

Petites affiches

La Loi

Le Quotidien Juridique

ARCHIVES COMMERCIALES DE LA FRANCE

391^e année

3 JUIN 2002

N° 110

7,60 €

N
U
M
È
R
O
S
P
É
C
I
A
L

RENCONTRES PETITES AFFICHES

DROIT DE LA RÉGULATION : QUESTIONS D'ACTUALITÉ

**Sous la direction scientifique
du professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE**

Paris, 6 février 2002



www.petites-affiches.com

Petites affiches

2, rue Montesquieu 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14 Fax : 01 47 03 92 02

Le Quotidien Juridique

12, rue de la Chaussée d'Antin 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49 Fax : 01 49 49 06 50

La Loi

Archives Commerciales de la France
60, quai des Orfèvres 75001 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34 Fax : 01 46 34 19 70

ÉDITION QUOTIDIENNE DES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIÉS

JOURNAL AGRÉÉ POUR PUBLIER LES ANNONCES LÉGALES DANS LES DÉPARTEMENTS DE PARIS, HAUTS-DE-SEINE, SEINE-SAINT-DENIS, VAL-DE-MARNE

Directeur de la publication :
Bruno Vergé

Rédactrice en chef :
Emmanuelle Filiberti

Secrétaire de rédaction :
Claire-Marine Darbon-Fabre

Comité de rédaction :

Pierre Bézard, président honoraire
de la chambre commerciale de la Cour
de cassation

Éric Bonnet

Jean-Pierre Camby, conseiller des
services de l'Assemblée nationale

Alain Couret, professeur à l'Université
Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Maurice Cozian, professeur émérite à
l'Université de Bourgogne

Fernand Derrida, professeur honoraire
à la faculté de droit de l'Université
d'Alger

Michel Grimaldi, professeur à
l'Université Paris II
(Panthéon-Assas)

Paul Le Cannu, professeur à
l'Université Paris I (Panthéon-
Sorbonne)

Jacques Massip, conseiller doyen
honoraire à la Cour de cassation

Jacqueline Morand-Deville, professeur à l'Université Paris I
(Panthéon-Sorbonne)

Georges Morin, président honoraire
du Répertoire du notariat Defrénois

Alain Sauret, avocat conseil en droit
social, J. Barthélémy et associés.

Rédaction :

2, rue Montesquieu, 75041 Paris
Cedex 01

Tél. : 01.42.61.87.87

Fax : 01.42.86.09.37

E-mail : redaction@petites-affiches.com

Tout projet d'article, accompagné
de sa disquette, doit être adressé
à Emmanuelle Filiberti, à l'adresse
ci-dessus

Diffusion :

Tél. : 01.42.61.88.00

Fax : 01.42.92.03.91

E-mail : diffusion@petites-affiches.com

Rédaction (p. 1 à 88)

Publicité légale : Annonces pour
les départements 75, 92, 93, 94
(p. 89 à 128)

ABONNEMENTS

1 an France (T.T.C.)

Journal seul 120 €

Multimédia 170 €

1 an Étranger (H.T.)

C.E.E. 267,56 €

Hors C.E.E. 526,76 €

Pour tarifs particuliers (enseignants,
étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique : GRAPHIR DESIGN

RENCONTRES PETITES AFFICHES

DROIT DE LA RÉGULATION : QUESTIONS D'ACTUALITÉ

Paris, Automobile Club, 6 février 2002

SOMMAIRE

3

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

LA RÉGULATION, OBJET D'UNE BRANCHE DU DROIT

L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA RÉGULATION

**SOUS LA PRÉSIDENTE DE PIERRE BÉZARD, président honoraire de
la chambre commerciale de la Cour de cassation**

11

CHRISTIAN BABUSIAUX

**LA CONCEPTION DE LA RÉGULATION DANS LA RÉFORME DU DROIT
DE LA CONCURRENCE PAR LA LOI N.R.E.**

17

JEAN-YVES CHÉROT

**L'IMPRÉGNATION DU DROIT DE LA RÉGULATION PAR LE DROIT
COMMUNAUTAIRE**

26

DOMINIQUE SCHMIDT

**LE DROIT DES SOCIÉTÉS A-T-IL ÉTÉ INTÉGRÉ PAR LA LOI N.R.E.
DANS LA LOGIQUE DE LA RÉGULATION ?**

29

ALAIN COURET

**RÉGULATION FINANCIÈRE, SOCIÉTÉS COTÉES ET SOCIÉTÉS NON
COTÉES**

41

DÉBATS

LES REPÈRES DU DROIT DE LA RÉGULATION

**SOUS LA PRÉSIDENTE DE MICHEL GENTOT, président de la
Commission nationale de l'informatique et des libertés**

50

LUCIEN RAPP

**LE DROIT PUBLIC, L'ÉCONOMIE ET LA RÉGULATION : L'EXEMPLE
DES TÉLÉCOMMUNICATIONS**

58

JACQUELINE DE GUILLENCHMIDT

LE SECTORIEL ET LE GÉNÉRAL DANS LE DROIT DE LA RÉGULATION

63

ALAIN SEBAN

**LES FORMES INSTITUTIONNELLES IMPLIQUÉES PAR LE DROIT DE LA
RÉGULATION**

70

DÉBATS

73

JEAN MARIMBERT

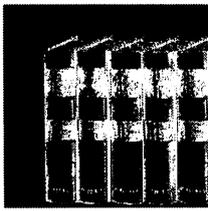
L'OFFICE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

