

Le pouvoir du régulateur de régler les différends

Entre office de régulation et office juridictionnel civil¹

Marie-Anne Frison-Roche

*Professeuse des Universités à Sciences-Po,
directeur de la chaire Régulation*

1. – Le vocabulaire juridique utilise souvent l'expression de l'« office du juge¹ » alors qu'on évoque peu l'« office du législateur » ou l'« office du régulateur ». L'idée pourtant est superbe en ce que la notion d'« office » renvoie à l'idée d'une tâche confiée à une personne ou à une organisation pour atteindre un certain but dépassant son intérêt propre, dotant celle-ci des moyens et des pouvoirs requis pour l'accomplissement de la mission. L'office évoque le service à rendre, voire la dévotion à cette mission, servante d'un intérêt supérieur. On retrouve ainsi les idées fondatrices du service public², dans lequel tout l'honneur est de servir.

* Je remercie Lætitia Ossa Daza pour la documentation qu'elle m'a procurée concernant le sujet en droit espagnol et Lila Bidault pour la recherche qu'elle a faite concernant le droit anglais.

1. V. les ouvrages de référence suivants : J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965 ; J.-Ph. Colson, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970 ; D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 236, 1994 ; R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Thèse Nantes, 2003. V. aussi G. Wiederkehr, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575-586 ; M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », in *Jean Foyer auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit. Mélanges J. Foyer*, PUF, 1997, p. 463-476.

2. J. Chevallier, *Le service public*, PUF, coll. « Que sais-je ? ».

2. – Cette noblesse du service est au cœur de la juridiction, les juges n'exerçant leur puissance que pour servir la paix sociale en tranchant les litiges³, pour protéger l'effectivité des droits⁴ et pour concrétiser les règles de droit⁵. Donc, le juge a un office. À l'inverse, si l'on n'a guère conçu un « office du législateur », c'est parce que le législateur n'est au service que de sa propre volonté, synonyme de l'intérêt général et de la volonté du peuple. Dans sa conception traditionnelle, la loi qui n'a pas d'autre cause que cette volonté du législateur⁶, elle ne peut donc servir un but qui lui serait extérieur, l'énonciation des règles se suffisant à elle-même.

3. – Sans discuter ici le statut et le rôle que prend la loi dans les systèmes de régulation⁷, qui sont controversés en raison de la place indéfinie de la légalité en la matière, il est à l'inverse acquis que le régulateur n'a de pouvoirs qu'au regard de la mission que la loi souveraine lui assigne. Quelle que soit la finalité qui lui est assignée, ouverture à la concurrence ou prévention des risques, le régulateur n'est indépendant que pour mieux servir le but visé. Donc, le régulateur a un office, c'est ce qui limite, justifie et fonde son indépendance. L'indépendance est ce qui caractérise paradoxalement le pouvoir non souverain. Voilà qui rend très comparables le juge et le régulateur, voilà qui incite à la confrontation de leurs deux offices. Cela étant posé, la difficulté vient d'autres coïncidences et d'autres distinctions.

4. – Dans l'ordre des coïncidences, l'évolution du droit de la régulation transforme à l'occasion les régulateurs en juridictions, non seulement à travers la mission désormais bien assise de répression et de rappel à l'ordre, mais encore par la fonction de règlement des différends. On a pu soutenir que ce type de fonction, du fait de leur grande juridicité, était étranger à la régulation⁸. En outre, tous les régulateurs ne sont pas dotés d'un tel pouvoir, ce qui semble signifier qu'il ne s'impose pas. Ainsi,

3. Sur cette fonction sociale, v. J.-G. Belley, *Conflit social et pluralisme juridique*, thèse II, dact., 1977. Sur l'éventuelle distinction à faire entre un « litige », cristallisation juridique de la dispute, et le « différend », visant d'abord la dissension elle-même, v. A. Jeammaud, « Propos introductifs », in *Le conventionnel et la juridictionnel dans le règlement des différends*, Économica, coll. « Études juridiques », n° 10, 2001, p. 1-4, p. 3.

4. Ainsi, l'efficacité procédurale n'a elle-même de sens que rattachée à l'effectivité des droits que les personnes invoquent et pour lesquels elles demandent la protection du juge. V. D. d'Ambra, J. Benoît-Rohmer, C. Grewe (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 49, 2003.

5. Dans ce sens, v. la démonstration d'Henry Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, retrage Dalloz, 2002.

6. M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, PUF, coll. « Léviathan », 1990.

7. Sur ce sujet, M.-A. Frison-Roche, « Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, vol. 2, Dalloz et Presses de Sciences-Po, série « Droit et économie de la régulation », 2004, p. 154-170.

8. Ainsi, Christian Atias, dans son remarquable ouvrage de *Philosophie du droit* (PUF, coll. « Thémis-droit privé », 2004), affirme : « Le temps de la régulation n'est pas celui du droit. La différence tient notamment à l'importance que le conflit, le procès prend nécessairement dans la formation des principes, des notions et des inspirations juridiques. Cette source d'informations fait gravement défaut à la régulation qui anticipe et raisonne sur des hypothèses abstraites [...] la régulation prétend agir sur

en France, l'Autorité des marchés financiers n'est pas en charge de trancher les litiges entre les intervenants sur le marché⁹, pas plus que la *Comisión Nacional del Mercado de Valores* en Espagne.

5. – Mais une sorte de vague est en train de conférer, loi nouvelle par loi nouvelle, autorité par autorité, ce pouvoir de règlement des différends aux régulateurs. C'est, certes, plutôt dans le domaine des industries de réseaux, notamment dans les secteurs des télécommunications, en France depuis 1996¹⁰, et de l'énergie depuis 2000¹¹, que le législateur a confié aux régulateurs le pouvoir de résoudre les différends, et ce dans le cas bien particulier de l'accès des concurrents au réseau. On a pu souligner que le Conseil constitutionnel n'avait soulevé aucune objection à ce propos¹².

les états d'esprit, en suscitant l'adhésion. Pour y parvenir, elle ne saisis pas une conduite parriculaire, une attitude circonstancielle, une décision; elle définit une succession, une série de prises de position, une ligne de conduite, une "politique" » (p. 171).

9. Certes, l'on pourrait considérer que le rôle de l'Autorité des marchés financiers dans le déroulement d'une OPA est potentiellement un mode de règlement des différends, en considération de la contradiction d'intérêts et donc de contentieux latent qui oppose non seulement la société auteur de l'offre et la société cible mais encore les dirigeants sociaux et les actionnaires. L'on pourrait pousser l'analogie entre industrie de réseaux et marchés boursiers jusqu'à soutenir que l'accès au contrôle d'une société cotée est régulé par l'autorité de marché, qui vérifie le caractère équitable du prix de cet accès, tel que l'offreur devra le verser aux titulaires du contrôle, c'est-à-dire les actionnaires de la société cible. Si cette analogie prenait plus de consistance, il vaudrait concevoir les modalités procédurales du pouvoir exercé par le régulateur en matière d'offres publiques, notamment quant à la recevabilité de l'offre et à l'appréciation des documents d'information. Il faudrait alors donner la possibilité aux actionnaires de faire valoir plus directement leur point de vue auprès de l'autorité, puisqu'ils sont comme des parties à un conflit potentiel sur l'équité du prix et la qualité de l'information.

