

RÉGULATION

Sous la responsabilité de Marie-Anne FRISON-ROCHE, Professeur des Universités à Sciences-Po et Stéphane BRACONNIER, Professeur à l'Université de Poitiers



Par Marie-Anne FRISON-ROCHE

La dualité de juridictions appliquée à la régulation

RLC 396

Le droit de la régulation, parce qu'il est à cheval sur le droit privé et le droit public, puisant aux deux, les dépassant parfois, se heurte nécessairement à la dualité des ordres de juridictions. La considération de celle-ci, rappelée par des arrêts récents du Tribunal des conflits, va de soi et n'est pas critiquable, dès l'instant que le Tribunal raisonne à partir des objectifs de régulation poursuivis par les décisions attaquées. C'est justement tout le sens de l'évolution ici décrite.

La dualité des ordres de juridictions est une spécificité française, ancrée dans son système politique. Héritière d'une lecture des lois des 16 et 24 août 1790, elle renvoie à l'idée qu'un juge ordinaire, c'est-à-dire le juge judiciaire, ne peut se substituer à l'administration par le biais d'un contrôle exercé sur elle, alors que celle-ci concrétise la volonté du pouvoir exécutif, politiquement distinct de l'autorité judiciaire. La constitution d'un ordre de juridictions administratives ne puise donc pas dans une simple considération de la spécificité technique de la matière administrative, alors que celle-ci explique l'existence des juridictions commerciales par exemple, mais dans l'idée que la dualité traduit et protège la séparation des pouvoirs. La parenté est forte entre la dualité des ordres de juridictions et la prohibition des arrêts de règlement posée par l'article 5 du Code civil : il convient que le juge ordinaire ne déroge pas le pouvoir politique. L'enjeu fondamental n'est donc pas tant la distinction entre le droit public et le droit privé, qui n'est que choix de règles, mais la distinction entre juges de l'ordre administratif et juges de l'ordre judiciaire, qui est choix de pouvoirs (cf. Delvolvé P., Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, in *Mélanges René Chapus*, Dalloz, 1992, p. 135-145, spéc. p. 144 et s., montrant notamment qu'une autre lecture aurait pu être faite des lois de 1790). La dualité de juridictions ne fût d'ailleurs cristallisée constitutionnellement que par la décision du 23 janvier 1987 (Cons. Const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, ADJA 1987, p. 345, note Chevallier J.). Affaire de politique et non pas seulement d'organisation, ce qui explique que perdure dans le système français cette dualité qui est objectivement une complication de son fonctionnement (si l'on a une conception de la dualité uniquement sous cet angle d'organisation, alors il est logique de suggérer que la lourde et coûteuse dualité des ordres de juridictions doit être supprimée et de penser que cette mesure de saine organisation est à portée ; cf. le développement de cette conception in *Pour la justice*, Institut Montaigne, 2004). Si l'on considère la dimension politique fondamentale, l'analyse et la solution vont beaucoup moins de soi (cf. Delvolvé P., précité, estimant que seule une révolution pourrait abattre cette dualité p. 145). C'est cela que garde le Tribunal des conflits, alors même que la distinction entre règles de droit privé et règles de droit public est moins préservée (cf. Drago R. et Frison-Roche M.-A., *Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative*, in *Privé, Public*, Archives de philosophie du droit, t. 41, Sirey, 1997, p. 135-148).

La dualité des ordres de juridictions interfère particulièrement dans le droit de la régulation économique, davantage que dans le droit économique commun. Le Tribunal des conflits veille que tout ne bascule pas sous l'emprise du juge judiciaire, comme le montre particulièrement son arrêt du 26 avril 2004, *Powernext*, mais il emprunte pour ce faire le raisonnement téléologique cher au droit de la régulation, à savoir la prévalence de l'objectif pour lequel le pouvoir est exercé (Frison-Roche M.-A., *Le droit de la régulation*, D. 2001, p. 610-616). Dès lors, la dualité des ordres de juridictions complique certes le droit de la régulation, mais elle ne le dénature pas. En cela, elle est tout à fait supportable, ne faisant que participer au coût que le droit fait peser sur les opérateurs, le coût de l'incertitude pouvant être plus lourd que le coût financier direct.