79

DÉBATS

85

CONCLUSION, PAR MARIE-ANNE FRISON-ROCHE



LA RÉGULATION, OBJET D'UNE BRANCHE DU DROIT

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur à Sciences-Po

Une introduction aux analyses constituant le cœur de ce travail collectif sur *Le droit de la régulation* doit refléter l'interrogation première : le « droit de la régulation » existe-t-il ? La question est utile parce que si l'on peut y répondre par l'affirmative, l'on peut ramasser des solutions et des lignes de raisonnement autour d'une même appellation, alors on pourra par rétroaction accroître, voire instaurer, leur compréhension, leur cohérence de fonctionnement, et contribuer à la sécurité juridique de l'ensemble.

L'existence du droit de la régulation n'est pas le pré-supposé de l'ensemble des contributions, leur fil conducteur est au contraire sa mise en doute. Le fait qu'on puisse s'inquiéter de la consistance d'un amas de règles sans logique globale apparente, qu'on observe la difficulté à les relier entre elles et à dégager leur fonctionnement dynamique, n'entame pas la pertinence de la question même de l'existence d'une branche du droit spécifique. L'enjeu de l'ensemble de ces contributions est donc de laisser la question ouverte pour mieux la travailler.

Il peut paraître paradoxal d'avoir d'abord publié des réflexions sur la réponse (1) avant de consacrer des propos plus centrés sur la question même. Mais cela tient au mouvement même de la pensée qui n'avance que par insouciance, car à douter toujours on ne peut rien prétendre, mais qui ne s'affermir que par le doute, car à affirmer sans retour en arrière, sans repentir actif, on construit sur du vent. Le droit de la régulation mûrit par la double force des hypothèses et de leur contestation (2).

Pour lancer le débat, on peut proposer des indices de reconnaissances, des critères d'identité et des règles de fonctionnement propres au droit de la régulation, parce que sur les décombres des distinctions classiques que sont notamment celles du droit public et du droit privé, du droit civil et du droit commercial, une recherche de cohérence par la subsomption dans cette nouvelle branche du droit n'est plus seulement bienvenue, elle devient impérieuse.

Dans le même temps, des doutes sur l'existence d'un droit de la régulation, on peut en avoir, et par deux sources. Tout d'abord, le terme de « régulation » a un tel succès, se glisse aujourd'hui dans tant de travaux, est appelé à la rescousse de tant d'affirmations de toutes sortes qu'il finit par renvoyer à rien d'autre de plus précis que quelque chose comme la modernité. Dans les conquêtes, c'est le succès qui est redoutable. Si la régulation ne renvoie qu'à cela, nous revoilà exposés au risque du vent.

La seconde source d'inquiétude, c'est l'hétérogénéité du mot. La régulation doit correspondre à un objet pour constituer une matière, voire une branche du droit (3). C'est la possibilité de réduire un ensemble de règles, de compétences et de mises en œuvre, à un seul mot, doté d'un seul sens, qui signe l'existence d'un ensemble unifié et cohérent. Même si chacun peut par la suite discuter ce sens, il doit conserver son unicité. Prenons un exemple et un contre-exemple. Le droit de la famille constitue une branche du droit, parce qu'elle se coagule autour de l'objet « famille », même s'il doit se

subdiviser immédiatement à travers l'opposition du personnel et du patrimonial notamment, même s'il doit endurer des réflexions légitimes sur ce qui constitue ou non une famille, l'ampleur de son cercle, etc. À l'inverse, le droit commercial a toujours souffert du tiraillement perceptible dans le Code de commerce qui ne sut faire un choix entre la tentation d'une définition par l'acte et celle d'une définition par la personne. Il est vrai que la notion d'activité économique se noue aujourd'hui mieux avec celle de professionnel mais c'est au prix d'un effondrement progressif de la distinction entre le droit civil et le droit commercial. Cela donc pour montrer l'importance de la question.

Or, la régulation paraît avoir en droit trois sens. Il faut lutter pour les ramener à un seul sens, en la rattachant à un seul objet, pas spécialement par goût de l'ordre mais parce que c'est la condition pour qu'une branche du droit existe. Il est vrai que l'étude de la loi sur les nouvelles régulations économiques n'aide pas car son contenu pulvérisé tire à première vue la notion à hue et à dia. Ainsi, le sens le plus solide parce que le plus immédiat du droit de la régulation, appréhendé comme l'appareillage juridique des secteurs particuliers et en permanence construits et conduits, reconnus en cela comme régulés — la finance, la banque, l'assurance, les télécommunications, l'audiovisuel, le transport ferroviaire, l'électricité et le gaz — ne se retrouve que très peu, et presque par hasard, dans la loi N.R.E. Dans ce texte, les améliorations au titre de la régulation financière ne sont que très ponctuelles,

(1) *Le droit de la régulation*, D. 2001, chron., p. 610-616.

(2) L. Boy, *Réflexions sur « le droit de la régulation »* (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche), D. 2001, chron., p. 3031-3038.

