

Le droit, obstacle ou outil de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur de droit économique à Sciences Po (Paris)

Directeur de la Chaire Régulation

On lie le développement économique des pays et leur évolution juridique saine. Il faut le faire encore plus qu'il ne fit naguère, le droit en tant que tel étant alors considéré au-delà de l'usage qu'en font les États à travers leur politique publique économique. Ainsi, les rapports annuels de la Banque mondiale *Doing Business*, qui apprécient les règles de droit pays par pays dans leur aptitude à favoriser la création et le développement d'entreprises, sont une trace de cette considération plus autonome et directe du droit. Ces études peuvent être contestées, dans leur résultat, leur méthode ou la conception même que la Banque adopte du droit. Ce n'est pas ici la question¹. Donnons simplement acte à la Banque mondiale qu'elle lie droit et micro-économie, après avoir lié si fortement politiques publiques des États et macro-économie.

Par ce soulignement premier entre la construction économique d'un pays et sa construction juridique, on sous-entend par ces deux termes que le développement économique tend vers une organisation libérale de marché tandis que l'amélioration juridique fait référence à l'État de droit. D'une façon plus précise encore, l'organisation économique de référence suppose donc un espace concret sur lequel s'échangent des marchandises, leur mise en concurrence établissant un juste prix. L'État de droit impose quant à lui que celui qui a le pouvoir de créer de la contrainte juridique, générale (loi) ou particulière (acte administratif,

1. Sur cette question des rapports *Doing Business*, v. par ex., G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, coll. « Droit et Économie », LGDJ, 2006. Cet ouvrage approuve le principe d'évaluation de l'efficacité économique du droit. Pour une analyse plus critique, v. *Travaux de l'Association H. Capitans*, 2007.

contrat, jugement) soit également soumis à la puissance de droit. Cette auto-limitation de la puissance du droit par le droit lui-même définit l'État de droit.

L'articulation entre les deux déploiements, économique et juridique, marché et État de droit, peut tout d'abord être présentée comme une sorte de « prix à payer » pour le pays en cause. Ainsi, le respect des droits de l'homme, et pas seulement les droits des travailleurs, doivent accompagner les avantages concrets retirés du développement. Les droits adviennent alors en échange de la prospérité économique. Des pays comme la Chine ou l'Algérie ont produit de nombreux documents dans lesquels elles expriment leur volonté dans ce sens, alors même qu'elles n'ont plus nécessairement besoin de la puissance financière occidentale.

Si l'on conçoit les choses ainsi, alors en premier lieu, le lien est très massif, puisqu'il consiste en un nouage de deux systèmes, le système économique et le système juridique, sans distinguer au sein des deux telles ou telles situations, telles ou telles règles. S'il s'agit d'établir un marché, on utilisera d'une façon abstraite le droit des biens, des contrats et de la concurrence. Nous verrons plus loin que le lien est à la fois plus fin et plus concret, car ce sont des règles juridiques très particulières qui doivent être mises en place pour la régulation des infrastructures essentielles, notamment pour que les opérateurs économiques aient un droit d'accès effectif aux réseaux de transport, par exemple de l'énergie et des communications électroniques.

En deuxième lieu, le lien entre l'organisation économique et le système de droit relève de l'échange, puisqu'un pays organisé politiquement, et donc juridiquement d'une certaine façon, accepte une modification vers un autre système juridique, désigné comme l'État de droit. Par exemple, le mécanisme de la palabre au bénéfice de celui des tribunaux disparaît. Le mécanisme est donc pensé comme un don et un contre-don : ce que l'on gagne d'un côté (les droits des personnes), on le perd de l'autre (l'efficacité économique). Au mieux, le droit est un mal nécessaire. La Banque mondiale a souvent présenté l'efficacité économique comme celle obtenue par des pays dans lesquels il y a le moins de droit possible.