10. L'article L. 36-B du Code des postes et des communications électroniques, tel que réformé en dernier lieu par la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, rappelle dans sa première partie la compétence d'origine de l'Autorité : « En cas de refus d'accès ou 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, l'Autorité de régulation des télécommunications peut être saisie du différend par l'une ou l'autre des parties. » Mais la seconde et nouvelle partie de l'article étend considérablement la compétence du régulateur, puisqu'il dispose : « En cas d'échec des négociations commerciales, l'Autorité de régulation des télécommunications peut également être saisie des différends relatifs à la mise en œuvre des obligations des opérateurs prévues par le présent titre, ainsi que celles du chapitre III du titre II. » Cela concerne aussi bien l'utilisation partagée des infrastructures, déjà visée dans la version précédente du texte, qu'une série d'hypothèses nouvelles, par exemple la fourniture des listes d'abonnés.

11. L'article 38 de la loi du 10 février 2000 sur le service public de l'électricité prévoit un règlement des différends opéré par le régulateur, compétence qui fut étendue en matière gazière par la loi du 3 janvier 2003, la loi du 11 août 2004 ayant modifié l'article 38 en conséquence. Il dispose : « En cas de différend entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité, entre les opérateurs et les utilisateurs des ouvrages de transport et de distribution de gaz naturel, entre les exploitants et les utilisateurs des installations de stockage de gaz naturel ou entre les exploitants et les utilisateurs des installations de gaz naturel liquéfié, lié à l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou à leur installation, notamment en cas de refus d'accès ou de désaccord sur la conclusion, l'interprétation ou l'exécution des contrats et protocoles visés au III de l'article 15 et à l'article 23 de la présente loi ou des contrats et protocoles visés à l'article 2 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 précitée, la Commission de régulation de l'énergie peut être saisie par l'une ou l'autre des parties. »

12. D. Custos, « Agences indépendantes de régulation américaines (*Independent Regulatory Commissions* ou IRC) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la

6. – C'est également le cas en Grande-Bretagne et en Espagne qui ont doté les régulateurs des télécommunications et de l'énergie de pouvoirs de règlement des différends. Le mécanisme est souvent récent, soit dans son principe, soit dans son extension. Par exemple, en Grande-Bretagne, c'est une loi de 2003, *Communication Act*, qui a conféré à l'OFCOM un tel office de principe¹³. Cette primauté du souci de l'accès à un réseau d'infrastructure explique sans doute, en revanche, que la loi française du 6 août 2004 sur la protection des données personnelles, qui renforce les pouvoirs de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), ne lui a pas conféré semblable pouvoir¹⁴, parce que la référence à un réseau ne s'y retrouve pas.

7. – Pourtant, l'idée se répand que le règlement des différends entre les compétiteurs est une fonction utile en soi, sans n'être plus nécessairement qu'un prolongement de la gestion et de la surveillance de l'interconnexion des réseaux par le régulateur. C'est dans cette perspective que la loi française du 9 juillet 2004 *relative aux communications électriques et aux services de communication audiovisuelle* a accru très fortement le pouvoir de l'Autorité de régulation des télécommunications¹⁵ et a transformé ce qui n'était qu'une compétence très marginale du Conseil supérieur de l'audiovisuel¹⁶ en un pouvoir presque général¹⁷, comme le *Communication Act* l'a fait pour l'OFCOM en Grande-Bretagne. De la même façon, le régulateur ferroviaire en Grande-Bretagne a récemment appelé de ces vœux l'établissement d'un système de résolution des litiges propre aux questions ferroviaires. Il s'agit donc à la fois d'un phénomène relativement nouveau mais qui est en très rapide extension.

Federal Communications Commission (FCC) et de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) », *Revue Politiques et management public*, vol. 20, n° 1, mars 2002, p. 67-84, spéc. p. 78.

13. J. Hulsmann et H. James, « Communications régulation. Armed for action complaints to OFCOM under the UK's new regime », *Competition Law Insight*, nov. 2003, p. 18-23.

14. Le fait que cette autorité administrative demeure davantage en charge de la protection des libertés que du développement économique et technique d'un secteur, comme le sont les autres régulateurs précités, incite à ne pas lui donner un tel pouvoir. Cette division des autorités suivant qu'elles protègent les libertés ou qu'elles sont en charge de favoriser l'économie d'un secteur (v. not. Th. Tuot, « La planète des singes », in *Notre État*, Robert Laffont, 2000, p. 688 -712) a l'inconvénient de donner au CSA une place très incertaine puisque cette autorité tout à la fois doit accompagner l'essor et assurer le maintien d'un secteur sous la condition première du pluralisme des opinions.

15. Telle que rappelée à la note de bas de page n° 10.

16. La loi du 17 juillet 2001 n'avait doté le CSA du pouvoir de régler les différends qu'à propos de « mise à disposition auprès du public de services de communication audiovisuelle par voie hertzienne terrestre en mode numérique ».

17. Il en résulte un nouvel article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 : « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut être saisi par un éditeur ou par un distributeur de services, par une des personnes mentionnées à l'article 95 ou par un prestataire auquel ces personnes recourent de tout différend relatif à la distribution d'un service de radio ou de télévision, y compris aux conditions techniques et financières de mise à disposition du public de ce service, lorsque ce différend est susceptible de porter atteinte au caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, à la sauvegarde de l'ordre public, aux exigences de service public, à la protection du jeune public, à la dignité de la personne humaine et à la qualité et à la diversité des programmes, ou lorsque ce différend porte sur le caractère objectif, équitable et non discriminatoire des conditions de la mise à disposition du public de l'offre de programmes ou des relations contractuelles entre un éditeur et un distributeur de services. »

8. – Cette coïncidence entre fonction de régulation et fonction de résolution des litiges conduit à une première question : lorsque le régulateur exerce son pouvoir de règlement des différends, l'exerce-t-il comme une fonction auxiliaire de sa mission générale de régulation ou bien comme une sorte de juge spécialisé ? En effet, la régulation d'un secteur évoque toujours une perspective de bon fonctionnement de l'ensemble, alors que l'office du juge, enfermé dans un procès, a pour cadre et limite naturels des rapports entre des personnes, ou entre une personne et la société¹⁸.

9. – En outre, et non plus comme coïncidence mais au contraire dans l'ordre des distinctions, il faut prendre en considération la diversité même des offices du juge, telle que la distinction entre juridictions administratives, pénales et civiles la reflète dans l'organisation des juridictions. On oppose, d'un côté, les fonctions d'apaisement des litiges entre des personnes et les fonctions de concrétisation des prérogatives des personnes, contentieux plutôt subjectif, et, de l'autre côté, les fonctions de rappel à la loi et de sanction des violations des règles, contentieux plutôt objectif¹⁹. Cette distinction ouvre ainsi une seconde question : le pouvoir des régulateurs de régler les différends relève de quel type d'office, plutôt civil, pénal ou administratif, plutôt subjectif ou objectif ?

I. LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, EN BALANCE ENTRE RÉGULATION ET JURIDICTION

10. – Nous disposons d'une expérience suffisante pour apprécier rétrospectivement la façon dont les régulateurs ont exercé leur pouvoir de règlement des différends, aussi

18. Il est vrai qu'on dit de plus en plus aisément que le juge est un « régulateur social » et l'on évoque les « attributions régulatrices du juge » (R. Colson, *La fonction de juger*, préc., n° 417 et s., p. 234 et s.), l'expression exprimant le fait que l'intervention judiciaire excède le temps et le phénomène du procès, pour agir d'une façon plus continue et plus politique sur l'organisation sociale, par exemple par la juridiction gracieuse. D'une façon plus générale, les auteurs soulignent ainsi que le juge participe à la formation et à la vie des règles dans une société, y compris des règles sociales de comportement (v. J. Commailles et F. Chazel (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991). Ce faisant, le juge excède le cas particulier, mais l'on observera que le phénomène de la jurisprudence par nature le porte à cela et qu'il ne tient pas pour autant un secteur économique entier sur lequel il ne peut intervenir directement et qu'il ne peut façonner. Par exemple, la tarification est un pouvoir de régulation, le juge en est dépourvu.

19. V. par ex. L. Cadiet, et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Litec, 2004 : « Il est clair [...] que le droit judiciaire privé et complètement irrigué par l'esprit du droit privé : tout y est question d'intérêts particuliers, au contraire de la procédure pénale et du contentieux administratif où s'exprime [...] l'intérêt général » (n° 12, p. 7).

bien le régulateur des télécommunications²⁰ que celui de l'énergie²¹, ainsi que la matière dont la cour d'appel de Paris exerce son pouvoir de contrôle. Toutefois, cette expérience manque en matière d'audiovisuel et il n'est pas même certain qu'une autorité de régulation doive par méthode reprendre des raisonnements déjà utilisés par les autres régulateurs.

11. – En effet, si le règlement des différends n'est qu'un mode de régulation — ce pourquoi ce pouvoir a été confié aux régulateurs —, les spécificités sectorielles rendent alors délicats les emprunts de solutions d'un secteur à l'autre. Par exemple, la logique de l'accès au réseau ne se retrouve guère en matière audiovisuelle. Mais cette filiation entre règlement des différends et régulation générale est aujourd'hui disputée par une désormais forte parenté entre règlement des différends et office ordinaire des juridictions. Les conséquences techniques de chacune des références sont importantes. Engendrant une incertitude plus grande encore, on peut se demander si, de loi en loi, de pratique décisionnelle à une autre, la nature de ce pouvoir de règlement des différends n'est pas en train de changer ou, à tout le moins, de servir des finalités plus diversifiées qu'auparavant.

A. LA CONCEPTION PREMIÈRE DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS COMME MODALITÉ DE LA RÉGULATION GÉNÉRALE DU SECTEUR

12. – Le pouvoir de règlement des différends est tout d'abord apparu comme une nouvelle flèche qui devait être offerte à l'arc des régulateurs d'industries de réseaux. En effet, dès l'instant que le réseau doit être ouvert aux concurrents pour que ceux-ci acheminent le produit (électricité, impulsion téléphonique, gaz, etc.) vers les consommateurs à qui ils les vendent, une des difficultés de l'interconnexion et de l'accès peut consister dans une dispute entre le titulaire du réseau de transport et ses concurrents, dispute sur le tarif d'accès, sur les garanties offertes ou refusées, sur les modalités techniques, etc. Le différend est alors une modalité de la difficulté d'interconnexion, ce qui appelle une intervention du régulateur en tant que celui-ci assure l'effectivité et l'équité de l'accès des tiers au réseau, accès équitable sans lequel le secteur ne peut se développer.

20. Pour ce qui est du règlement des différends par l'Autorité de régulation des télécommunications, on consultera tout particulièrement l'étude d'Élisabeth Rolin, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, vol. 1, Dalloz et Presses de Sciences-Po, série « Droit et économie de la régulation », 2004, p. 149-173. V. aussi R. Mettoudi, *Les fonctions quasi juridictionnelles de l'Autorité de régulation des télécommunications*, Thèse Nice, 2004.

21. Th. Tuot, « Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends », *AJDA*, 2003, p. 312-323, et L. Richer, « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », in *Mouvement du droit public. Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 392-406.

13. – Une telle analyse engendre quatre conséquences. Tout d'abord, le régulateur ne doit pas exercer son pouvoir de règlement des différends si le litige concerne autre chose que l'accès au réseau²². Sa compétence est de nature exceptionnelle ; la Cour de cassation est venue en France le rappeler à propos de l'Autorité de régulation des télécommunications²³. Cela n'est bien sûr vrai que si le législateur ne superpose pas d'autres compétences à ce premier cœur d'intervention. À ce titre, alors que le législateur français limite les compétences des régulateurs d'industrie de réseaux à des questions d'accès, le législateur espagnol, en 1998 pour le régulateur de l'énergie et en 2003 pour le régulateur des télécommunications²⁴, lui a confié non seulement la régulation de l'accès au réseau mais encore le règlement des différends entre acteurs d'une façon plus générale. Ensuite, et cela n'est pas contradictoire avec la précédente restriction dans le champ de compétence, le pouvoir de règlement des différends doit être exercé avec puissance et interventionnisme, comme l'implique le souci de l'intérêt global du fonctionnement de secteurs basés sur l'accès au réseau de transport, cet intérêt du secteur dont le régulateur a la charge. Le pouvoir très extraordinaire du régulateur de fixer les prix d'accès lorsqu'ils font l'objet d'un différend²⁵, ce qui revient à une sorte de pouvoir de tarification individuelle, illustre cette idée.

14. – Plus encore, la dispute entre opérateurs ne devra pas être abordée seulement en elle-même, pour ramener l'ordre dans le rapport particulier des parties en présence, mais, au-delà de ce litige particulier, doit être replacée dans la perspective primordiale du bon fonctionnement et du déploiement du secteur. S'il en est ainsi, le régulateur devrait par méthode pencher systématiquement en faveur du nouvel entrant, gage de développement de la concurrence. Le règlement des différends participerait alors de

22. C'est la conception restrictive que l'on retrouve notamment dans les décisions de la Commission de régulation de l'énergie. Pour l'explicitation, v. L. Richer, « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », préc., p. 397 et s. Mais alors que penser de l'interprétation large menée par le régulateur dans sa décision du 5 juin 2003, *Pestka* (disponible sur www.cre.fr) qui estime que tous les clients raccordés au réseau, et non pas seulement les clients éligibles, peuvent former devant lui une demande de règlement de différend ?

23. C'est ainsi que l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 novembre 2000, *Copper Communication*, estime qu'« une cour d'appel juge à bon droit que le litige dont l'Autorité de régulation des télécommunications a été saisie ne se rattache pas à un problème d'accès aux services en ligne audiotel, au sens de l'article L. 36-8 du Code des postes et des télécommunications, mais rend seulement à remettre en cause les modalités de régulation de ces services, faisant ainsi ressortir que l'ART, dont la compétence est limitée aux litiges concernant les conditions d'ordre technique et financier de l'exécution des conventions, n'a pas à connaître des recommandations de nature déontologique » (D. 2000, IR, p. 305).

