et s.

-I-

Impartialité : 33, 120 et s., 177 et s., 150-152, 740 et s.

- Objective : 120, 177 et s.
- Subjective : 120 et s., 177 et s.

Interpénétration des règles de droit : 554-566.

Interrégulation : 545 et s.

- Croisée : 553 et s.
- Sectorielle : 601 et s.
- Solidaire : 631 et s.
- En réseau : 684 et s.

Interdépendance : 34, 35, 549 et s., 684 et s.

Inter-indépendance : 35, 545 et s., 835.

Interventionnisme : 46, 154-163, 165, 246 et s.

IRA : 43 et s., 101 et s., 289, 804, 819, 829.

I.R.G. : 693 et s., 725, 739, 791.

-J-

Joint regulators group : 609 et s.

-M-

Motivation : 314 et s., 357, 395, 432, 504.

Monopoles : 50 et s., 76, 93, 55, 124, 127, 131 et s., 144, 156, 247, 256.

Mise en demeure : 434, 436, 494, 517, 529.

Missions parlementaires : 464 et s.

-N-

N.D.P.B. : 97 et s., 106 et s.

N.M.G.D. : 105 et s.

Neutralité : 120 et s., 174 et s.

-O-

Objectivité: 120 et s., 174 et s., 211.

OFCom : 107, 115, 287, 304, 306, 307, 311, 312, 314, 316, 344, 346, 350, 353, 382, 416, 449, 450, 453, 487, 609, 613, 787.

OFGEM : 107, 115, 303, 304, 335, 343, 353, 355, 356, 449, 450, 453, 609, 610, 615, 668.

-P-

Personnalité morale : 58, 69, 75, 184, 203, 338, 360, 379 et s., 533 et s., 671 et s., 753, 790.

Personnel : 342-347.

Politisation : 64-66, 288-290.

Porosité des secteurs : 601-605.

Position dominante : 657-661, 667.

Postcom : 107, 343, 382, 357, 450, 453, 465, 609, 610.

Pouvoirs :

- Consultatifs : 393-398, 439 et s., 734 et s., 768.

- De décision individuelle : 188, 417 et s., 734 et s., 750 et s., 754 et s., 770 et s., 812 et s.
- De règlement des différends : 68, 427 et s., 734 et s., 809 et s.
- De sanction : 430 et s., 527 et s., 734 et s., 809, 815 et s.
- Règlementaires : 67, 188, 403 et s., 734 et s., 814 et s.

Prototype d'autorité de régulation indépendante : 358-360.

Procédure de l'article 7 de la directive 2002/21/CE : 637-639, 658, 659, 664-669, 714, 715, 768, 789, 791.

Proportionnalité: 422, 432, 436, 527-529, 656, 789, 815.

Propositions : 396-398.

-Q-

« **Quatrième pouvoir** » : 74-75, 189-192.

-R-

Rapports d'activité des ARI : 755-756, 455-457, 494.

Recommandations :

- De la Commission : 657-659.
- Des ARI : (voir *infra* « *Soft law* »).

Reddition de comptes : voir *supra* *accountability*.

Règlements intérieurs : 351-352.

Responsabilité pour faute : 533 et s.

Responsabilité : voir *supra* : *accountability*.

-S-

Séparation de l'Etat actionnaire et de l'Etat régulateur : 39, 94, 122-130, 138-145, 159, 164 et s., 167, 172, 219, 237, 243, 251 et s., 260 et s., 276 et s., 373, 443, 739, 825.

Séparation des pouvoirs : 74, 191, 192, 430, 431, 802-804.

« *Soft law* » : 103, 342, 398-402, 693-695, 718, 814.

-U-

Unité de l'Etat : 181, 184, 192 et s.

Sommaire.....