On peut au contraire poser que le droit et l'économie entretiennent entre eux un jeu à somme non nulle. Le droit n'est pas que la forme élégante de la force, ni le simple outil de l'initiative ponctuelle. Il est lui-même constitutif d'un système juridique, dans lequel on peut espérer que l'État de droit conduise à une économie de marché, elle-même plus respectueuse d'individus qui, débutant comme agents économiques, deviennent par le temps citoyens. Il y a donc dialectique dans le temps entre droit et économie, produisant à terme un enrichissement partagé, et non pas un échange immédiat passant par des appauvrissements concédés (concessions qu'on aurait pu exprimer ainsi : « *je concède des droits de l'homme dans mon développement économique* » ; « *je limite mes prétentions juridiques car les pays en construction ne peuvent s'offrir le coût du juridique* »).

Le présent article ne prend pas comme centre ces problématiques, si fondamentales soient-elles, car elles sont trop larges pour l'objet. Ce qu'il convient d'examiner au contraire correspond à un objet économique précis, en récusant

cette appréhension abstraite de ce qu'est le « système économique ». En effet, d'un côté, les réseaux d'infrastructure essentiels, auxquels les réseaux de transport d'énergie et de circulation des communications électroniques appartiennent, ne sont pas régis par les règles économiques ordinaires, notamment pas celles de simple marché. D'autres contributions dans cet ouvrage le montrent.

En outre, et d'un autre côté, par la technique propre aux réseaux et du fait des produits transportés, le droit prend aussi sa part dans la régulation qui leur est spécifique dans les systèmes économiques. Ainsi, le droit est un outil de la régulation des réseaux d'infrastructure. Cette dimension mérite des développements plus juridiques, qui seront faits ici. Mais ils font apparaître une difficulté essentielle : le droit, pour s'appliquer concrètement à un objet déterminé, doit s'adosser un ensemble préalable fonctionnant derrière la scène. Or ce système juridique préalable, généralement centré sur le juge, fait souvent défaut dans les pays concernés. En cela, le droit serait un obstacle majeur à la régulation des réseaux. Si on ne parvient pas à aller plus loin, alors l'obstacle sera plus lourd que l'outil.

En effet, nous faisons face à une très lourde difficulté : des règles juridiques sont nécessaires pour des infrastructures essentielles que l'économie ne suffit pas à réguler, mais ce droit spécifique doit s'appuyer sur un système juridique qui fait le plus souvent défaut dans les pays considérés. Comment faire ? Dans un troisième temps de cet article, nous essayerons de formuler quelques pistes de solutions, pour que le droit soit plus un outil efficace pour la régulation des réseaux qu'il n'en constitue un obstacle.

SECTION I

LE LIEN ENTRE LA RÉGULATION DES RÉSEAUX D'INFRASTRUCTURE ET LE DROIT : LA NOTION MÊME DE DROIT DE LA RÉGULATION

En droit, l'économie est parfois présentée dans une sorte de tout-ou-rien : soit le marché fonctionnerait par ses seules forces, engendrées par les appétits, légitimes ou illégitimes, des agents, soit l'économie tournerait par la seule puissance du politique, légitime ou illégitime. Dans un cas comme dans l'autre, le droit n'apparaît guère en tant que tel. Il accompagne la puissance du marché ou du politique, des agents économiques ou des agents politiques. Le droit les désigne et il donne forme à l'expression de leur volonté. Par exemple, il prend la forme du droit des contrats pour le marché, ou du droit public pour le pouvoir politique.

La situation est différente à propos de la régulation des réseaux d'infrastructures. En effet, les réseaux de télécommunications ou de transport d'électricité et de gaz,

doivent en premier lieu être construits et gérés, pour que la matière première dont il s'agit puisse être générée ou extraite, transportée du vendeur à l'acheteur, et profiter au consommateur final, et à l'économie générale dont les télécommunications et l'énergie sont des sous-jacents majeurs.

Cette importance et cette spécificité économique et technique des réseaux d'infrastructure essentielle a fait naître un corps de règles et institutions juridiques particulières, rassemblées sous le vocable désormais admis le « droit de la régulation ». Celui-ci met au second plan des oppositions traditionnelles, telles celle du droit public et du droit privé. Il se concentre sur les difficultés tirées de l'infrastructure, principalement le droit d'accès des tiers au réseau.