I. - LA NÉCESSAIRE INTERFÉRENCE DE LA DUALITÉ DE JURIDICTIONS EN MATIÈRE DE RÉGULATION

La dualité des ordres de juridictions interfère déjà dans le droit de la concurrence, mais d'une façon qui s'imposait moins qu'en droit de la régulation. En effet, dans la mesure où le Conseil de la concurrence n'exerce pas de pouvoir normatif, le recours pour excès de pouvoir n'existant donc pas, il aurait été concevable que ne demeure que la compétence judiciaire. Le Tribunal des conflits en a décidé avec constance autrement (cf., par exemple, *Israel J.-J.*, Contentieux administratif et contentieux de la concurrence, *Mélanges René Chapus*, préc., p. 315-332). Il ne s'agit pas d'analyser en soi l'opportunité de l'interprétation retenue par le Tribunal des conflits, spécialement dans ses arrêts *Ville de Pamiers* du 6 juin 1989 (cf. T. confl., 6 juin 1989, n° 02578, Rec. CE 1989, p. 293, concl. Stirn B., JCP éd. G 1990, II, n° 21395, note Terneyre Ph.) et *ADP* du 18 octobre 1999 (cf. T. confl., 18 oct. 1999, n° 03174, Rec. CE 1999, p. 469, concl. Schwartz, AJDA 1999, p. 1029, note Bazex M.), retenant la compétence du juge administratif lorsqu'il s'agit d'organiser un service public en utilisant des prérogatives de puissance publique. Les effets de cette élection de compétence ont d'ailleurs été atténués du fait de l'acceptation par le Conseil d'État d'appliquer le droit ordinaire de la concurrence par son arrêt *Million* et *Marais* du 3 novembre 1997 (GAJA, 15^e éd., D. 2005, p. 764, spéc. la conclusion évoquant la réconciliation entre droit administratif et droit de la concurrence, rapport un temps troublé par les « perturbations d'ordre juridictionnel » nées de cette double présence du juge administratif et du juge judiciaire, p. 778). Il ne s'agit ici que de relever simplement qu'il aurait été techniquement pos-

sible pour le tribunal d'interpréter les textes comme permettant au Conseil de la concurrence et à sa suite à la Cour d'appel de Paris et à la Cour de cassation de connaître des comportements anticoncurrentiels des personnes publiques y compris dans leurs actes d'organisation des services publics.

La situation est différente en droit de la régulation, pour lequel il n'est pas concevable d'exclure un ordre de juridictions au profit d'un autre. Il faut faire avec la volonté du législateur et aussi considérer une sorte de nature des choses. Cela tient au fait que les régulateurs se distinguent du Conseil de la concurrence par la diversité de leurs pouvoirs, lesquels peuvent les conduire d'une façon distributive devant le juge judiciaire ou devant le juge administratif. Par la nature des choses tout d'abord, dès l'instant qu'un régulateur est doté d'un pouvoir normatif, comme c'est le cas pour l'Autorité des Marchés Financiers, la légalité de l'acte administratif général peut être contestée, et ne peut l'être que devant le juge administratif (cf., par exemple, la jurisprudence du Conseil d'État à propos de l'usage non requis de la loi française dans les documents d'information de placement, CE, 20 déc. 2000, Géniteau, Revue de droit bancaire et financier, mars 2001, n° 81, p. 101). De la même façon, ce que l'on désigne sou-

vent comme le pouvoir de régulation proprement dit, c'est-à-dire la capacité de délivrer des autorisations ou des agréments ex ante, se concrétise par des actes administratifs individuels, relevant de la compétence naturelle des tribunaux administratifs. Par ce pouvoir, l'office du régulateur se démarque des pouvoirs juridiques que les autorités de concurrence exercent ex post et qui s'apparentent davantage à des sanctions (cf. note Choné Ph., Droit de la concurrence et régulation sectorielle : entre ex ante et ex post, in Droit et Économie de la Régulation, vol. 4, Les engagements dans les systèmes de régulation économique, sous presse).

Il faut ensuite compter avec l'ordre de la loi, à propos de laquelle on observe une sorte de retour de balancier. La compétence de la Cour d'appel de Paris a été posée pour le Conseil de la concurrence en 1987 et pour la Commission des opérations de bourse en 1989 concernant les décisions de sanction. Sauf à soutenir que la Cour en était ainsi transformée en juridiction administrative (Delvolvé P., La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative, in Études offertes à Jean-Marie Auby, D. 1992, p. 47-70), la dualité des ordres de juridictions est nécessairement activée en matière de régulation par l'entrée du juge judiciaire à côté du juge administratif, et par le fort maintien du juge administratif dans le système par la suite, les lois successives opérant des sortes de chassés-croisés entre les compétences attribuées à diverses autorités administratives indépendantes pour des pouvoirs analogues (par exemple, lorsque le pouvoir de sanction exercé par le Conseil de la concurrence est contrôlé par la Cour d'appel, tandis que le pouvoir de sanction exercé par la Commission de la Régulation de l'Énergie est contrôlé par le Conseil d'État, alors que régulation particulière de l'énergie et régulation générale de la concurrence ont partie liée, y compris dans la mission du régulateur ; cf., sur l'effet de la loi du 13 juillet 2005, Frison-Roche M.-A., Le législateur fixe la doctrine d'orientation et de moyens de la politique énergétique, RLC 2005/4, n° 326).