(3) G. Vedel, *Le droit économique existe-t-il ?*, Mélanges L. Vigneux, Université de Toulouse, 1981, p. 767.

l'insertion pendant la navette parlementaire d'une réforme des autorités de régulation financière ayant été effacée. De la même façon, si l'on s'en tient à ce sens strict attaché à des secteurs particuliers spécifiquement régis, les dispositions relatives au droit général de la concurrence constituant le deuxième titre du texte ne s'insèrent pas dans cette définition.

Dans cette loi, on discerne plus sûrement le deuxième sens de la régulation, pouvant seul justifier le rattachement de la réforme opérée dans le droit des sociétés à l'idée de régulation, ce qui sauverait la loi du grief de n'être qu'une accumulation de dispositions sans unité. Mais ce sens est aussi plus évusif puisqu'il s'agit d'une définition organisationnelle, renvoyant à un équilibre maintenu entre des pouvoirs d'inégal force par l'usage qui est fait en permanence de la puissance du droit. C'est à ce titre que des droits d'actions sont conférés aux actionnaires ou aux salariés pour que cet équilibre puisse par la suite se développer, sous la surveillance d'un juge toujours accessible. On mesure ici le danger de la dilution parce que le droit peut se définir tout entier comme ayant pour souci, et donc pour objet général, l'équilibre des puissances.

La définition se perd alors par la manœuvre de son élargissement. Cela advient par le troisième sens parfois évoqué, selon lequel le droit est une technique de régulation sociale, c'est-à-dire un mode d'organisation forcée et protectrice des relations des individus et des groupes. Ce sens de la régulation est propre à l'analyse sociologique, correspond à une façon de parler du droit, mais cela ne suffit pas à constituer un objet spécifique permettant de distin-

guer au sein de l'ordre juridique une branche du droit devenant ainsi particulière.

Ce sens de la régulation n'est pas à rejeter totalement parce que même s'il ne renvoie pas à l'idée de branche, il renvoie bien à celle de droit. C'est précisément ce sens que prend « la régulation de la mondialisation », évoquant la montée en puissance des règles, de leur effectivité et de leur application par des institutions internationales qui se juridictionnalisent, non seulement l'Organisation mondiale du commerce mais encore le Fonds monétaire international.

Si l'on en reste à la perspective de branche du droit, revenons donc aux deux premiers sens. On ne peut ainsi les coexister, sauf à refermer sans plus avant la question. Il faut soit préférer l'un à l'autre, soit les admettre tous deux mais à la seule condition de dégager un principe qui leur soit commun et leur restituer ainsi l'unité requise à l'existence d'une branche du droit.

Dans la première voie, s'il fallait choisir, il faudrait prendre le sens le plus solide, revenir sur ce qui serait une sorte de cœur de métier, à travers le droit propre aux secteurs régulés. Ces secteurs sont constitués par leur objets techniques, valeurs mobilières, gaz naturel, diffusion télévisée, etc. Mais ils ont en commun de devoir être construits et maintenus en permanence dans un équilibre entre un principe de concurrence et un principe autre, lequel peut varier selon les secteurs (4).

On sera contraint de restreindre le droit de la régulation à ces secteurs si on lie substantiellement celui-ci à l'existence d'autorités de régu-

lation. En effet, les secteurs précités sont aujourd'hui construits autour d'autorités de régulation, par exemple la Commission des opérations de bourse pour les marchés financiers, l'Autorité de régulation des télécommunications pour le secteur des télécommunications, le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour celui de l'audiovisuel, la Commission de régulation de l'électricité pour le secteur électrique, etc. Certes, les autorités de régulation sont un indice du droit de la régulation (5) : là où elles existent, un droit de la régulation s'applique. Si l'on transforme l'indice en critère, alors il devient difficile d'évoquer un droit régulant le droit des sociétés, puisqu'il n'existe pas d'autorités de régulation *ad hoc* en cette matière.

Mais même restreint à ces secteurs, le droit de la régulation ne souffrirait guère d'un rétrécissement de la perspective, pour trois raisons. Tout d'abord, les secteurs en cause, précités, sont essentiels, non seulement en eux-mêmes mais parce qu'ils sont ce sur quoi l'économie générale se construit et ceux à travers lesquels la réalisation de risques systémiques peut ébranler celle-ci.

Ensuite, et de ce fait, le droit des secteurs régulés interfère nécessairement avec les droits correspondant d'une façon plus traditionnelle à cette économie générale. Ainsi, la régulation de l'admission et de la circulation des instruments financiers sur un marché finit par pénétrer au cœur du droit des sociétés cotées et peut-être, par contamination ou effet de raison, s'insinue dans celui des sociétés non cotées. Plus encore, la bonne articulation entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation est ce par quoi le droit de la concurrence peut trouver un

(4) Pour une explicitation de cette définition, v. *Le droit de la régulation*, préc., p. 612 et s.

(5) Sur la question corrélée de déterminer pourquoi on a constitué de telles autorités de régulation, v. *Pourquoi des autorités de régulations ?*, in *Le politique saisi par l'économie*, *Économica*, 2002, p. 271-285.

nouveau souffle, le contrôle des concentrations pouvant constituer un lieu de confluence.