A. La traduction en droit de la spécificité économique des réseaux d'infrastructure essentielle

À partir de ces observations techniques et économiques, que le politique fait plus ou moins siennes, le droit intervient tout d'abord pour accueillir la concurrence et, dans le même temps, pour la mettre en balance avec d'autres principes. En effet, la concurrence ne se décrète pas. Il ne suffit pas d'une loi pour l'autoriser ou cesser de l'interdire. Encore faut-il la construire, et cela s'est avéré particulièrement problématique à propos des réseaux d'infrastructure essentielle.

En effet, si le système économique est historiquement construit sur des entreprises monopolistiques intégrées, comme certes ce fut le cas de France Telecom ou d'EDF en France mais également dans la plupart des autres pays européens, alors l'ouverture à la concurrence du secteur, sa libéralisation n'attire pas pour autant des nouvelles pour entrer en compétition avec les opérateurs publics historiques. La raison en est simple : que ceux-ci soient publics ou privés, ils sont économiquement très puissants et les nouveaux entrants ne peuvent seuls, même s'ils en ont le droit, les concurrencer.

C'est pourquoi la situation est de même nature alors même qu'elle paraît symétrique, c'est-à-dire historiquement construite sur la concurrence. Ainsi, si l'on prend l'exemple des États-Unis, la concurrence a renforcé la puissance de marché des entreprises en compétition (notion de « concurrence par les mérites »), qui ont triomphé dans le monopole. La formule est connue : la concurrence tue la concurrence. Le remède ne l'est pas moins : les autorités de concurrence ou l'audace de tiers entrave ce rêve monopolistique qui sommeille dans toute entreprise en concurrence.

Mais ici la situation est différente, parce qu'il s'agit, quelque soit l'histoire en cause (partant de monopoles d'État ou d'entreprises privées en concurrence), d'infrastructure essentielle. Les réseaux requièrent de tels investissements, et dans leur montant et dans le temps, qu'aucun opérateur ne viendra en construire un second, une fois le premier construit. Il s'agit donc ce qu'il est convenu d'appeler un « monopole naturel ».

Ce « monopole naturel » ne ressemble pas aux monopoles nés de la volonté de l'État ou de la puissance d'une entreprise. Il ne se situe pas plus sur le terrain des légitimités (légitimité de l'État qui gouverne par le biais d'une entreprise publique ; légitimité d'une entreprise qui exerce sa puissance de marché). Il vient de la nature des choses. C'est pourquoi le droit lui-même, fût-il droit public, ou droit de la concurrence, ou droit des contrats, ne va davantage rester dans sa pure abstraction et va engendrer ce qu'il convient de désigner fortement comme un « droit de la régulation », que l'on ne peut réduire aux autres branches du droit que l'on vient de citer².

La distinction entre le droit public et le droit privé notamment devient, si ce n'est indifférente, à tout le moins cesse d'être au premier plan. En effet, si l'on s'en tient à l'évolution historique, alors les pays qui ont construit des monopoles publics, fonctionnent dans le droit public, dont ils peuvent plus ou moins s'extirper. Cela serait notamment le cas de la France. À l'inverse, les pays qui ont conçu leur économie sur le mode concurrentiel, fonctionnent dans le droit privé, qu'ils peuvent plus ou moins limiter. Ce serait notamment le cas des États-Unis.

Mais cette vision, à la fois très historique et très juridique, est déformée. Elle est donc déformante. Le « droit de la régulation », dont il est essentiel d'affirmer l'existence autonome³ prend ses contours de l'objet sur lequel il porte et non pas des branches du droit ou du système juridique dont il est partie⁴. Dès lors, il ne convient plus de penser en termes de « droit public économique » ou de « droit public de la régulation », désignation à la fois trop abstraite et se référant à des distinctions historiquement fondées mais déplacées.