24. Or, il peut arriver que le législateur confie au régulateur le règlement des différends sur l'accès et le règlement sur d'autres systèmes, comme le service universel. C'est notamment le cas pour la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, à laquelle l'article 48 de la loi espagnole 32/2003 a confié non seulement le règlement des litiges sur l'interconnexion et les conditions d'accès aux réseaux, mais encore, et par exemple, les utilisations des installations préexistantes et les restrictions contractuelles à la fourniture des services de télécommunication.

25. Par ex., en matière de prix de connexion au réseau électrique, v. dél. CRE, 30 oct. 2003, *Cogé de Kerverzet c/EDF*, et sur recours Paris, 1^{re} ch., secr. H, 8 juin 2004, disponible sur www.cre.fr.

la régulation asymétrique. Cette perspective devient acrobatique parce que le régulateur qui tranche un différend doit le faire d'une façon impartiale, emprunt nécessaire à la nature juridictionnelle de son office. On arrive donc à l'exigence d'une faveur impartialement accordée — parce que systématique, parce que neutre — au nouvel entrant.

15. — Enfin, si le règlement des différends est un mode plein de régulation, la conséquence en est que le juge saisi par une partie d'un recours contre la décision du régulateur doit rester en retrait et n'opérer qu'un contrôle minimal²⁶. Qu'arrive-t-il si l'on veut ne pas renoncer à un contrôle ample mais que l'on demeure pourtant dans cette idée d'une consubstantialité entre office de régulation et manière d'exercer le pouvoir de règlement des différends ? La solution pourrait être d'internaliser l'organisation du recours dans le secteur lui-même, sans plus recourir à un ordre juridictionnel qui lui est extérieur. Après tout, dans le fonctionnement de l'Organisation mondiale du commerce, l'Organe permanent d'appel qui contrôle le pouvoir exercé par l'Organe des différends est interne à cette organisation, ce qui préserve le droit au recours sans donner compétence à une juridiction internationale extérieure. Pourquoi ne pas faire de même en matière de régulation sectorielle, dans une juridiction de contrôle interne au secteur régulé²⁷ ?

B. L'ATTRACTION DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS VERS LA JURIDICTION ORDINAIRE

16. — Mais l'attraction semble désormais se retourner, non pas tant par conquête de territoire par le plein juridictionnel²⁸ mais parce que le règlement des différends étant moins pensé comme un outil de régulation que comme un emprunt à un impératif très général de trancher les litiges entre les concurrents, dont les droits et obligations doivent être effectifs. L'hypothèse expliquerait les évolutions législatives précitées, qui débordent très largement la seule hypothèse de l'interconnexion au réseau, et la tendance des régulateurs à interpréter largement leur champ de compétence²⁹ avant même que le législateur ne l'élargisse ultérieurement. Ici, l'exemple

26. Sur cette prudence, dont la nécessité est exprimée par les juges eux-mêmes, v. Juges et régulateurs, n° spéc. *Petites Affiches*, 23 janv. 2003, spécialement l'intervention du président de la juridiction de recours britannique : Ch. Bellamy, « Le juge, contrôleur du régulateur », p. 38-40.

27. Il conviendrait alors de veiller à ce que cette juridiction de contrôle, unifiée par rapport à la nature du régulateur contrôlé, conserve néanmoins la distance requise. Cela peut alors prendre la forme procédurale de l'impartialité. Sur cette conception d'un système de régulation ayant pour ambition de confier des pouvoirs à des organismes internes au secteur dans la perspective de leur compétence et externe au secteur dans la perspective de leur impartialité, cet « entre-deux institutionnel de la régulation », v. M.-A. Frison-Roche, *Droit, finance, autorité. Sociologie comparée des autorités de marchés financiers*, rapport pour le GIP Droit et justice, 1999.

28. Comme le dit Jacques Normand, « le droit judiciaire n'est pas un droit jaloux » (conclusions, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, préc., p. 139-150, p. 150).

29. Dans ce sens, R. Mettoudi, préc., n° 574 et s., p. 302 et s.

anglais est particulièrement pertinent. En effet, la loi dite *Communication Act* de 2003 a conféré à l'OFCOM le pouvoir de régler les différends dans de nombreux nouveaux cas et le *Competition Appeal Tribunal*, qui connaît des recours pouvant être formés contre les décisions du régulateur, aussi bien par les parties que par les tiers intéressés, examine la décision au fond. Cela est une innovation par rapport à l'ancien système de règlement des différends de l'OFTEL, dans lequel le champ de compétence du régulateur était plus strict et les recours portés devant la *High Court* plus limités. Si l'inversion d'attraction se confirme, la façon dont les régulateurs sectoriels exercent leur pouvoir de règlement des différends doit alors emprunter davantage aux règles communes des procès et à l'exercice ordinaire du pouvoir juridictionnel.

17. – Deux conséquences d'un règlement des différends pratiqué dans cette perspective-là en découlent plus précisément. En premier lieu, il n'est plus pertinent de chercher à favoriser le nouvel entrant par le biais du règlement des différends. La référence à la « régulation asymétrique », qui implique une sévérité de principe à l'égard du titulaire du réseau de transport par ailleurs le plus souvent opérateur historique du secteur, s'efface et le litige doit être appréhendé d'une façon égale à l'égard des deux parties. Voilà un retour à la conception classique et plus aisée du principe d'impartialité.

18. – En second lieu, si le régulateur se contente de trancher les litiges entre opérateurs, pour établir les droits et obligations qu'ils se disputent, comme le ferait un juge ordinaire, alors la juridiction devant laquelle des recours sont portés contre les décisions de l'autorité de régulation, en l'espèce la cour d'appel de Paris, n'exerce pas un office différent. Celle-ci dispose même d'une plénitude de juridiction dont le régulateur est dépourvu. Dès lors, le pouvoir du régulateur n'est que la copie — en plus pâle — de l'office judiciaire, et le juge du contrôle retrouve toute latitude pour exercer un large examen au fond des actes contestés.

C. LES RAISONS DE L'INVERSION D'ATTRACTION DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, DE LA RÉGULATION À LA JURIDICTION

19. – Il faut rechercher la cause du phénomène pour anticiper l'évolution du système. En effet, au-delà de l'observation générale selon laquelle toute organisation tend à étendre ses pouvoirs et du constat que les régulateurs ont rapidement saisi cette opportunité d'emprise, une première explication pragmatique se présente. Si le pouvoir de règlement des différends de l'autorité de régulation prend de l'ampleur tout en devenant plus ordinaire, cela tient à la capacité technique du régulateur à comprendre les explications des parties et à considérer le contexte économique du litige. L'autorité réglerait les litiges non plus tant par l'effet d'un pouvoir qui lui serait spécifique en tant qu'il serait en charge de la régulation du secteur, mais par la reconnaissance pragmatique de son expertise en la matière. Si la raison de l'évolution constatée est bien celle-là, alors tant que les juridictions n'ont pas assez de savoir technique pour trancher ces litiges, ceux-ci doivent continuer à relever des régula-

teurs. Mais symétriquement, si l'on établissait un organe juridictionnel composé de magistrats spécialisés ou si l'on articulait plus efficacement le travail des juges et des experts³⁰, alors le pouvoir de trancher les litiges pourrait être retourné aux juges de droit commun³¹.