Enfin, à l'intérieur même du droit de la régulation, les branches classiques du droit viennent s'appliquer mais aussi se régénérer. Par exemple, la théorie générale processuelle a trouvée une nouvelle énergie lorsqu'il s'est agi de dégager les modes équitables de fonctionnement des autorités de régulation. Ainsi, le droit des secteurs régulés est tout à la fois spécial, contaminant et promoteur des branches plus générales.

L'autre voie consiste à rechercher un sens commun aux deux définitions pour qu'il y ait identification possible d'une branche du droit. Si on y parvient, cela permettrait de dissocier éventuellement le droit de la régulation et l'existence des autorités de régulation, celles-ci n'étant qu'un indice et non plus un critère. Ce sens commun, on peut le dessiner par provision.

Préalablement, il faut souligner que le droit de la régulation, pris dans un sens ou dans l'autre, est pleinement du droit économique dans la mesure où c'est à partir d'une vision que l'on pourrait dire « dénudée » de la réalité que l'on construit le droit.

En effet, le droit classique se construit à partir de lui-même, c'est-à-dire à partir de ces inventions juridiques que sont principalement le contrat et la personnalité. À l'inverse, le droit de la régulation, en cela fils du droit de la concurrence, non seulement ne part pas de ces matériaux de base proprement juridiques, mais les récuse. Là où l'on avait construit le contrat, on ne voit plus que des accords, à l'instar du droit de la concurrence et du droit boursier. Là où l'on avait désigné une per-

sonne et en conséquence une volonté, on ne voit plus que des relations de pouvoir, de puissance ou de mouvements d'intérêts. Là où l'on avait identifié une autorité publique et une mission, on ne voit pas que des intervenants sur des marchés.

La performance du droit économique se fait ainsi par la régression, notamment en s'offrant la suppression de l'opération de qualification. Le droit de la régulation, puisqu'il est le dernier né des branches du droit économique, est plus régressif encore. En effet, le droit économique, surtout le droit de l'entreprise, avait pris comme objet l'organisation d'une structure. Même si le droit est instrumentalisé, par exemple si la personnalité juridique n'est plus perçue que comme le moyen offert par le droit pour que l'entreprise accède à la puissance d'action garantie par le droit, on suppose encore une organisation, une construction, donc une certaine artificialité.

Le droit de la régulation va plus loin dans l'archaïsme méthodologique : il ne prend plus comme objet que les puissances. Ces puissances de fait et de droit engendrent deux types de pouvoirs, classés suivant l'objet sur lequel ils portent : les pouvoirs d'agir sur le marché, les pouvoirs de disposer d'autrui. On retrouve alors les deux sens unifiés parce que dans les secteurs régulés comme dans le droit des sociétés, c'est l'articulation permanente de ces jeux de puissance, excités mais aussi tempérés par la concurrence, qui est l'objet direct du droit de la régulation, qui est ce dont le droit va se mêler intimement, dans cette relation toujours dialectique entre le droit et la force.

D'une seconde façon, c'est la méthode qui donne une unité au droit de la régulation, dans son but et dans ses moyens. Le but, c'est d'utiliser le droit pour organiser artificiellement les rapports de force et les construire de telle façon qu'ils puissent ensuite produire à leur tour de l'équilibre. Cela vaut pour l'ouverture forcée d'un secteur à la concurrence (6) aussi bien que pour l'équilibre contraint entre des principes hétérogènes, telles la concurrence et le pluralisme des opinions en matière d'audiovisuel, ou encore pour le rapport d'agence entre les dirigeants sociaux et les actionnaires. Dans un second temps, par ce travail juridique directement opéré dans les rapports de force, le droit met des ingrédients afin que ces rapports d'opposition restent actifs puisqu'ils sont en eux-mêmes sources d'équilibre.

Ainsi, le droit de la régulation active les rapports de force, aussi bien celui entre les opérateurs historiques d'un secteur et les entreprises qui pénètrent sur le marché que celui qui oppose les actionnaires et les dirigeants sociaux, et plus encore celui qui met face à face les producteurs et les distributeurs, relation à laquelle la loi N.R.E. consacre des dispositions spécifiques. L'idée est que le rapport de force est bénéfique lorsqu'il est équilibré. Le contrat lui-même repose sur ce principe. Ainsi, pour lutter contre la domination, il faut nourrir le rapport de force et non pas l'apaiser. Ce principe est commun aux procédés de régulation, dans les deux sens du terme. Il donne une cohérence forte à la loi N.R.E.

Les ingrédients pour nourrir les rapports de force de sorte que leur maturation puisse aboutir à l'équilibre des puis-

(6) V. par ex. *Les enseignements de l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique*, *Revue de la concurrence et de la consommation*, à paraître.

sance et donc à l'équilibre des intérêts, sont de quatre ordres, qui sont autant de points fixes du droit de la régulation.