B. L'articulation entre l'importance du droit de la régulation des infrastructures et la mise au second plan des distinctions juridiques traditionnelles

S'il en est ainsi, et qu'on permette ici à l'auteur d'affirmer qu'il doit en être ainsi, il faut que les règles juridiques requises soient identifiées à partir de leurs objets économiques concrets. Puisque les réseaux d'infrastructures essentielles sont

2. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, chron., pp. 610-616. V. aussi, « Définition du droit de la régulation économique », *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 126-129.

3. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation comme branche du droit », in *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, 3 juin 2002, pp. 3-7.

4. Cela ne suffisait pas, comme il sera montré plus loin, que le droit de la régulation puisse exister « en l'air », sans s'arriver dans un système juridique global. Cela montre simplement qu'il n'est pas une catégorie ordinaire du système juridique : il est le droit de son objet concret. En cela, le droit de la régulation est au cœur du droit économique, puisque celui-ci se définit par cette méthode consistant à concevoir, presque à extirper, les règles des objets concrets. On peut prendre l'exemple du droit de la faillite ou du droit des brevets. C'est avant tout l'unicité de cette méthode concrète qui fonde l'idée de droit économique.

des monopoles économiques naturels, des dispositifs juridiques concrets doivent être adoptés pour aller vers la plus grande efficacité possible.

Le droit français connaît bien cela à travers les procédés de délégation de service public, par lesquels les titulaires de puissance publique, État ou collectivités locales, fournissent à des opérateurs privées, le pouvoir d'action dans des conditions de sécurité et de rentabilité que le marché n'offrirait pas. Le mécanisme légal du partenariat public/privé (PPP) relève de la même idée.

Comme il a été montré précédemment à propos du couple monopole/concurrence que l'on présente comme organisations ennemies alors qu'elles ne sont que d'opposition historique lorsqu'il s'agit d'infrastructure essentielle, la délégation de service public d'inspiration française ne doit pas plus s'opposer philosophiquement au PPP d'inspiration anglaise (*privat/public partnership*), car il ne s'agit que de deux façons pratiques de régler la même difficulté : le financement à long terme de travaux non immédiatement rentables.

Ainsi, la régulation des infrastructures essentielles peut prendre directement les contours de celles-ci grâce au droit, sans pour autant dépendre des classifications internes au système juridique. Il est important de le souligner car ce que l'on présente comme une querelle entre les systèmes de *Common Law* et les systèmes de *Civil Law*, étonnante en soi, plus universitaire qu'effective, est particulièrement déplacée ici.

C. La reconnaissance en droit de la gestion des flux, de l'autonomie stratégique et du droit d'accès

Le droit va donc concrétiser ce qui existe et ce qui est planifié à travers des réglementations. Cette source du droit qu'est l'objet technique lui-même, ici le réseau de transport, est attestée par le fait que de nombreux pays prennent des normes, soit communes, soit identiques.

Il est très instructif de prendre l'exemple du mouvement de l'Union européenne en matière énergétique. L'essentiel est de garantir non seulement l'efficacité du transport transfrontalier (par exemple entre la France et l'Espagne), mais encore d'écartier les risques de fracture dans la transmission, qui plonge un pays, son industrie et ses habitants dans le noir, du fait du comportement d'un autre. Le droit peut y mettre fin, en créant des obligations (de fourniture, d'organisation de marge de sécurité, etc.), en construisant des institutions (des régulateurs, des organisations de gestionnaires de réseaux).

Le droit doit alors prendre en considération ce pour quoi les infrastructures sont essentielles. On a souligné qu'elles l'étaient par un effet de nature, du fait du monopole économique naturel. C'est ce premier effet que l'on va tout d'abord envisager.

Cette configuration engendre naturellement un **droit d'accès au réseau**⁵. En effet, tout opérateur qui désire vendre ou acheter de l'énergie ou des communications électroniques mais ne peut y procéder directement car le transport doit s'opérer par un réseau dont il ne dispose pas et qu'il ne peut dupliquer, comme s'il le voulait (monopole économique naturel), doit soit renoncer à son projet de vendre ou d'acheter, soit accéder au réseau.