20. – Une seconde explication de cette attraction vers l'ordinaire juridictionnel tient davantage à l'évolution économique des secteurs. En effet, contrairement au pouvoir de sanction, le pouvoir de règlement des différends consiste à établir les droits et obligations des personnes les unes par rapport aux autres. Ce rapport juridique interpersonnel est ici le plus souvent issu de contrats. La contractualisation des secteurs a accompagné l'ouverture à la concurrence, contrat de vente, contrat de transport, contrat de distribution, contrat de responsable d'équilibre, etc. Il s'agit de contrats au sens juridique du terme, et pas seulement l'expression du mouvement par lequel l'organisation publique emprunte de plus en plus à la figure du contrat, celui-ci n'étant alors qu'une métaphore pour exprimer le recul de l'unilatéralisme dans l'action administrative³².

21. – Ainsi, même si les contrats dans les secteurs régulés sont eux-mêmes imprégnés du souci de régulation³³, il demeure que plus il y aura de contrats et plus la nécessité d'un office paisible et pacificateur pour tenir en équilibre les droits et obligations respectifs des parties, et non plus seulement un office répressif, se fera sentir. Or, la maturité concurrentielle des marchés concernés accélère ce mouvement général de contractualisation, alors que des concurrences encore embryonnaires sur certains secteurs le provoquent moins. Dans ces conditions, au fur et à mesure que la compétition ordinaire et son corollaire contractuel s'installent, le pouvoir de règlement des différends pourrait se substituer au pouvoir de sanction, dans un phénomène de « civilisation » des secteurs régulés, mouvement qui les éloigne d'une organisation de police administrative. Mais la réalité est plus partagée.

D. LA DOUBLE PARTITION DES SECTEURS SUIVANT LA FINALITÉ DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS PAR LE RÉGULATEUR

22. – Si c'est bien la maturation concurrentielle qui explique ce mouvement extirpant peu à peu le règlement des différends de la régulation générale pour le mener vers la

30. Sur cette nécessité de juges techniquement avertis et spécialisés, v. J.-P. Noury, *La « judiciarisation » de l'économie*, Rapport du Conseil économique et social, Éditions du Journal officiel, 2004.

31. La question de savoir si ce juge de droit doit être civil ou administratif, voire répressif, est secondaire, en tant qu'elle vient en second, et sera examinée en tant que telle plus loin dans la présente étude.

32. Sur la nécessité de distinguer les deux, le contrat de plan par exemple relevant davantage de la métaphore que de l'adoption de la technique contractuelle, v. Y. Jégouzo, « L'administration contractuelle en question », in *Mouvement du droit public*, préc., p. 543-556.

33. Sur cette évolution, v. M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, p. 451-469, spéc. p. 466 et s.

juridiction générale, alors le critère d'attribution d'un pouvoir de règlement des différends et le choix de ses modalités change. Il ne s'agirait plus d'opposer les secteurs dans lesquels le réseau de transport du produit est crucial et ceux qui sont moins dépendants de cette réalité, mais d'opposer les secteurs dans lesquels le principe de concurrence est désormais suffisamment installé pour passer à l'articulation ordinaire du contrat et de la juridiction civile, et ceux pour lesquels cette maturité est encore à venir, voire n'est pas pleinement envisageable, notamment en raison des risques persistants du secteur³⁴.

23. – Dans la première perspective, on oppose les régulateurs d'industrie de réseaux et les autres puisque seuls les premiers doivent réguler l'interconnexion au réseau³⁵. Dans la seconde, on oppose les secteurs encore peu développés concurrentiellement et les autres. Les résultats pratiques ne sont pas les mêmes, la distribution entre secteurs différant. Les deux perspectives ne s'excluent pas l'une l'autre, elles sont toutes deux exactes, il faut donc les articuler pour une peinture plus fidèle de l'application des règles.

24. – En effet, on peut trouver des secteurs avec un fort effet de réseau et sur lequel la concurrence est encore de fait faible (par exemple, le secteur de l'électricité), des secteurs construits également sur des réseaux mais avec une concurrence plus effective (télécommunication ou gaz), des secteurs pour lesquels les réseaux d'infrastructure essentielle sont moins reconnaissables et avec un degré de concurrence variable. Cette concurrence semble forte dans le secteur de l'audiovisuel, son degré paraît plus incertain pour le secteur bancaire.

25. – Cette grille d'appréciation dessine alors au plus près ce que doit être le pouvoir de règlement des différends, secteur par secteur, et suivant que, pour celui-ci ou pour celui-là, c'est la première opposition (sur le critère d'un accès au réseau) ou c'est la seconde (sur le critère de la maturité concurrentielle) qui prévaut. Pour prendre des exemples, la primauté de l'opposition, fondée sur l'existence ou non d'un réseau, impose un pouvoir de règlement des différends très fort pour le régulateur de l'énergie, mais ce pouvoir doit demeurer circonscrit à des difficultés d'accès car l'énergie n'est pas prête à se couler dans une organisation de marché ordinairement concurrentiel. À l'inverse, la primauté de l'opposition fondée sur l'existence d'une concurrence mature ou non, suggère que le pouvoir de règlement des différends soit conféré au régulateur de l'audiovisuel et soit étendu pour le régulateur des télécommunications, sans souci exclusif de l'effectivité de l'accès, parce que le principe de concurrence prend solidement place dans ces secteurs.

34. Cette présence de risque vaut aussi bien pour les secteurs financier, bancaire ou énergétique, et justifie une régulation forte et coercitive, indépendamment du dynamisme concurrentiel (sur cette évolution de la régulation, de l'installation de la concurrence à la gestion des risques, v. M.-A. Frison-Roche, « Les nouveaux champs de la régulation », in *La régulation : nouveaux modes ? nouveaux territoires ?*, *RF adm. publ.*, n° 109, 2004, p. 53-64).

35. V. *supra* n° 5 et s.

26. – Se détournant de l'idée d'un modèle unique et, sur un mode plus analytique, suivant que le pouvoir de règlement des différends manié par le régulateur s'ajustera plutôt à la première opposition ou plutôt à la seconde, les conséquences en découleront. En effet, s'il s'agit encore de réguler l'interconnexion et l'accès à un réseau d'infrastructure essentielle, la résolution du litige demeure un mode de régulation, ce qui implique que l'on retienne un office restreint mais puissant, destiné à perdurer et peu contrôlé par le juge du recours, tandis que s'il s'agit de fournir le corollaire naturel d'organisation d'un marché construit sur une multitude de contrats, on se référera à un office plus neutre, moins interventionniste et plus solidement contrôlé par le juge du recours, en attendant que la maîtrise de la technicité des secteurs par les juridictions ne fasse finalement revenir cet office civil dans le giron des tribunaux.