Cela conduit tout à la fois à ne pas formuler l'illusoire vœu d'une compétence unique d'un ordre de juridictions, et à essayer de favoriser néanmoins la compatibilité, voire l'har-

monisation, entre les solutions concrètes prises par les juridictions des deux ordres. La dualité des ordres de juridictions n'empêche pas nécessairement l'unité substantielle du droit (Chapus R., Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique, RFD adm. 1990, p. 739 et s. ; pour une conception plus réservée, cf. Vedel G., Introduction, in L'unité du droit, Mélanges Drago R., Economica, 1996, p. 1-8, spéc. p. 5, développant d'ailleurs une conception minimale de cette exigence d'unité) mais celle-ci résulte d'un effort et ne résulte plus mécaniquement de l'unicité institutionnelle. Cette unité peut encore résulter d'une harmonie entre la façon dont les compétences juridictionnelles en matière de régulation sont désignées et la façon dont les règles substantielles de droit de la régulation sont appliquées. C'est ainsi que procède désormais le Tribunal des conflits, depuis son arrêt *Powernext* du 26 avril 2004 (cf. T. confl., 26 avr. 2004, n° C3379).

(...) le pouvoir de régulation proprement dit, c'est-à-dire la capacité de délivrer des autorisations ou des agréments ex ante, se concrétise par des actes administratifs individuels, relevant de la compétence naturelle des tribunaux administratifs.

II. – LA PRÉVALENCE DU CRITÈRE DU BUT SUR LE CRITÈRE DU MOYEN

Cette décision, pour laquelle Bruno Lasserre était rapporteur et Dominique Commaret commissaire du Gouvernement, avait à désigner l'ordre juridictionnel compétent pour connaître d'une décision prise par EDF le 31 mai 2001 pour *Réseau de Transport d'Électricité* (du fait de l'absence à l'époque de personnalité juridique

autonome de celui-ci ; cf. D. n° 2005-1069, 30 août 2005, approuvant les statuts de la société RTE EDF Transport), organisant la prise de participation de RTE dans la société HGRT elle-même actionnaire de *Powernext S.A.*, filiale d'*Euronext*, cette entreprise portant le marché spot d'électricité, lequel fait varier les prix au jour le jour suivant l'offre et la demande. Prendre une participation dans le capital social d'une société commerciale en charge d'un marché financier paraît relever du droit privé financier ordinaire. Pourtant, le juge judiciaire déclina sa compétence et le Tribunal des conflits affirma la compétence de l'ordre des juridictions administratives.

Il faut prêter la plus grande attention au raisonnement qui a mené à cette conclusion à première vue surprenante. Voyons tout d'abord comment l'on aurait pu raisonner. Si l'on s'inspire de la jurisprudence adoptée en matière de concurrence, il aurait fallu chercher un acte d'organisation du service public non détachable de celle-ci et exprimant une prérogative de puissance publique. Le raisonnement reprend alors celui qui fut retenu à propos de la régulation des aéroports, dans l'arrêt *ADP* du 18 octobre 1999 (cf. T. confl., 18 oct. 1999, précité). À cette aune, la participation financière dans une société commerciale paraît d'autant plus difficile à rattacher au juge administratif que, comme le souligne le Tribunal des conflits lui-même, la délibération en cause a été prise en application de l'article 44 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, lequel permet à *Électricité de France* de prendre des participations dans des sociétés pour exercer les activités concourant directement ou indirectement à son objet, sans traduire en rien l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique.

Un deuxième raisonnement accessible est celui de la répartition des compétences par le jeu du couple méthodologique « Principe / Exception ». Celui-ci consiste à interpréter la règle en faisant basculer la solution du côté du principe dès l'instant qu'il n'y a pas de raisons fortes et spécifiques de la soumettre à l'exception. Si l'on prend cette perspective, on ne peut plus faire l'économie de la dispute entre >