Ce tiers doit avoir un accès, déclaré, effectif, et à des conditions techniques et financières acceptables et équitables. L'économiste l'affirme, mais c'est au droit de le mettre en œuvre. La tâche est ici très lourde. Tout d'abord, cet accès des tiers au réseau prend la forme d'un contrat, par lequel les deux parties, à savoir le gestionnaire du réseau, et celui qui obtient que le produit économique soit transporté, s'engage l'une par rapport à l'autre.

Ce **contrat** tout à la fois relève de la volonté des parties, ce qui rapproche la régulation du droit de la concurrence et ces droits de puissances publiques des mécanismes de marché, mais ne peut y être tout à fait abandonné à celle-ci. En effet, le gestionnaire du réseau de transport est trop puissant pour que l'État considéré le laisse maître du jeu.

Il convient donc que, sous une forme juridique ou sous une autre, concession ou cahier des charges ou partenariat public/privé, ou maîtrise directe par l'État de la gestion du réseau de transport, ce contrat doit encadrer. Ces contrats doivent être surveillés, soit par le système général, soit par un système particulier. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette alternative.

En outre, nous pouvons considérer que le droit désigne le produit économique en question comme un **bien essentiel**, non plus parce qu'il s'agit de donner acte à l'existence technique d'un monopole économique naturel, mais parce qu'il convient qu'il en soit ainsi. La part de la volonté réapparaît. En conséquence, le droit cesse d'être la conséquence d'une réalité économique, il redevient le bras séculier de décisions politiques légitimes.

Plus concrètement, il s'agira alors d'affirmer que le téléphone est un bien essentiel parce qu'il permet à l'individu de communiquer dans un groupe et qu'il existe donc une sorte de « droit à la communauté » dont le « droit à la communication » fait partie. On peut dans la même veine soutenir qu'il existe un « droit à la culture » dont l'accès aux médias fait partie. On peut encore écrire qu'il existe un « droit à l'énergie ». La loi française du 10 février 2000 l'a expressément écrit.

Cela suppose un droit d'accès, mais tout d'abord il a pour créancier le consommateur final, il est ensuite la conséquence d'une décision politique, il prend enfin appui sur un droit technique d'accès des tiers aux réseaux, droit technique qui est d'une tout autre nature. Nous reviendrons plus loin sur l'implication d'un tel

5. Si l'on regardait du côté de la philosophie du droit, on pourrait y voir une nouvelle application du droit naturel aristotélien, droit des choses, part de ces choses qui revient à chacun. Cette tradition du droit naturel, qui n'a rien à voir avec les droits de l'homme, a été défendue par Michel Villey. L'étude technique du droit des infrastructures lui donne cette nouvelle actualité. Sur cette dimension, v. Ch. DELSOL et S. BAUZON (dir.), *Michel Villey. Le juste partage*, coll. « L'esprit du droit », Dalloz, 2007.

cumul de ces deux types de droits : droit techniquement déduits d'accès des tiers aux réseaux d'infrastructure, droit politiquement décidé d'accès de la population à des biens estimés essentiels.

SECTION II

LA DIFFICULTÉ FONDAMENTALE NÉE DE L'IMMATURITÉ JURIDIQUE DES PAYS CONCERNÉS

On mesure donc l'importance du droit dans la régulation économique des secteurs régulés, notamment dans la régulation des réseaux de transport. Une certaine sérénité peut accompagner cette conscience car les disputes qui ont parfois lieu dans les facultés de droit concernant ce qui seraient des couples infernaux *Common Law / Civil Law, Droit public / Droit privé*, n'ont pas lieu d'être.

Mais ce n'est pas parce qu'un droit de règles générales (loi), particulières (actes administratifs, contrats) est autonome qu'il n'est pas inséré dans un système juridique. Pour prendre un exemple, le droit français classique a formulé le principe d'autonomie du droit pénal, ce qui signifie qu'il n'est pas à rattacher au droit public ou au droit privé, mais ne le sort en rien du système juridique. Au contraire, le droit pénal est au cœur des exigences générales du droit, par exemple le principe de légalité ou les droits de la défense.