27. – Cette grille de lecture rend compte de l'évolution constatée des textes et des pratiques. Elle pourrait servir de guide pour l'avenir, à travers des champs de compétence et des modalités d'exercice du pouvoir des régulateurs de régler des différends, qui seraient ainsi distincts et mouvants suivant les secteurs et leur évolution respective, et néanmoins cohérents.

28. – Mais, si l'on affirme que l'usage que le régulateur fait des pouvoirs que lui confie la loi le rapproche de l'office juridictionnel, la question se pose de savoir de quel type de juge et, donc, de quel type de contentieux il se rapproche. Certes, les contentieux qui se déroulent devant les régulateurs sont très spécifiques et l'on peut souligner cette originalité, perceptible dans « des procédures hybrides difficilement réductibles³⁶ » à des contentieux classiques.

II. LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, EN BALANCE ENTRE CONTENTIEUX OBJECTIF ET CONTENTIEUX SUBJECTIF

29. – Comme toute distinction simple et frontale, celle entre le contentieux objectif et le contentieux subjectif maltraite la réalité, plus mouvante, moins tranchée. Disons que la distinction n'exprime pas tant une opposition qu'une tendance. En effet, certains procès — et le jugement qui s'en suit — ont pour fonction de régler des difficultés concernant des prérogatives des personnes, leurs droits, leurs intérêts légitimes. Cette prévalence des intérêts particuliers des personnes donne au contentieux une prévalence subjective. Le contentieux civil, qui oppose deux personnes contestant leurs droits respectifs, est donc plutôt un contentieux subjectif.

36. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, préc. n° 12, p. 8. D'une façon plus générale, sur l'interférence entre l'organisation juridictionnelle et le droit des marchés, v. J. Chevallier, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », in *Justice et économie*, *Revue Justices*, n° 1, 1995, p. 81-90.

30. — À l'inverse, certains procès — et le jugement qui s'en suit — ont pour fonction de rappeler une personne à la règle, parce qu'elle la méconnaît et n'agit pas en conséquence. On y voit souvent la fonction première du procès pénal. Le contentieux prend une tournure plus objective encore lorsque la validité du droit objectif est contestée devant un juge, comme dans le cas des recours en excès de pouvoir portés devant les juridictions administratives.

31. — Dans les procès, l'opposition n'est certes pas si simple. En pratique, des questions de légalités peuvent surgir dans un contentieux sur des droits subjectifs³⁷. D'ailleurs, même en restant au niveau des principes et des natures respectives des diverses procédures, on peut présenter celles-ci sous un autre éclairage. Ainsi, certains soutiennent que le procès pénal met en scène une lutte entre la liberté d'action des personnes et le droit à la sécurité du groupe, affrontement d'intérêts subjectifs entre lesquels le juge doit assurer un équilibre. Plus encore, non seulement la distribution mais l'opposition même peut être contestée. Ainsi, lorsque les droits subjectifs sont restaurés, c'est la légalité qui retrouve son emprise, de la même façon que le juge concrétise les droits des personnes par le bon usage qu'il fait des lois³⁸. Ainsi, l'opposition entre contentieux objectif et contentieux subjectif n'est pas radicale du fait même de la corrélation étroite entre le droit objectif et les droits subjectifs.

32. — Cette complexité de la réalité ne doit pourtant pas conduire à en faire reproche à la théorie. En effet, une distinction théorique par nature ne reflète pas la complexité de la réalité. Cette simplification du réel opérée par la théorie, ce n'est pas son défaut, c'est son utilité, ce qui la rend opératoire. Ainsi, le contentieux administratif distingue utilement le contentieux objectif de la légalité, lorsque l'administré met en doute la légalité d'un acte administratif, et le contentieux subjectif lorsque l'administré revendique ses droits à l'encontre de l'administration. C'est donc à l'intérieur de chacun des trois contentieux, civil, pénal ou administratif, que s'articule contentieux objectif et contentieux subjectif.

33. — Le règlement des différends s'apparente à première vue à un contentieux subjectif, qui confronte deux personnes privées, ce qui évoque donc un contentieux de nature civile. Cependant, en premier lieu, l'on a pu soutenir que le contentieux administratif demeurerait le modèle en matière de régulation, sans doute parce que celle-ci serait encore partie du droit public³⁹. En outre, ne peut-on aller plus loin dans la liberté et l'ajustement des qualifications, en évoquant l'idée d'un règlement des

37. Ainsi, en contentieux administratif, le recours pour excès de pouvoir — contre la règle, donc de nature objective — et le recours de pleine juridiction — contre l'administration, donc de nature subjective —, se cumulent fréquemment, mais René Chapus souligne que cela n'aboutit pas pour autant à leur confusion (*Droit du contentieux administratif*, 11^e éd., Montchrestien, Domat droit public, 2004, n° 790, p. 667 et s.).

38. Selon la démonstration faite par Henri Motulsky, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé*, préc.

39. L. Richer, « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », préc., p. 392-406.

différends qui, lorsqu'il est pratiqué par le régulateur et en raison de la perspective générale de régulation, devient un contentieux répressif, un rappel à l'ordre que le régulateur adresse au gestionnaire de réseau ou à celui qui gouverne l'accès ? Si l'on en revient aux trois contentieux, une première discussion porte sur la nature civile ou administrative du contentieux de règlement des différends.

A. LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, ENTRE CONTENTIEUX CIVIL ET CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

34. – Se poser la question de la nature civile ou administrative du contentieux qui est porté devant le régulateur a des incidences pratiques. Certes, quelle que soit la nature du contentieux, des principes communs aux procédures et des garanties fondamentales analogues s'imposent, le droit processuel s'appliquant quelle que soit la catégorie du procès, l'article 6, alinéa 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme s'appliquant en matière pénale et en matière civile, les procès administratifs relevant de la première lorsqu'il s'agit de sanction et relevant de la seconde lorsqu'il s'agit de droits et d'obligations à portée patrimoniale⁴⁰.

35. – La distinction entre contentieux civil et contentieux administratif s'efface donc en partie dans la conception européenne⁴¹. Elle conserve pourtant ses implications, notamment en droit interne. En effet, le fait que le régulateur juridictionnalise l'exercice de son pouvoir ne revient pas nécessairement à le transformer en juge civil, cela peut résulter d'une nouvelle façon de conduire l'action administrative, dans une conception renouvelée de l'État⁴². C'est la position du professeur Laurent Richer qui estime que le règlement des différends par la Commission de régulation de l'électricité s'apparente à un office de juge administratif⁴³. La cour d'appel de Paris elle-même, dans un arrêt *EDF c/Sinerg* du 24 février 2004⁴⁴, insiste sur le fait que le législateur a confié au régulateur « une compétence complémentaire » de celui des juridictions administratives.

36. – Plus encore, un indice en ce sens est fourni par le revirement opéré par la cour d'appel de Paris qui, dans cet arrêt du 24 février 2004, avait interdit à la CRE de

40. Sur cette dimension processuelle et procédurale, v. E. Jeuland, « Régulation et théorie générale du marché », *supra*, cet ouvrage.