Liste des abréviations

INTRODUCTION 1

1 L'objet : les autorités de régulation sectorielles..... 4

2 Le domaine : les services publics en réseaux..... 13

3 La délimitation : un choix représentatif d'Etats..... 24

4 La problématique : l'indépendance, caractéristique controversée 29

PARTIE I : LES FACTEURS DE L'INDEPENDANCE.....36

**TITRE I : L'EXTERNALISATION DANS LES MODELES
ANGLO-SAXONS..... 40**

**Chapitre I : La naissance d'un modèle de régulation externalisée, les
Independent Regulatory Agencies aux Etats-Unis..... 43**

**Section I : *Independent Regulatory Agencies* et externalisation des fonctions
de régulation 45**

§1 Une réponse institutionnelle aux défaillances du libre marché..... 45

A Les bases de l'interventionnisme étatique américain..... 46

B La naissance des *Independent Regulatory Agencies* 48

1 La création d' *Independent Regulatory Agencies* à compétence transversale
..... 49

2 Le développement des *Independent Regulatory Agencies* sectorielles..... 51

§2 Les caractéristiques de l'externalisation des fonctions dans les *Independent
Regulatory Agencies*..... 56

A L'organisation de l'externalisation..... 59

1 Délégation législative de compétences à un organe externalisé 59

2 Un organe collégial et biparti..... 64

3 Une confusion des pouvoirs 66

B L'indépendance des *Independent Regulatory Agencies*, garantie
d'externalisation..... 69

Section II : La quête de légitimité des *Independent Regulatory Agencies* ... 73

§1 Les critiques adressées aux *Independent Regulatory Agencies* 73

A Des critiques conceptuelles sur l'idée d'un « quatrième pouvoir » 74

B Des critiques fonctionnelles sur la « capture » des IRA..... 75

§2 L'« équilibre interpolable », contrepartie de l'externalisation..... 80

A Le contrôle interne des *Independent Regulatory Agencies* 81

B Le contrôle externe des *Independent Regulatory Agencies*..... 85

Conclusion du chapitre 89

Chapitre II : L'adaptation d'un modèle de régulation externalisée, l'Office personnifiée au Royaume-Uni	90
Section I : Influence combinée des usages nationaux et du « modèle états-unien »	91
§1 Une tradition d'externalisation éprouvée	91
A Le développement croissant des <i>Public Bodies</i>	92
B Le paradoxe du « Thatchérisme » : la chasse aux agences	97
§2 Une réponse pragmatique influencée par le modèle « repoussoir » des Etats-Unis	99
A Une réponse fonctionnelle aux besoins nés des privatisations	99
B Le « modèle repoussoir », l'expérience des Etats-Unis	101
Section II : La place du régulateur indépendant personnifié	105
§1 Appartenance controversée à la catégorie juridique des <i>Non-Ministerial Government Department</i> (N.M.G.D.)	105
A Des caractéristiques semblables aux N.D.P.B.	106
B Une appartenance formelle aux N.M.G.D.	107
§2 Les débuts difficiles de la régulation des <i>public utilities</i>	108
A Le principe de la personnification de la régulation	109
B Une régulation personnifiée conflictuelle	112
Conclusion du chapitre	116
Conclusion du titre	118

TITRE II : L'IMPARTIALITE EN EUROPE CONTINENTALE	120
Chapitre I : L'impartialité de la régulation imposée par le droit communautaire	124
Section I : L'impartialité du régulateur pour garantir l'égalité des chances entre opérateurs	126
§1 La condamnation jurisprudentielle du cumul des fonctions de réglementation et d'exploitation	127
A La condamnation des dérives du cumul des fonctions	127
B La condamnation du principe même de cumul des fonctions	130
§2 De la consécration textuelle de l'impartialité de la régulation à l'autorité de régulation nationale indépendante	138
A De la séparation des fonctions à la notion d'autorité réglementaire nationale indépendante	140
B De l'autorité réglementaire nationale à l'autorité de régulation nationale	146
C Le lien entre l'émergence des autorités de régulation et le principe d'impartialité	148
Section II : Les conséquences de l'impartialité de la régulation dans les Etats membres	153
§1 Les Etats membres interventionnistes	154
A Le domaine des postes et télécommunications	158
B Le domaine de l'énergie	161
§2 Le choix de la régulation indépendante de l'exécutif pour garantir l'objectif d'impartialité	163
A La frontière insaisissable entre interventionnisme et régulation indépendante	164
B Le choix des Etats membres pour la régulation indépendante de l'exécutif ..	167
Conclusion du chapitre	169