A. Le droit de la régulation, appuyé sur un système juridictionnalisé

Le droit de la régulation, parce qu'il est nécessairement puissant et mêlé par nature de volonté politique et d'enjeux économiques considérables, est de la même eau. Pour exister, il suppose donc un système juridique plein et mature, même s'il vient en perturber les catégories classiques.

Or il faut donner acte que peu de pays en voie de développement économique disposent d'un système juridique mature, c'est-à-dire armé de ses instruments éléments que sont des droits de propriété garantis, des engagements administratifs fiables et des contrats effectivement exécutés. Qu'on le souhaite, et les pays concernés en premier, certes. Qu'on le fasse, la distance est longue.

La longueur de cette distance peut se déduire de ce qui manque. En effet, le droit n'est pas dans les livres des savants (*Law in books*), mais il n'est pas plus sur le papier du législateur ou des contractants, alors même que ceux-ci ont le pouvoir de créer du droit. Le droit effectif, si l'on peut exprimer ainsi ce qu'est le droit « positif », n'est pas même celui qui est appliqué (*Law in action*). Il est plus

encore celui qui n'est pas appliqué et qui pourra alors être imposé par un tiers lorsque celui qui s'est engagé se dérobe. Comme l'a posé le Conseil constitutionnel dans une décision du 16 décembre 1996⁶, il faut un accès effectif au juge, qui tranchera la dispute, établissant la part qui revient à chacun, faute de que les droits ne sont plus garantis et, selon la Constitution française, « si les droits ne sont pas garantis, il n'y a plus de Constitution ». Sans doute faudrait-il évoquer l'image d'un *Law before court*.

La figure du juge est la clef de voûte du système de droit, quel que soit le système dans lequel on est. Dès lors, si l'on admet qu'il existe une sorte de loi fondamentale, écrite ou non, pour qu'un État de droit soit établi, il faut que cette figure du juge, tiers impartial et désintéressé, soit effective. La formalisation technique vient en second plan, un administrateur pouvant par exemple assurer cet office juridictionnel.

B. La faible visibilité de l'importance du lien entre effectivité juridictionnelle et efficacité de régulation des infrastructures essentielles

Mais assez peu de systèmes économiques disposent d'un appareil juridictionnel, alors qu'il a été montré qu'il est intime et du développement économique des pays. On analyse souvent cela comme un problème essentiel, mais à distinguer de notre présent propos. Ainsi, la question de la corruption ou plus encore le thème de l'efficacité juridictionnelle, sont abordées en tant que telles et non comme mode général de l'efficacité économique du droit, encore moins comme une considération pour la régulation des infrastructures essentielles.

La Banque mondiale n'échappe pas au travers. Il est grave car, avec beaucoup d'autres, et pour des questions de sociologie administrative aussi, elle a su distinguer dans la finesse des problèmes, ici la règle adéquate pour la régulation des infrastructures essentielles en évitant l'abstraction du droit, mais, comme cela devait en être la régulation naturelle, elle a méconnu le fait que le droit est en système et que ses règles ne fonctionnent pas si un ensemble d'exigence n'est pas là.

Or, faute de juges ou de personnes équivalentes, il ne l'est pas. Distinguer la question générale (figure du juge) de celle particulière qui est traitée ici, serait une erreur fondamentale. Croire qu'on peut bien réguler les réseaux d'infrastructure essentielle en établissant des règles précises et écrire des contrats d'accès peaufinés sans envisager l'inexécution et sans disposer de mécanisme pour y

6. *AJDA*, 1996, obs. O. Schrameck.

remédier, serait une grave erreur, alors que la question des engagements est fondamentale en matière de régulation⁷.

Mais il est facile de désigner l'erreur consistant à ne pas mesurer l'intimité de l'efficacité de la régulation particulière avec l'effectivité générale d'un système juridique reposant sur la présence de juridictions informées et désintéressées, tout en constatant que celles-ci font le plus souvent défaut.