Il s'agit en premier lieu de la distribution des droits à l'information, non pas tant pour protéger la partie faible que pour faire sortir l'information. L'asymétrie d'information est au cœur de la théorie économique de la régulation. En deuxième lieu, il s'agit du principe de transparence, marque des secteurs régulés, aujourd'hui importé dans les rapports de force observables dans les relations de la distribution ou en matière de gouvernement d'entreprise. En troisième lieu, la proportionnalité doit gouverner l'exercice des pouvoirs, quel que soit le pouvoir dont il s'agit, celui du gestionnaire du réseau de transport du secteur régulé, celui du dirigeant social, celui de l'autorité de régulation elle-même. En quatrième lieu, on retrouve dans tous ces procédés de régulation le principe de responsabilité de ceux qui exercent le pouvoir sur autrui et, corrélativement, le principe de la contestabilité des décisions prises, notamment grâce au recours judiciaire. On retrouve toujours ces quatre principes : droits d'information, transparence, proportionnalité et responsabilité. Parce qu'on dispose de cette façon de points fixes, le reste peut bouger. Ainsi les normes de régulation peuvent être flexibles parce que c'est l'articulation de ces quatre principes fixes de méthode qui fournit la sécurité juridique requise.

Le droit de la régulation intègre donc une sorte de forçage des rapports de force mais une fois ces éléments intégrés, l'espoir est d'obtenir les équilibres souhaités par le seul jeu de ces nou-

veaux rapports. Par exemple, une fois l'installation de nouvelles entreprises concurrentes favorisée dans les secteurs libéralisés, on compte sur la puissance de la concurrence et la garde corrélatrice des objectifs de service public pour créer l'équilibre de marché. De la même façon, une fois les actionnaires minoritaires munis de droits pour obtenir des comptes, au besoin judiciairement, on estime que de nouvelles pratiques naîtront dans les sociétés françaises. Ou encore, la loi ayant instauré une commission pour observer les pratiques commerciales dans la distribution, on espère que des comportements d'exploitation prendront fin.

D'une façon commune, il y a à la fois contrainte sur les rapports de force et volonté de laisser jouer ces rapports de force, une fois ceux-ci structurellement modifiés par le droit. Le droit de la régulation est donc essentiellement à mi-chemin entre le dirigisme, où tout vient de l'extérieur, et l'autorégulation, où tout vient de l'intérieur. Pour revenir un instant et sous cet angle à la question de la mondialisation, le droit de la régulation constitue une perspective encourageante parce qu'en la matière on a besoin de règles (de toutes provenances, publique ou privée, écrite ou d'usage) et d'arbitrages (venant d'un juge ou d'un quasi-juge) mais fonctionnant sans un gouvernant extérieur à proprement parler (c'est-à-dire un État). Le droit de la régulation, tel qu'il se développe notamment en matière financière, répond à ce cas de figure d'une structure contraignante, conçue à l'extérieur mais vivant par l'intérieur.

Dans cette perspective, qui ne prend l'autorité de régulation que comme indice et non comme critère néces-

saire, et qui prend comme facteur d'unité l'objectif et la méthode, on ferme la difficulté née de la dualité des premières définitions. C'est pour en ouvrir une autre. Pour éviter la dilution de la régulation dans la définition même du droit par sa recherche d'équilibre dans les rapports de force, il faut cerner les domaines régis par le droit de la régulation, au-delà donc des seuls secteurs régulés mais en-deça de l'ensemble des relations sociales.

Cette réflexion amène à reprendre trois notions qu'il faut à la fois distinguer et articuler : le marché, le secteur et la chaîne. On connaît la notion juridique du marché, construite sur la notion de substituabilité, c'est-à-dire sur le produit lui-même. C'est l'alpha et l'omega du droit de la concurrence. Il faut aujourd'hui l'ajuster avec la notion de secteur, correspondant non plus à un produit mais à une activité, par exemple les télécommunications. C'est la base non seulement du droit de la régulation mais encore du droit de l'Organisation mondiale du commerce, à travers le calcul des sanctions. Le marché s'enchaîne dans le secteur, par exemple plusieurs marchés s'articulent en matière de télécommunication, ce qui déclenche en outre la double compétence des autorités de concurrence et de régulation, rendant impérative la bonne intelligence entre les deux branches du droit.

Il faut ajouter aux deux premières notions une troisième : celle de chaîne économique. En effet, beaucoup d'activités économiques se construisent autour de chaînes, au-delà des industries de réseaux. Ainsi, non seulement les procédés de distribution mais encore internet correspondent à cette

construction par chaîne. Plus encore, on évoque à juste titre la « filière bois » ou bien la « chaîne alimentaire ». Puisqu'on a indiqué que l'autorité de régulation est un indice sûr, on sera sensible à la création d'une autorité de régulation de la sécurité alimentaire, laquelle ne peut se concevoir qu'en ayant prise sur l'ensemble de la chaîne en question. La construction de

chaînes économiques, plus ou moins intégrées, croise alors non seulement une pluralité de marchés, mais encore d'une façon fréquente une pluralité de secteurs. La convergence technique y incite. Dans la mesure où le droit a engendré des règles propres aux marchés mais aussi des règles spécifiques à chacun des secteurs, on mesure que le droit de la

régulation ne pourra produire de l'ordre que si le système juridique parvient à organiser la bonne coordination entre les différents corps de règles cumulativement applicables. Il faut concevoir le droit de l'interrégulation. Il ne sera efficacement organisé qu'à l'intérieur d'un corps de règles identifiées comme une branche du droit.