Chapitre II : L'impartialité de l'action publique, question résolue en droit interne	171
Section I : Une quête d'impartialité dans la gestion des domaines sensibles	173
§1 La difficile quête d'impartialité.....	174
A Concept de dépolitisation de l'Etat et notion d'impartialité administrative...	175
1 La thèse originelle de la dépolitisation de l'Etat	175
2 Neutralité, objectivité et impartialité administrative.....	177
3 Impartialité administrative et conception unitaire de l'Etat.....	181
B Une administration indépendante, « oxymore juridique »	184
1 Le caractère administratif des A.A.I.	186
2 L'hypothèse de l'autorité de régulation	188
3 L'hypothèse d'un quatrième pouvoir ?	189
C La relativisation de l'unité et de la subordination de l'administration	192
§2 Les domaines soumis à l'indépendance	194
A Une diversité de motifs politiques, économiques ou sociaux	195
B Domaines concernant des libertés fondamentales	196
C Domaines de régulation économique ou sociale	199
Section II : La présomption de constitutionnalité des autorités administratives indépendantes	202
§1 Le dépassement des difficultés constitutionnelles	202
A Des autorités bénéficiant généralement d'un statut légal	203
B La reconnaissance jurisprudentielle.....	204
C Le paradoxe de l'indépendance d'une autorité administrative.....	206
§2 La question du rattachement constitutionnel.....	210
A La recherche d'un fondement constitutionnel.....	210
B Le bénéfice d'une absence de constitutionnalisation	217
Conclusion du chapitre	220
Conclusion du titre	222
Conclusion de la partie.....	224

PARTIE II : LA RELATIVITE DE L'INDEPENDANCE.....227

TITRE I : L'INDEPENDANCE ORGANIQUE A PARFAIRE 229

Chapitre I : La difficile généralisation du principe de l'indépendance organique..... 230

Section I : L'ambivalence de l'indépendance organique requise par le droit communautaire

§1 L'indépendance principale vis-à-vis de l'opérateur	232
A L'indépendance face au secteur régulé	232
B Une indépendance juridique et de fonctionnement	234
1 Les contours jurisprudentiels de l'indépendance	235
2 L'indépendance dans le droit dérivé	237
§2 L'indépendance accessoire vis-à-vis de l'Etat interventionniste	239
A L'exigence d'une séparation structurelle effective pour l'Etat interventionniste	240
B L'effectivité de l'exigence assurée par les autorités communautaires	242

Section II : L'adaptation des Etats membres au principe de la régulation indépendante	244
§1 La délicate conciliation de la régulation indépendante et des principes du droit communautaire	245
A Régulation indépendante et régime de propriété des Etats membres	246
B Régulation indépendante et principe d'autonomie institutionnelle et procédurale	252
§2 L'adaptation institutionnelle dans les Etats membres	255
A Une adaptation institutionnelle hésitante : l'exemple des télécommunications en France	255
1 La gestion publique du service des postes et télécommunications	256
2 Une première tentative de régulation indépendante dans les télécommunications	257
3 L'échec de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation dans les télécommunications	260
B La généralisation européenne de la régulation indépendante	265
1 L'avènement de la régulation indépendante en France	266
2 La généralisation de la régulation indépendante dans les autres Etats membres	271
Conclusion du chapitre	276
Chapitre II : Les modalités de l'indépendance organique	278
Section I : L'indépendance liée à la composition des ARI	280
§1 L'indépendance à l'égard des pouvoirs publics par le mode de désignation des membres	281
A Le mode de nomination des membres	282
1 La collégialité des ARI	282
2 Les organes en charge de la nomination des commissaires	283
B Le choix des commissaires	288
1 La question de la composition politique des ARI	288
2 Le choix de personnes qualifiées	290
§2 L'indépendance à l'égard des pouvoirs publics par le mandat des membres ...	294
A Les caractères du mandat	294
1 La durée du mandat et sa périodicité	295
2 Le non renouvellement du mandat, garantie d'indépendance	298
3 Les incompatibilités avec d'autres mandats	300
B L'indépendance dans l'exercice du mandat des membres, l'inamovibilité ...	310
1 Les causes objectives de révocation	312
2 Les causes subjectives de révocation	314
Section II : L'indépendance liée au fonctionnement des ARI	318
§1 L'indépendance dans le fonctionnement budgétaire	320
A L'indépendance budgétaire	320
1 La proposition budgétaire, une menace pour l'indépendance	321
2 L'indépendance budgétaire par l'adéquation des moyens aux missions	324
3 La dialectique entre indépendance d'exécution et contrôles budgétaires ...	326
B L'allocation financière	333
1 L'origine des ressources et la problématique des ressources propres	333
2 Indépendance financière et personnalité morale	338
§2 L'indépendance dans la prise de décision	341
A L'indépendance par l'efficacité de fonctionnement des services	342
1 L'indépendance traduite dans la suffisance des moyens humains	342
2 La problématique des garanties d'indépendance du personnel	345