On ne peut se limiter à cela et c'est en réalité avoir doublement tort, prenant l'attitude exaspérante du professeur qui, du haut de son irresponsabilité, montre les défauts de l'analyse, voire détecte ce pourquoi cela ne marche pas, voire comprend pourquoi, mais ne propose rien à la suite de la démonstration. Nous allons essayer de ne pas suivre ce travers.

SECTION III

LES PISTES DE SOLUTIONS

Il convient tout d'abord de revenir sur ce qu'est le « droit de la régulation ». Il ne s'agit pas d'une traduction de l'expression anglaise *Regulation Law*, laquelle fait référence au droit de la réglementation économique, mais d'une traduction de l'expression anglaise *Regulatory Law*⁸, désignant l'ensemble des mécanismes juridiques, qui constituent un appareillage requis par des secteurs qui ne peuvent techniquement tenir sur la seule concurrence, soit qu'on les confie alors entièrement à l'État, soit qu'on les ouvre à la concurrence en mettant alors celle-ci en équilibre avec un autre principe (par exemple le principe public).

Ce rappel de définition ne peut venir qu'en fin d'article, ce qui n'est pas d'usage, parce que cette conception du droit de la régulation, venant non pas des systèmes juridiques mais des objets économiques, est non seulement à mon sens plus exact mais elle ouvre des pistes de solutions. Elle est donc meilleure que d'autres.

Il faut donc que la solution à promouvoir s'appuie sur des dispositions générales et spéciales, sans se limiter à la définition très juridique et limitée de « réglementation » (à laquelle renvoie *Regulation*), pour concevoir un ensemble de réglementations, contrats et institutions, la régulation étant donc un procédé de *Regulatory*. De la même façon, il faut tout à la fois prendre acte de l'importance du juridique général et à prendre acte de l'immaturité fréquente de l'ensemble juridique qui constitue sa signature.

7. M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulations économiques*, coll. « Droit et Économie de la Régulation », Presses de Sciences Po/Dalloz, 2006.

8. Sur l'articulation même du vocabulaire, qui causa beaucoup de contresens, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « *Regulation* et régulation en droit européen », *Revue Lamy concurrence, régulation* 2008.

À partir de là, on peut tout d'abord songer à l'établissement de régulateurs juridictionnalisés dotés de formations non nécessairement juridiques et en tout cas ne se limitant pas à cela. Le droit est un outil de la régulation, il n'en est pas le maître, ni le cœur. On peut ensuite envisager la mise en place de réseaux entre régulateurs, dessinée sur les contours même des réseaux techniques.

A. L'établissement de régulateurs juridictionnalisés, internalisant un recours devant un organe permanent de contestation

Ainsi, indépendamment des progrès que les pays opèrent dans l'amélioration générale de leur justice, de la formation de leur magistrat, etc., solution générale, on peut concevoir une solution particulière, consistant à établir des organismes spécialisés en matière de régulation des réseaux. Comme le montrent de nombreuses contributions du présent volume, cela est déjà fait.

Cela signifie que ces régulateurs établis secteur par secteur, doivent être tout à la fois formés à la technologie en cause, notamment lorsqu'il s'agit des télécommunications, secteur conduit par celle-ci, et entraîné en outre à l'acte de juger. Il ne doit pas s'agir de l'art de juger en général, mais de l'art de bien juger dans ce secteur là, en anticipant notamment son évolution économique, en intégrant l'éventuel qualité de « bien essentiel » qu'une loi nationale aura pu intégrer dans le système économique et juridique. Il ne convient donc pas de prendre de simple magistrats, ni de simple ingénieurs mais, à partir de formations *ad hoc* de créer ces régulateurs particuliers.

En outre, un recours doit pouvoir être possible, mais il ne faut pour autant détruire ce qui a été fait au stade précédent, en réintégrant la régulation des réseaux dans un système juridique qui n'en a pas les besoins et qui ne peut donc être son cœur. La solution peut être empruntée à l'organisation juridique de l'Organisation Mondiale du Commerce, qui a inséré en son sein depuis 1995, un organe juridictionnel permanent devant lequel des parties peuvent contester des décisions prises ponctuellement par des groupes d'experts.