Petites affiches

Le rendez-vous quotidien des professionnels du droit

■ 5 FOIS PAR SEMAINE

- *doctrine, notes et chroniques* rédigées par des universitaires de renom et les meilleurs praticiens du droit,
- *l'actualité professionnelle et législative,*
- *les Dossiers de l'Europe* pour comprendre les grands débats de la construction européenne,
- *les numéros spéciaux* font régulièrement le point sur une question d'actualité ou un débat juridique,
- *les informations légales* pour suivre la vie juridique des sociétés,

■ EN LIGNE

Téléchargez le journal du jour sur www.petites-affiches.com et retrouvez :

- *l'original du cahier d'annonces légales* et suivez directement la vie des sociétés.
- *les 10 dernières parutions,*
- *les numéros spéciaux,*
- *les Dossiers de l'Europe,*
- *les hors-série*



LES ARCHIVES DE LA RÉDACTION EN LIGNE

- *les archives* pour mener vos recherches directement en ligne. Grâce à des mises à jour régulières vous bénéficiez d'un fonds documentaire réactualisé en permanence.

NOUVEAU

■ 1 CD ROM ANNUEL =

STOCKER, TROUVER, IMPRIMER :

- Support d'archivage et outil de recherche, il comprend :
- *plus de 6000 articles de doctrine,*
- *toute la jurisprudence du Quotidien Juridique, depuis 1994*
- *le mode de recherche «full-text» et une ergonomie soignée offrent un accès facile et une exploitation pratique des informations publiées.*



Petites affiches
LES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIÉS

SERVICE DIFFUSION : 2, RUE MONTESQUIEU 75041 PARIS CEDEX 01
TÉL. : 01 42 61 88 00 - FAX : 01 42 92 03 91
e mail : diffusion@petites-affiches.com



M A T I N É E

L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA RÉGULATION

J e prends la parole après ce très brillant exposé qui pose bien le débat pour d'abord vous dire ma grande satisfaction d'être parmi vous. Nous avons l'habitude de ces réunions annuelles consacrées à l'actualité juridique, qui nous amènent ici fidèlement pour réfléchir non seulement sur les solutions nouvelles qui sont consacrées par le législateur, mais aussi sur les méthodes utilisées. Et je dois dire que cet aspect méthodologique prend aujourd'hui un caractère tout à fait particulier. Au-delà des solutions nouvelles apportées, nous devons en effet, nous interroger aussi sur le point de savoir ce que cette loi nouvelle va entraîner sur le plan des méthodes et de l'esprit ; n'est-on pas là définitive à un tournant fondamental ? Sans compliments excessifs, je crois qu'il y avait sans doute peu de personnes qui pouvaient comme M^{me} le professeur Frison-Roche aborder ce problème avec tant de dynamisme et aussi de modestie, puisque vous-même appelez à la discussion, et même la critique.

Je voudrais dire quelques mots rapidement, pour exprimer mon point de vue et introduire un peu les exposés et le débat qui vont venir. Personnellement, mais ceci avant d'avoir lu et entendu le professeur Frison-Roche, j'ai eu une réaction très négative à l'égard du texte de la loi N.R.E. Peut-être suis-je un juriste trop vieux dans un droit trop ancien, mais je pense que je suis de ceux qui sont toujours très attentifs aux évolutions et qui croient qu'elles sont nécessaires, qui croient beaucoup à un droit qui colle à l'économie et non pas un droit distribué « de là haut », comme ce fut le cas à un certain moment. Mais j'avoue que devant ce texte là, j'ai été impressionné. Je me suis d'abord demandé, comme beaucoup d'entre nous je suppose, si ce n'était pas un texte un peu « de mode » : le terme « nouveau » d'abord, car on sait bien que les gouvernements successifs, quels qu'ils soient, ont toujours tendance à dire qu'ils ont inventé le fil à couper le beurre, et que tout est nouveau, donc tout est beau. Nouvelles régulations économiques, nouvelles régulations sociales... cela suscite un peu un réflexe de réticence ; d'ailleurs, qu'y a-t-il de nouveau ? En examinant les secteurs, que je ne crois pas trop mal connaître, du droit des sociétés, de la bourse, un peu de la concurrence, de la distribution, j'ai trouvé beaucoup de solutions intéressantes mais qui sont en place depuis des années, et qui sont l'objet de discussions constantes. Certes, sur un plan plus positif, la loi a révisé un certain nombre de problèmes, les problèmes des rémunérations, des publicités, qui sont de vieilles lunes, mais qu'il fallait consacrer. On les a donc consacrés et c'est une solution nouvelle, mais est-ce que c'est une méthode nouvelle ? C'est une question que l'on peut effectivement se poser et sur laquelle on peut douter ; d'ailleurs, pour revenir dans le droit des sociétés, pourquoi telle solution et pas telle autre tout aussi indispensable ?