B L'indépendance dans le processus décisionnel	347
1 La représentation physique du pouvoir exécutif dans le processus décisionnel	348
2 La transparence du processus décisionnel, vitrine de l'indépendance	351
Conclusion du chapitre	358
Conclusion du titre	360

TITRE II : L'INDEPENDANCE FONCTIONNELLE A REORGANISER

362

Chapitre I : Des freins excessifs à l'indépendance	365
Section I : L'emprise des gouvernements	368
§1 Les causes des liens existants entre le pouvoir exécutif et les ARI	369
A Le partage de la fonction d'A.R.N. et l'enchevêtrement des compétences de régulation.....	369
B La relativité de la non subordination et de l'affirmation de l'indépendance..	375
§2 Les cas de subordination effective du régulateur indépendant	379
A L'absence de personnalité morale et l'encadrement indirect de l'ARI.....	379
B L'encadrement direct de certaines ARI.....	381
1 Un encadrement directif.....	382
2 Un encadrement correctif.....	384
3 La condamnation communautaire de cet encadrement fonctionnel	387
Section II : Les pouvoirs limités des ARI	391
§1 Des pouvoirs administratifs classiques restreints.....	391
A La simple participation au pouvoir normatif du gouvernement, témoignage de la place restreinte accordée aux ARI.....	393
1 Les avis, actes indicatifs.....	394
2 Les propositions, actes semi-contraignants.....	396
3 Les recommandations et leur fonction « quasi-réglementaire »	398
B Un pouvoir normatif réduit.....	402
1 L'encadrement constitutionnel du pouvoir réglementaire	403
2 Le champ d'application limité du pouvoir réglementaire.....	410
3 L'hétérogénéité du pouvoir de décisions individuelles	417
§2 Des pouvoirs quasi-juridictionnels plus étendus.....	419
A Les pouvoirs d'investigation.....	421
B La conciliation et le règlement des différends.....	424
1 La conciliation.....	426
2 Le règlement des différends	427
C Le pouvoir de sanction relativement étendu mais encadré.....	430
1 L'encadrement du pouvoir de sanction.....	431
2 La teneur du pouvoir de sanction révèle des variations entre les Etats membres	433
Conclusion du chapitre	438