principe de concurrence et principe de service public, ce qui nous entraîne vers l'autre dispute sous-jacente sur l'opportunité de former deux couples « concurrence / juge judiciaire » et « service public / juge administratif », assemblage qui ne va pas de soi. À ce jeu, notamment parce que la décision prise par EDF pour RTE était non seulement la prise de participation dans une société commerciale mais encore la possibilité de participer indirectement à la tenue d'un marché financier, expression pure du libéralisme, la tendance aurait été forte de considérer que tout cela est affaire de liberté économique, dont le juge judiciaire serait le juge naturel. Cela fut expressément le raisonnement retenu par le Tribunal des conflits dans l'arrêt *Diamantaires d'Anvers* du 22 juillet 1993 (T. confl., 22 juill. 1993, n° 2671) à propos de l'action en responsabilité du fait du pouvoir exercé par la Commission d'opération de bourse (cf. JCP éd. G 1993, II, n° 22035. Ce courant jurisprudentiel à propos du régulateur financier est d'autant plus intéressant

que les arrêts suivants ont conduit à conférer compétence non pas aux juridictions judiciaires ordinaires du premier degré, mais précisément à la Cour d'appel de Paris, c'est-à-dire la juridiction spécialement compétente en matière de régulation). La solution paraissait d'autant plus accessible que par son arrêt du 13 décembre 2004, le Tribunal des conflits a affirmé que toute les actions de l'entreprise de marché pour organiser le marché financier relevaient de la juridiction judiciaire (T. confl., 13 déc. 2004, n° 3418, Euronext, JCP éd. E 2005, n° 783, p. 872, note Touboul Ch.).

Un troisième raisonnement accessible aurait été le recours à la théorie des blocs de compétence, lorsqu'il est affirmé que la bonne administration de la justice requiert de regrouper le contentieux devant le juge qui connaît déjà des autres types de recours contre les décisions de l'Autorité. On a montré que ce raisonnement n'est généralement pas applicable en droit de la régulation parce que la compétence d'un ordre de juridictions ne recouvrirait pas en totalité la compétence de l'autre. Venons donc au raisonnement finalement choisi, qui est remarquablement construit d'une autre façon, mettant au cœur la régulation du secteur. L'arrêt opère tout d'abord une corrélation d'articles disséminés dans la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, ramenant tout au principe de la garantie de fournir de l'électricité sur l'ensemble du territoire. L'arrêt rappelle qu'il s'agit du but de la loi. C'est pour cela que le développement équilibré de l'approvisionnement en électricité et l'exploitation du réseau de transport a été confié à RTE. Le gestionnaire du réseau de transport doit « assurer à tout instant l'équilibre des flux d'électricité ». Dès lors, la prise de participation dans la société qui tient le marché spot est une façon d'assurer à tout moment cet équilibre, analogue et corrélée à la gestion même de l'infrastructure de transport. La conclusion est donc que cette décision participe directement à « l'exploitation du service public du transport d'électricité », peu important qu'elle ne prenne pas les contours d'une prérogative de puissance publique.

On ne peut qu'approuver entièrement cette façon de raisonner. En effet, la jurisprudence prend ici en compte le fait que le marché de l'électricité au jour le jour, en fournissant l'énergie tout en faisant varier les prix suivant l'offre et la demande quotidienne, est un moyen d'éviter les congestions du réseau de transport et de réguler la consommation d'énergie. En cela, la tenue du marché financier est un moyen de bien réguler le transport, comme le sont les conventions passées entre le ges-

tionnaire de réseaux et des consommateurs pour que ceux-ci retiennent au besoin leur demande. La participation indirecte dans l'entreprise de marché, relevant entièrement des techniques ordinaires du droit privé, est colorée par son but : la régulation des congestions du réseau de transport, c'est-à-dire le cœur de la régulation. Ainsi, la compétence de l'ordre des juridictions administratives ressort là où on ne l'attend pas, mais sur un raisonnement construit sur le but au regard duquel l'opérateur en charge du service public utilise ses pouvoirs, fussent-ils donnés par le droit commun du contrat et des sociétés.

III. – CLARTÉ DU CRITÈRE, INCERTITUDE DES APPRÉCIATIONS ET DE LA PORTÉE

Le critère est donc clair, constitué par l'objectif pour lequel le droit est utilisé, et conforme à la méthode du droit de la régulation, qui place au cœur le but du système, généralement l'équilibre, le dynamisme et la sécurité du secteur régulé.

Pourtant, ce nouveau maniement de la dualité des ordres de juridictions dans le droit de la régulation, très adéquat dans son principe, ouvre deux difficultés. Tout d'abord, il est usuel de soutenir que les contrats, par lesquels les opérateurs accèdent au réseau de transport sont des contrats de droit privé, parce qu'ils concrétisent l'action économique d'opérateurs.