Deuxième terme : la régulation. Je me suis au départ un peu bloqué, mais j'ai évolué, et je le disais tout à l'heure, en écoutant et en lisant le professeur Marie-Anne Frison-Roche. La régulation, est-ce autre chose que de la réglementation ? On a un peu tendance à dire : la régulation évacue les règles imposées par l'État ; c'est plus libéral, plus proche d'une certaine réalité de marché, et cela pousse vers une recherche de vérité. Oui, mais quand on regarde un certain nombre de ces règles, on s'aperçoit que l'État est encore là et qu'il fait passer des solutions avec peut-être des arrière-pensées un peu électoralistes. Il y a là un aspect un peu social, qui n'est pas neutre. Donc je pense que l'État est toujours très proche, d'abord parce que c'est son rôle, et c'est en plus son action habituelle. L'exposé des motifs de la loi est malheureusement faible, et à cet égard je regrette l'époque où, en particulier dans ces problèmes de régulation, le directeur Christian Babusiaux faisait des exposés de motifs compréhensibles, alors que là je pense que l'on ne sort absolument pas enrichi de la lecture de l'exposé des motifs. Heureusement, il y a une doctrine intelligente qui supplée le législateur pour expliquer ce qu'il a voulu dire. En effet, les choses ne sont pas claires : on nous dit que le marché laissé à lui-même est très dévastateur, qu'il faut le réguler et établir un

équilibre ; mais enfin, le droit, qu'il concerne les O.P.A., les sociétés, cherche toujours un équilibre. Il cherche à forcer le pouvoir des forts, il cherche à démanteler l'auto-contrôle, il cherche à donner plus d'informations, il cherche à donner aux associations des pouvoirs de contrainte, il essaie d'empêcher, au moins à une certaine époque, de se défendre contre des attaques extérieures, par exemple de limiter les pouvoirs en matière d'O.P.A. de défense. Donc cette recherche de vérité est semblable-t-il déjà dans la règle, et pas seulement dans la régulation.

Ce qui m'a le plus frappé dans cette loi, et je crois que c'est une banalité qui a frappé tous les juristes, c'est le caractère hétérogène des sujets abordés : sont traités en même temps le cinéma et les O.P.A., les fruits et légumes et la distribution, les télécommandes et le blanchiment... C'est une espèce de fourre-tout un peu impressionnant. Comment retrouver là dedans une unité ? Je suis moi même assez mal à l'aise. En tant que juriste ayant participé à l'établissement d'un certain nombre de textes législatifs, j'ai l'impression de me trouver en présence d'une loi D.D.O.E.F. qu'on veut faire œuvre d'art. Nous savons tous qu'à un certain moment, le ministère des Finances, généralement en fin d'année, réunit ainsi une masse de textes qu'il fait passer discrètement et efficacement..., mais maintenant on en fait des lois, ce qui est plus gênant. Et ce qui d'ailleurs s'inscrit en contradiction, mais cet aspect là est moins grave, avec l'effort de codification - qui est par ailleurs une mystification comme l'a écrit un excellent auteur, et je ne suis pas loin de penser comme lui car je crois plus à la réalité économique qu'à la réalité des codes.

Par ailleurs, quel sera l'avenir de ce texte et de sa forme ? L'année prochaine, sortira « les nouvelles réglementations numéro 2 » — comme certains films — ou même numéro 3 car à partir du moment où un cadre de réforme générale a été mis en place, je suppose que l'on va se donner des rendez-vous très proches, et que l'on va assister à une multiplication des textes. En fait, je pense qu'on reviendra à plus de spécificité, ce que personnellement je souhaite. Je crois que l'on n'est plus au temps de la Renaissance, on ne peut plus aborder tous ces problèmes là ensemble. Il existe des spécificités et des spécialistes en matière de médecine, en matière de technique, en matière de droit, des avocats et des magistrats spécialisés. Je ne crois pas à ce grand mouvement de réunion et je crois que l'on reviendra finalement à une approche traditionnelle de modification des textes de loi.

Ceci dit, et je rejoins tout à fait M^{me} le professeur Frison-Roche, je crois qu'il y a dans ce texte médiocre et insuffisant une réalité très profonde qui nous interpelle. Comme vous l'avez écrit et dit, je pense que le temps des grands textes, qui étaient effectivement de grands textes, est très largement dépassé et que finalement il y a bien, comme vous le précisez, une espèce de flux de solutions particulières qui se développe et qui finalement, qu'on le veuille ou non, sont à base économique ; le droit venant en appui de cette économie. Ce n'est pas le droit triomphant, c'est l'économie qui évolue à partir de flux d'où se dégagent un certain nombre de principes. Et cette évolution me paraît faite et exigée par cette mondialisation qu'on met à toutes les sauces et qui n'est pas des plus satisfaisantes, mais qui est très réelle, et par ce droit européen qui se construit

Par ailleurs, un autre point essentiel, c'est l'existence des autorités de contrôle et le fait que tout se construit à partir de ces autorités. Bien sûr, elles sont très diverses, il y en a qui sont très techniques et d'autres qui sont des autorités de contrôle touchant à des principes supérieurs (n'en n'aurons nous pas un jour en matière de bioéthique ?). L'évolution fondamentale tient aux garanties que l'on est en droit d'attendre de ces autorités et de leur intervention nécessaire, et de plus en plus nécessaire. Ces autorités ont tous les pouvoirs, mais M^{me} le professeur Frison-Roche dit justement qu'il est nécessaire qu'elles aient tous les pouvoirs pour être efficaces. Ceci sous le contrôle du juge, puissant et protecteur. Et se pose alors le problème du désordre des recours : il faudra peut-être un jour sur ce point là repenser le problème. Car si on a revu le droit

public et le droit privé, qui ne forment plus qu'un même corps sur le modèle américain ou certains modèles européens, il y a aussi un problème d'autorités judiciaires coordonnées. Heureusement, nos deux autorités suprêmes adoptent des solutions qui sont quand même très voisines, ce qui est un élément raisonnable.