Chapitre II : Les contrepoids nécessaires de l'indépendance	440
Section I : L'<i>accountability</i> du régulateur devant le Parlement	443
§1 L'encadrement parlementaire actuel de l'activité des ARI	446
A L'examen du rapport annuel par le Parlement	446
B L'audition du régulateur indépendant devant le Parlement.....	448
1 La reddition de comptes devant les commissions parlementaires sectorielles	448
2 La reddition de comptes devant les commissions parlementaires financières	452
§2 Propositions pour un encadrement parlementaire effectif de l'activité des ARI.....	454
A Le rapport annuel devrait être un outil d'évaluation et non d'information	455
B La recherche d'outils efficaces pour que la reddition de comptes soit suivie d'effets.....	457
C La nécessité de repenser la reddition de comptes devant les instances parlementaires	460
1 L'exclusion d'un contrôle démocratique intégré dans l'ARI.....	461
2 La reddition de comptes devant une commission parlementaire spécialisée	462
3 Les avantages d'un contrôle démocratique effectif.....	464
Section II : Le contrôle du régulateur par le Juge	466
§1 L'existence d'un contrôle juridictionnel	468
A Les fondements du contrôle	468
1 Les sources externes du contrôle des ARI	469
2 Les sources internes du contrôle des ARI	472
B Compétence juridictionnelle et efficacité du contrôle	476
1 La diversité des juridictions compétentes en France.....	479
2 La spécialisation de la juridiction compétente au Royaume-Uni.....	487
§2 La portée du contrôle juridictionnel	490
A Les actes insusceptibles de recours	493
1 Les actes consultatifs.....	493
2 Les recommandations, lettres et rapports	494
B L'influence du contrôle de légalité externe sur l'activité de l'ARI	499
1 L'encadrement de l'activité de l'ARI par le contrôle de légalité externe sur le fondement du droit national	500
2 L'encadrement de la procédure interne des ARI par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme	506
C L'intensité du contrôle de la légalité interne	519
1 Le recours en annulation contre les décisions des ARI devant le Conseil d'Etat	520
2 Le recours de pleine juridiction en matière de sanction et de règlement des différends.....	527
3 La responsabilité de l'Etat pour faute lourde de l'ARI, un contrôle restreint déguisé ?	533
Conclusion du chapitre	537
Conclusion du titre	540
Conclusion de la partie	542

PARTIE III : L'INTER-INDEPENDANCE.....545

TITRE I : L'INTERDEPENDANCE PAR L'AMENAGEMENT DE LA COOPERATION 549

Chapitre I : La coopération à l'échelle nationale..... 551

Section I : L'interrégulation croisée à approfondir 553

§1 L'inévitable interrégulation croisée	554
A Les difficultés inhérentes à l'application de deux types de règles sur des marchés en cours de libéralisation	555
1 L'indétermination des frontières entre droit de la régulation et droit <i>antitrust</i> sur des marchés à concurrence imparfaite.....	556
2 L'application cumulée des règles sectorielles et <i>antitrust</i>	559
3 La perméabilité entre le droit de la régulation et le droit <i>antitrust</i>	563
B L'indifférence du choix opéré par les Etats membres	566
1 L'abandon de l'unification des compétences en Allemagne.....	568
2 La spécialisation des compétences dans les pays de tradition romano-germanique	569
3 La concurrence des compétences au Royaume-Uni.....	573
§2 Les outils de l'interrégulation croisée	575
A Une coopération minimale suscitée par le droit communautaire	576
B L'organisation de la coopération prise en charge par le droit national	581
1 Le formalisme dans les pays de tradition romano-germanique : la saisine réciproque.....	583
2 Le consensualisme au Royaume-Uni : la répartition préalable des contentieux	587
§3 L'approfondissement nécessaire de l'interrégulation croisée	590
A Les carences des outils de l'interrégulation croisée	592
1 L'insécurité liée à la fonction de l'avis	592
2 L'hypothèse inadaptée de l'avis déterminant.....	594
B Une solution à explorer, le regroupement formel ou informel des autorités..	596
1 Les inconvénients liés à l'absence de procédure inter-institutionnelle	596
2 Le regroupement des autorités inspiré du Royaume-Uni et de l'Espagne ..	598

Section II : L'interrégulation sectorielle à reconfigurer 601

§1 L'interrégulation entre autorités sectorielles.....	603
A La coopération bilatérale entre autorités sectorielles	604
1 L'échange d'avis entre autorités sectorielles	605
2 Le Groupe de liaison entre l'ARCEP et le C.S.A.	607
B La coopération multilatérale entre autorités sectorielles	608
1 Le Joint Regulators Group	609
2 Vers l'institutionnalisation d'un « <i>forum</i> des régulateurs » ?	611
§2 L'autorité de régulation multi-sectorielle comme alternative à l'interrégulation entre autorités sectorielles	613
A Le cas des ARI bi-sectorielles	613
1 L'unification justifiée par des considérations sectorielles	614
2 L'unification justifiée par des considérations institutionnelles.....	616
B L'« autorité indépendante de régulation des services publics en réseaux » ...	618
1 La <i>Bundesnetzagentur</i> , prototype de l'« autorité indépendante de régulation des services publics en réseaux »	618
2 L'hypothèse d'une propagation de l'« autorité indépendante de régulation des services publics en réseaux » au regard du devenir des ARI.....	620