41. Ainsi, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 novembre 1994, *Beaumar-tin c/France* (série A, n 296-B) estime, à propos du contentieux administratif de l'expropriation que « le droit à indemnisation ainsi créé présentait sans nul doute un caractère patrimonial et donc civil, nonobstant l'origine du différend et la compétence des juridictions administratives ».

42. J. Chevallier, *L'État de droit*, 2^e éd., LGDJ, coll. « Droit et société », série « Politique », n° 35, 2004, spéc. p. 94 et s.

43. L. Richer, « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », *préc.*, p. 402 et s. : « Les règles de procédure sont inspirées de la procédure suivie devant les juridictions administratives. »

44. N° 2003/10671 ; *Dr. adm.* 2004, n° 69, obs. M. de Monsembernard.

formuler des observations devant la cour à l'occasion du recours formé contre la décision de règlement des différends adoptée par la régulation, mais qui, par un arrêt du 6 avril 2004⁴⁵, a autorisé l'Autorité de régulation des télécommunications à y procéder. Ce qui vaut pour un régulateur vaut sans doute pour un autre. Or, la possibilité pour l'autorité administrative d'un acte de défendre sa position dans le recours formé contre celui-ci est un trait distinctif fort du contentieux administratif par rapport à la conception judiciaire, qui exclut qu'un tribunal vienne défendre devant la cour le jugement attaqué.

37. – Mais, par ailleurs, la loi fournit un indice très fort d'une nature civile du contentieux, lorsqu'elle pose tant pour le régulateur énergétique que pour celui des télécommunications que le recours contre leurs décisions de règlement des différends sera porté devant la cour d'appel de Paris. Même si celle-ci emprunte à des règles de contentieux administratif, ce qui avait pu incliner des auteurs à voir dans cette cour une juridiction administrative⁴⁶, cela correspond nettement à la reconnaissance de l'office civil alors exercé par le régulateur, tel que le législateur l'a lui-même conçu⁴⁷. S'il en est ainsi et si la distinction entre les secteurs perd de sa pertinence par rapport à l'unité de l'office juridictionnel, le décret, que l'on attend toujours pour expliciter la mise en œuvre du très nouveau pouvoir de règlement des différends attribué au CSA par la loi du 9 juillet 2004, devrait emprunter aux textes de procédure gouvernant la façon dont l'ART exerce un tel pouvoir, notamment dans la compétence de la cour d'appel de Paris.

38. – Une autre conséquence de la nature de l'office du régulateur lorsqu'il règle un différend entre opérateurs tient dans les pouvoirs dont celui-ci doit disposer pour trancher la dispute. Dans une conception traditionnelle, le juge civil reste neutre, voire passif, et laisse les plaideurs constituer les termes du débat et maîtriser les preuves, tandis que le juge administratif, confronté à un acte et non pas à des revendications des personnes, ou en prise à un litige dans lequel l'administration est beaucoup plus puissante que le plaideur qui la conteste, sera plus actif et plus puissant dans la menée du procès, notamment pour alléger la charge de preuve qui pèse sur le demandeur en participant lui-même à la recherche des preuves ou en n'exigeant du demandeur que la démonstration d'une vraisemblance, c'est-à-dire d'une apparence crédible et non pas d'une preuve pleine et entière.

39. – Une fois mesurés les enjeux de la qualification, il convient d'en déployer les critères. Ne donnons pas première pertinence aux critères formels, par exemple le fait que le contentieux concerne une personne publique ou ne se déroule qu'entre deux personnes civiles ne doit pas conduire à une référence mécanique au contentieux administratif dans le premier cas et au contentieux civil dans le second. En effet,

45. 1^{er} ch., sect. H, SAS Scoot France c/France Télécom, *Lamy Concurrence*, nov. 2004, n° 96, obs. S. Braconnier. V. aussi chron. « Droit de la régulation », n° 1, *Petites Affiches*, sous presse.

46. P. Delvolvé, « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Études offertes à Jean-Marie Aubry*, Dalloz, 1992, p. 47-70.

47. H. Revol, rapporteur, doc. Sénat, 1995-1996, n° 502.

notamment sous l'influence de l'article 6 de la Convention européenne, les critères formels, notamment ceux qui tiennent à la forme juridique des sujets de droit qui se disputent, sont de plus en plus délaissés. Cela doit être d'autant plus mis de côté en droit de la régulation que les opérateurs se distinguent les uns des autres non pas tant comme personnes publiques ou comme personnes privées, mais selon une distinction entre opérateurs historiques et nouveaux entrants, ou bien entre gestionnaires du réseau de travaux et opérateurs devant y avoir accès. À cet égard, France Télécom, société anonyme cotée, et Réseau de transport d'électricité (RTE), département d'EDF et bientôt personne juridique autonome mais demeurant publique et contrôlée totalement par l'État selon les dispositions de la loi du 9 août 2004⁴⁸, ont la même position, la même fonction, la même puissance et doivent être procéduralement traités de la même façon.

40. – Prenons donc des critères plus substantiels et plus globaux pour qualifier les contentieux. Si le mouvement est celui d'une civilisation des secteurs régulés, parce que ceux-ci se rapprochent de l'ordinaire concurrentiel et se développent sur des initiatives contractuelles spontanées et bilatérales⁴⁹, alors le règlement des différends doit suivre le mouvement, en étant lui-même de nature ordinaire, dans un contentieux dont le régulateur serait le juge spécialisé et l'expert. Le régulateur doit alors rester en retrait dans des procédures de règlement dominées par le principe dispositif, tandis que le juge civil, sur recours, demeurera dans son élément.

41. – En revanche, lorsque le règlement des différends ne porte que sur l'accès, sa qualité technique et ses modalités financières, alors l'on demeure encore proche de la notion de « police administrative », un rappel du gestionnaire à ses devoirs, au besoin en retenant sa responsabilité⁵⁰, ce qui justifie que l'office du juge soit plutôt du côté de l'office administratif. Dès lors, techniquement, il faut alors non seulement conserver la puissance du régulateur dans la fixation des prix mais encore limiter le contrôle du juge judiciaire à un contrôle de la légalité externe. Cette notion de police du secteur et de rappel à l'ordre n'est-elle pas si forte qu'elle autotise à regarder vers la qualification d'un office répressif, exercé au sein même du règlement des différends ?

48. M.-A. Frison-Roche, « La maturation de la régulation énergétique par la loi du 9 août 2004 », *Lamy Concurrence*, n° 1, nov. 2004, p. 131-135.

49. V. M.-A. Frison-Roche, « Régulation et contrat », *Petites Affiches*, sous presse ; Ch. Jamin, « Le droit de la régulation : un laboratoire expérimental du droit des contrats », *Lamy Concurrence*, n° 2, févr. 2005, p. 132-134..

50. La décision de la Commission de régulation de l'énergie du 27 mars 2003, *Papeterie de Bègles*, considère que le pouvoir d'engager la responsabilité du gestionnaire de réseaux fait partie de son pouvoir de règlement des différends. Cela ne va pourtant pas de soi.

B. LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, ENTRE CONTENTIEUX CIVIL ET CONTENTIEUX RÉPRESSIF

42. – À première vue, la question ne se pose pas parce que nous sommes dans l'ordre de l'évidence : le régulateur exerce un office répressif lorsqu'il utilise son pouvoir de sanction et un office civil lorsqu'il règle un différend entre deux parties. C'est ce que les mots veulent dire. Mais aujourd'hui les définitions et les mots font sécession, parce qu'il ne suffit pas que le législateur utilise tel ou tel mot pour que la substance des pouvoirs s'y ajuste. Loin de ce formalisme souverain, le droit européen dégage les qualifications adéquates non plus à partir des mots qui désignent les pouvoirs mais à partir des contours des pouvoirs mêmes.

43. – Ainsi, si, sous couvert d'un pouvoir, l'organe en exerce un autre, le droit européen applique le régime juridique du second et non pas du premier. Pour prendre un exemple célèbre et acquis, lorsqu'une juridiction ou un organe administratif suit les règles du contentieux administratif mais, à travers cela, punit des fautes en prononçant les sanctions, la jurisprudence de la Cour européenne considère qu'il s'agit en réalité d'un pouvoir répressif, de nature pénale⁵¹.

44. – Cela peut être aussi vrai concernant l'apparement paisible office civil du régulateur. Parfois, la réduction drastique par le régulateur du prix d'accès pratiqué par le gestionnaire de réseau peut être une punition avant même d'être une solution à un litige. Par exemple, lors d'un règlement de différends, la Commission de régulation de l'énergie a très fortement réduit le prix d'accès à l'encontre du gestionnaire du réseau de transport d'électricité, lui reprochant d'avoir méconnu son obligation de transparence lors des négociations avec l'entreprise demandant l'accès au réseau⁵². Lors de son recours porté devant la cour d'appel de Paris, EDF a soutenu que le régulateur l'avait en réalité puni pour avoir méconnu cette obligation, pouvoir de sanction que le régulateur ne peut prétendre exercer lorsqu'il règle un litige. L'argumentation n'a pas en l'espèce convaincu⁵³, mais la question demeure.

45. – En effet, lorsqu'un régulateur décide de lui-même les conditions techniques et financières d'un accès que le gestionnaire du réseau de transport ne peut pas refuser, est-ce encore un office de réconciliation entre deux entreprises qui se disputent ? On ne peut parler de dispute qu'à propos de personnes qui sont libres de déterminer leurs rapports. Plus encore, lorsque le régulateur, à travers son pouvoir, s'assure du bon comportement du gestionnaire du réseau dans les rapports qu'il entretient avec le

51. CEDH, 8 juin 1976, *Engel*, in V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5^e éd., Sirey, n° 73, p. 215 et s.

52. Dél. CRE, 30 oct. 2003, *Cogé de Kerverset*, disponible sur www.cre.fr. En cela, la solution doit être rapprochée de l'arrêt du Conseil d'État du 25 février 2005, *France Telecom* (section du contentieux n° 247866), qui, pour un motif analogue, sanctionne l'adoption d'un tarif par le régulateur lui-même.

53. Paris, ch. 1^{re}, secr. H, 8 juin 2004, *Cogé de Kerverset*, disponible sur www.cre.fr.

concurrent et du respect de ses multiples obligations, on est proche d'un rappel à la loi. Le gestionnaire du réseau est si peu ordinaire qu'il ressemble souvent davantage à un régulateur qu'à une entreprise sur un marché.

46. — Cela ouvre d'ailleurs de nouvelles perspectives pour les matières justifiant un pouvoir du régulateur de régler les différends. On observera tout d'abord qu'alors que l'autorité de concurrence ne possède pas de pouvoir spécifique de règlement des différends, n'exerçant qu'un pouvoir de sanction, lorsque l'exercice de celui-ci se traduit par des injonctions de faire, des biffages de clauses illicites ou de réécritures de celles-ci, d'observations sur ce qui ne serait pas un prix abusif, cela aboutit en réalité à régler un différend entre le titulaire de la facilité essentielle et celui qui veut accéder à l'espace concurrentiel.

47. — Par ailleurs, *de lege feranda*, si l'on ne se limite pas à des situations de réseaux physiques d'infrastructure essentielle mais qu'on raisonne plus largement à propos de l'accès, ce qui nous conduit alors du côté des marchés financiers lorsqu'un opérateur a le pouvoir de tenir l'accès à un espace sur lequel les entreprises exercent leur activité, il faut prendre en considération l'accord que formule l'entreprise de marché qui accepte ou non la mise en circulation de titres émis par une entreprise et précise les obligations respectives de l'entreprise de marché et de l'entreprise émettrice dans une sorte de protocole contractuel. Les contentieux qui pourraient naître de ce contrat d'accès sont pour l'instant abandonnés aux juridictions ordinaires. Pourtant, un office de règlement de ce type de différends pourrait être heureusement confié à l'Autorité des marchés financiers, régulateur général des marchés financiers.

*

* *

48. — Ainsi, dans une première conclusion à propos de ce pouvoir qui se façonne au fur et à mesure qu'il se pratique, il apparaît que, lorsque le secteur n'est pas construit sur un monopole naturel, le principe de concurrence étant le premier principe retenu et que la maturation concurrentielle du secteur est proche, alors le règlement des différends œuvre simplement et fortement au mouvement de civilisation, c'est-à-dire au retour à l'ordinaire du contrat et de la suffisante compétition. Le contentieux est alors subjectif, comme peut l'être le contentieux de droit civil ou de pleine juridiction.

49. — À l'inverse, lorsque le secteur est construit sur un monopole naturel à l'accès équitable duquel le secteur dépend dans son dynamisme concurrentiel et dans sa sécurité technique, le régulateur exerce son pouvoir de règlement des différends, d'une part, pour maintenir les équilibres du secteur, c'est-à-dire dans une perspective objective de régulation, et, d'autre part, pour rappeler à l'ordre de la loi un gestionnaire de réseaux d'une très grande puissance. Dès lors, c'est davantage — et malgré les mots — un office administratif et répressif que le régulateur qui tranche un différend exerce, c'est-à-dire un office objectif.

50. – Si l'on tire des conséquences de cette ligne de partage entre contentieux objectif et contentieux subjectif, qui trouve et exprime sur un autre plan la distinction entre régulation et juridiction traditionnelle, on aboutirait alors à des traitements différenciés suivant que le règlement des différends s'applique à la première perspective ou à la seconde, suivant les conséquences dégagées au début de cette étude⁵⁴. Cela devrait alors nuancer mais aussi légitimer non seulement la façon dont les régulateurs usent de leurs divers pouvoirs de règlement des différends et la façon dont les juridictions en contrôlent l'exercice.

54. Sur les quatre conséquences de la première perspective, dans un cadre de contentieux objectif, v. n° 13 et s. ; sur les deux conséquences de la seconde perspective, dans un cadre de contentieux subjectif, v. n° 17 et s.