Ils pourraient être soumis à un autre regard, dès l'instant qu'on prêterait davantage d'attention aux multiples clauses par lesquelles la sécurité du réseau est assurée, ce qui entraîne de nouveau vers les rivages du contrat de droit public et du juge administratif. La sagesse des juristes fait que cette question est peu ouverte, mais elle pourrait un jour tourner en dispute juridique.

Ensuite, parce que l'usage de tel ou tel pouvoir n'entraîne pas en soi la compétence mais que celle-ci découle de l'objectif pour lequel il est pratiqué, la question devient très casuistique, puisque notamment on ne peut plus se fier à l'apparence de l'exercice ou non d'une prérogative de puissance publique. Il faudra à chaque fois se demander pourquoi telle ou telle action a été menée, ce qui appelle à une appréciation au cas par cas. Or, pour revenir sur l'arrêt *Powernext*, l'arrêt a considéré que le marché spot est un mode de gestion du réseau de transport, ce qui est tout à fait soutenable, mais l'on aurait pu aussi bien considérer que de tels marchés financiers sont la simple conséquence de la libéralisation du secteur (dans ce sens, cf. Boisseleau F., La Bourse de l'électricité des Pays-Bas est-elle compétitive ?, in *L'Europe de l'énergie : convergences, complexités, Économies et sociétés*, série « *Économie de l'énergie* », 2001, Isméa, p. 246-261), de son retour à l'ordinaire, ce qui aurait alors conduit à une compétence judiciaire.

Cette situation n'est pas bienvenue parce que la dualité des ordres de juridictions crée de l'incertitude, incertitude que le Tribunal des conflits a pour fonction de réduire. Or, dans son arrêt précité *Euronext* du 13 décembre 2004, le tribunal estime que la décision juridique par laquelle l'entreprise de marché financier a mis fin à la cotation à la criée relève du juge judiciaire. La décision souligne qu'*Euronext* est une personne juridique de droit privé, liée à l'intermédiaire de marché par un contrat de droit privé et que la réorganisation du système de négociation sur le marché ne procède pas de l'exercice de

(...) le marché de l'électricité au jour le jour, en fournissant l'énergie tout en faisant varier les prix suivant l'offre et la demande quotidienne, est un moyen d'éviter les congestions du réseau de transport et de réguler la consommation d'énergie.

prérogatives de puissance publique pour l'application d'une mission de service public. En cela, le Tribunal des conflits modifie sa position puisque par son arrêt *Maurer* du 2 mai 1988 (cf. T. confl., 2 mai 1988, n° 2507, *Maurer*), il avait posé que la modification des garanties dues par les opérateurs de marché relève de la compétence du juge administratif (cf. Rec. CE 1988, p. 488), la libéralisation est passée par là. Cela n'empêche pas un commentateur d'anticiper un « possible rebond de la compétence administrative » (T. confl., 13 déc. 2004, précité).

De la même façon, dans son arrêt *Euronext* le tribunal donne raison à la doctrine qui soutenait que le lien entre l'entreprise de marché et les opérateurs est un contrat de droit privé (Neau-Leduc Ph., À propos de la réglementation des marchés financiers, *Mélanges Cabrillac M., Dalloz-Litec*, 1999, p. 499-515), base sur laquelle la première peut prendre des décisions unilatérales contraignantes. Mais il est assez difficile d'opérer la compatibilité entre les deux décisions du Tribunal des conflits, rendues à un an de distance, et alors même que les situations entre un gestionnaire d'un réseau de transport et une entreprise de marché financier sont économiquement analogues (cf. De Boissieu Ch., Com-

parabilité économique entre système concurrentiel de biens et services et système boursier et financier, in Frison-Roche M.-A. et Cohen-Tanugi L. (dir.), *Droit boursier et droit de la concurrence*, LPA 1999, n° 144, p. 5-7), et que les deux cas convergent vers la tenue de marchés financiers. En effet, alors que le critère de l'usage d'une prérogative de puissance publique avait été écarté dans l'arrêt *Powernext*, ce qui permit de retenir la compétence du juge administratif, il revient dans l'arrêt *Euronext*, pour aller vers la compétence du juge judiciaire. Du coup, on ne peut être certain que l'affirmation du caractère privé du contrat entre *Euronext* et les opérateurs de marché, tenant principalement au fait que les parties au contrat sont toutes deux de droit privé, soit extensible aux contrats entre *RTE* et les opérateurs, contrat permettant la régulation du réseau de transport, l'extension étant douteuse notamment parce que *RTE*, fut-elle désormais une société anonyme à directoire, demeure pleinement une entreprise publique.

On ne peut qu'attendre une maturation de cette jurisprudence dont la méthode est très adéquate mais la portée encore incertaine. ♦