Conclusion du chapitre	627
Chapitre II : La coopération à l'échelle communautaire.....	629
Section I : L'interrégulation solidaire, signe précurseur d'un réseau d'ARI	631
§1 L'interrégulation « cloisonnée »	634
A La répartition des compétences	635
B La transmission d'informations	637
§2 L'interrégulation « décloisonnée ».....	639
A La consultation entre régulateurs indépendants	639
B La concertation des régulateurs indépendants	641
Section II : L'intervention de la Commission européenne, ébauche d'un	645
réseau supervisé	645
§1 La collaboration informationnelle.....	649
A Une collaboration ascendante dans le secteur des postes et celui de l'énergie	650
B Une collaboration circulaire dans le secteur des communications électroniques	652
§2 Les actes incitatifs de la Commission	653
A L'utilisation d'actes incitatifs et la question de leurs effets	653
B La recommandation sur les marchés pertinents.....	657
C Les lignes directrices sur l'analyse du marché et la détermination de la	659
puissance des opérateurs	659
§3 Le pouvoir de décision de la Commission	661
A Le pouvoir de veto de la Commission.....	662
1 La notification des projets de mesure.....	662
2 L'appréciation de la Commission	664
B La pratique institutionnelle et contentieuse	668
1 L'adaptation des autorités de régulation	668
2 Les hypothèses contentieuses entre la Commission et les ARI	670
Conclusion du chapitre	679
Conclusion du titre	681

TITRE II : L'INTERDEPENDANCE PAR L'INSTITUTIONNALISATION DE LA COORDINATION..... 684

Chapitre I : La coordination des autorités de régulation indépendantes	687
par la création de réseaux permanents	687
Section I : La coordination des ARI en réseau, un phénomène pluriel....	689
§1 Les « <i>Fora</i> » d'acteurs sectoriels	689
§2 Les groupes spontanés de régulateurs européens.....	692
A Le Groupe des régulateurs indépendants pour les télécommunications (I.R.G.)	693
B Le Conseil des régulateurs européens de l'énergie (C.E.E.R.).....	694
§3 Les groupes de régulateurs créés par la Commission européenne	696
A L'hétérogénéité des groupes de régulateurs	698
B L'E.R.G. et l'ERGEG organes de coordination et de conseil	700
Section II : L'indépendance dans le cadre de la coordination des ARI en	702
réseau	702
§1 Une appréhension horizontale, l'indépendance des membres du réseau	703

A L'incitation à l'indépendance par un effet d'assimilation.....	703
B L'incitation explicite à l'indépendance des ARI.....	706
§2 Une appréhension verticale, l'indépendance du réseau.....	707
A L'indépendance organique des groupes face à la Commission.....	708
B L'indépendance réciproque des groupes spontanés et des groupes créés.....	710
1 Un rapprochement des groupes de régulateurs sans assimilation.....	711
2 L'apport d'une réelle expertise indépendante.....	713
Conclusion du chapitre.....	718

Chapitre II : La coordination des autorités de régulation indépendantes par la création d'organismes communautaires décentralisés..... 719