Cette mise en place d'un recours devant un Organe Permanent d'Appel est essentiel car tout à la fois elle permet d'asseoir la régulation des réseaux sur le droit de la régulation qui lui-même s'adosse sur la figure générale du juge, tout en internalisant celui-ci. Il devient supportable d'attendre qu'un système juridique générale, et non pas en réduction, soit établi par ailleurs par le pays considéré.

Par ailleurs, les opérateurs doivent avoir leur part dans le jeu de la régulation, là aussi non pas tant sous la forme de l'échange qui vaut toujours appauvrissement, mais plutôt comme somme non nulle. Plutôt que cette sorte de partage auquel renvoie l'idée de « corégulation », l'idée serait davantage d'emprunter à la figure du juridictionnel. Comme le fait le droit de l'OMC, et sur deux plans.

En premier lieu, les opérateurs et parties intéressées, notamment les parties tierces, doivent pouvoir accéder aux régulateurs. En second lieu, les régulateurs ne peuvent décider, d'une façon générale ou spéciale, sans motiver. Ces deux emprunts au juridictionnel, qui sont peu suggérés par les institutions, peuvent accroître leur efficacité, les droits de la défense étant un mode d'efficacité et non d'entrave, et la compréhension de leur action, la motivation étant un mode rationnel et non politique de prise de décision.

B. La mise en place de réseaux entre régulateurs sur les contours mêmes du réseau technique et la place des gestionnaires de réseaux comme « opérateurs cruciaux »

Puisque le droit de la régulation sort de l'objet technique sur lequel il porte, le pouvoir du régulateur doit coïncider avec le réseau dont il doit assurer l'effectivité de fonctionnement. C'est pourquoi des réseaux qui dépassent techniquement les frontières politiques des pays doivent donner lieu à des régulateurs qui, à tout le moins travaillent entre eux, au plus s'unissent. La perspective d'un « Forum de la Régulation sub-saharien » irait dans un tel sens.

Une autre conséquence se dégage. Même si les régulateurs sont indépendants, ils continuent d'agir dans et au titre de l'État, et il est bien qu'il en soit ainsi. Mais nous voilà confronté à une nouvelle aporie, puisque par nature le régulateur est tenu par les frontières politiques de l'ensemble dans lequel ses pouvoirs s'insèrent et que par un même effet de nature l'objet sur lequel portent ses pouvoirs excède de telles frontières.

La solution peut venir d'une notion solution qui a été proposée : celle de « opérateur crucial »⁹. Il s'agit d'opérateurs qui peuvent être en concurrence avec d'autres mais qui sont « cruciaux » pour un secteur, dans le sens où le sens ne tient son équilibre que grâce à la capacité de cet opérateur de maintenir l'équilibre entre la concurrence et un autre principe, par exemple le service public ou l'accès de tous à un bien essentiel. Les gestionnaires de réseaux, monopoles économiquement naturels, portant sur des biens que les pays ont désigné politiquement comme essentiels, sont naturellement cruciaux.

Les gestionnaires de réseaux sont des opérateurs cruciaux. Ils doivent travailler en articulation avec les régulateurs, ce que leur permet la procéduralisation du fonctionnement des régulateurs indépendants, l'exigence de motivation, etc. Plus encore, les gestionnaires de réseaux ne sont pas nécessairement tenus par les frontières des États, et ont souvent des partenariats entre eux.

9. M.-A. FRISON-ROCHE, « Proposition pour une notion : l'opérateur crucial », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 1895-1900.

Mettre les opérateurs cruciaux au cœur de la régulation, promouvoir et la notion et le contrôle juridictionnalisé mais autonome de leur pouvoir, peuvent être des pistes qui permettrait à un droit auquel on prête parfois plus de pouvoir qu'il ne peut et ne doit en avoir, d'être effectivement un outil de régulation des réseaux d'infrastructure essentielle et non pas un obstacle.