Section I : La nécessité d'une autorité de régulation européenne

indépendante..... 722

§1 L'objectif de l'intégration des marchés..... 722

A Les problèmes liés au manque de coordination européenne..... 723

1 Le manque de coordination institutionnelle des ARI..... 723

2 Le manque de coordination fonctionnelle des ARI..... 724

3 Le manque de coordination sur des problématiques transnationales..... 726

B Les problèmes liés aux spécificités des secteurs régulés..... 727

1 Dans le secteur des communications électroniques..... 728

2 Dans le secteur de l'énergie..... 729

§2 La nécessité d'une autorité européenne dotée de forts pouvoirs..... 731

A L'autorité européenne, une solution parmi d'autres..... 731

1 La seule création d'une agence européenne ne peut tout résoudre..... 732

2 Les pouvoirs envisageables pour une véritable autorité européenne..... 734

B Le devenir des A.R.N. dans un schéma de régulation communautaire..... 737

1 La pérennité des A.R.N..... 737

2 La dissolution des groupes de régulateurs ?..... 738

§3 La nécessité d'une autorité européenne dotée d'une indépendance garantie.... 739

A L'impartialité, facteur d'indépendance face aux Etats membres..... 740

B L'externalisation, facteur d'indépendance face à la Commission..... 742

Section II : Des organismes communautaires décentralisés inadaptes..... 747

§1 Un cadre juridique trop strict..... 748

A Les limites posées par la jurisprudence *Meroni*..... 748

B Les différents types d'organismes disponibles..... 752

1 Les organismes communautaires décentralisés, une catégorie hétérogène. 753

2 Les agences de régulation, structure disponible mais inadaptee..... 754

§2 L'insuffisance des propositions de la Commission..... 757

A Le statut des organismes proposés..... 759

1 Le conseil d'administration..... 760

2 Le conseil des régulateurs..... 760

3 Le directeur..... 763

4 La commission de recours..... 765

B Les pouvoirs des organismes proposés..... 767

1 La nature des pouvoirs et leur champ d'application..... 768

2 La répartition interne des compétences décisionnelles..... 773

C Justifications et critique des carences relevées..... 775

Conclusion du chapitre..... 778

Chapitre III : La faisabilité juridique d'une coordination des autorités de régulation indépendantes conciliant indépendance et pouvoirs 779

Section I : Des solutions à droit constant respectant l'indépendance de l'entité 781

§1 L'approfondissement de la coordination au sein des groupes de régulateurs indépendants 782

A Une certaine opposition des groupes de régulateurs sur la création d'une agence 784

1 Des réserves dans le secteur de l'énergie 785

2 Un refus massif dans le secteur des communications électroniques 786

B Une comparaison fonctionnelle entre les propositions de la Commission et les groupes de régulateurs 788

C L'amélioration de l'efficacité des groupes de régulateurs 790

§2 L'adaptation du statut des agences proposées par la Commission aux exigences de l'indépendance 794

A L'abandon d'une vision homogène des structures 794

B La création d'autorités véritablement indépendantes 796

Section II : Des solutions à droit latent reconnaissant des pouvoirs à l'entité 798

§1 Les éléments en faveur de l'abandon du cadre juridique actuel 799

A L'adaptation du cadre jurisprudentiel 800

1 La désuétude de la jurisprudence *Meroni* 800

2 L'expérience de l'évolution du principe de « non-délégation » aux Etats-Unis 803

3 Une évolution de la conception communautaire de la délégation de pouvoirs à des autorités indépendantes 805

B L'hypothèse ajournée d'une base juridique dans les Traités 808

§2 Une véritable autorité de régulation européenne indépendante (A.R.E.I.) 811

A Un pouvoir de décision individuelle étendu 812

B Un pouvoir réglementaire technique 814

C Un pouvoir de sanction strictement défini 815

Section III : La conciliation par l'encadrement des autorités de régulation européennes indépendantes 816

§1 L'« équilibre interpolable » de l'encadrement 817

A Un contrôle d'efficacité sur l'activité des A.R.E.I. 818

1 Les contrôles d'efficacité administrative 818

2 Les contrôles d'efficacité et de régularité financières 821

B Un contrôle des actes des A.R.E.I. 823

1 Une réorganisation du contrôle interne 823

2 Un aménagement du contrôle de légalité 824

§2 La « légitimité interpolable » obtenue par l'uniformisation de l'encadrement. 826

Conclusion du chapitre 831

Conclusion du titre 833

Conclusion de partie 835

Conclusion générale 838

Bibliographie 843

Index 890