En conclusion, je crois que l'intérêt de ce texte est de faire profondément réfléchir et de nous montrer que nous sommes à un tournant. Ce texte est incohérent, mais sa contribution est importante et il annonce l'avenir.

Pierre BÉZARD

Président honoraire de la chambre commerciale de la Cour de cassation

Petites affiches

Conçus comme de véritables dossiers, nos "numéros spéciaux" regroupent les contributions des meilleurs spécialistes sur un sujet d'actualité.

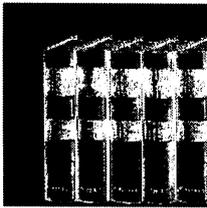


- *Sûreté et procédures collectives* (09/2000) 4,60 €
- *Profession comptable libérale : questions d'actualité* (09/2000) 7,60 €
- *L'efficacité des décisions en droit de la concurrence* (09/2000) 4,60 €
- *La loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale* (02/2001) 6,10 €
- *Actualité du droit international privé de la famille* (03/2001) 4,60 €

- *Vers l'authenticité électronique* (04/2001) 4,60 €
- *Sociétés et groupes : questions d'actualité* (05/2001) 7,60 €
- *La responsabilité professionnelle. Une spécificité réelle ou apparente* (07/2001) 7,60 €
- *La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché* (09/2001) 4,60 €
- *Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives* (01/2002) 7,60 €
- *La loi de modernisation sociale après la décision du Conseil constitutionnel* (01/2002) 7,60 €
- *L'utilité de la notion d'instruments financiers* (03/2002) 4,60 €

Pour vous procurer un ou plusieurs de ces numéros, il vous suffit d'adresser votre demande à l'adresse figurant au bas de cette page.

LES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIÉS 2, RUE MONTESQUIEU 75041 PARIS CEDEX 01/ TÉL. 01 42 61 88 00 / FAX : 01 42 92 03 91
e mail : diffusion@petites-affiches.com



LA CONCEPTION DE LA RÉGULATION DANS LA RÉFORME DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR LA LOI N.R.E.

CHRISTIAN BABUSIAUX

Ancien directeur général de la concurrence,
de la consommation et de la répression des fraudes

Madame le professeur, en me confiant ce sujet, la conception de la régulation dans la réforme du droit de la concurrence par la loi N.R.E., vous m'avez confié un sujet qui est à la fois très beau et impossible.

Très beau parce qu'il touche à l'esprit des lois, et donc à l'essentiel de la portée des lois et de la vie sociale, car, bien entendu, pour que la loi puisse se proposer d'avoir un sens, et une efficacité, encore faut-il qu'elle soit porteuse d'un esprit compréhensible par l'ensemble des acteurs et des intervenants. Et c'est particulièrement essentiel sur le sujet de la régulation, parce qu'un droit de la régulation, par définition, vise l'efficacité et non l'incantation. Il se propose d'agir sur les structures et sur le fonctionnement même de l'économie et de la société. Il ne peut donc être efficace que s'il est soutenu par une conception forte et cohérente et que s'il exprime un suffisant consensus des esprits, des acteurs économiques. Sinon, en effet, il y a toute les chances que le ou les régulateurs, s'ils doivent agir seuls et dans l'incompréhension d'une partie importante des acteurs économiques, ne parviennent pas à agir suffisamment, à dépasser un seuil de significativité de leurs interventions, et que donc la loi reste en grande partie inopérante. Cette question : y a-t-il une conception de la régulation dans la loi N.R.E., et laquelle ?, est donc une question tout à fait centrale, et peut-être la question principale.

Et pourtant ce sujet est manifestement impossible. Cette loi N.R.E., on le sait, a souvent été qualifiée de « loi Michelin » : elle vient d'un événement particulier, d'un

événement social, d'un licenciement considéré par l'autorité politique comme effectué dans des conditions anormales ; elle vient donc d'un fait éloigné du champ du droit de la régulation et a fortiori de celui du droit de la concurrence. Elle ne vient donc pas d'une sorte de nécessité interne au domaine considéré, d'une maturation des esprits, d'un débat prolongé et progressivement convergent des acteurs, d'un consensus ou d'un quasi-consensus des acteurs. À cet égard, c'est l'évidence, elle survient d'une manière totalement distincte, voire contradictoire avec celle qui avait marqué la préparation et l'aboutissement de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Elle relève de l'œuvre de commande plus que du sentiment partagé de la nécessité. Certes, il est des œuvres de commande qui sont de belle facture, mais on sait aussi que la contrainte que représente le fait d'exécuter une commande est souvent peu propice à l'éclosion d'une conception nouvelle, sauf quand elle est le prétexte à parachever une pensée déjà prête, ce qui, en l'espèce, n'était manifestement pas le cas.

Le décor étant ainsi planté, d'une manière peut-être trop claire, mais que je ne crois pas trop schématique et qui est vraisemblablement peu contestable par quiconque, permettez-moi d'approfondir progressivement la réflexion en deux stades.

I. Une première approche du sujet, c'est de partir très largement de ce que vous avez dit Madame, avec votre talent coutumier, c'est-à-dire que l'une des définitions possibles de la régulation, est de la définir par des critères de fait : l'existence d'une auto-

rité et la recherche d'une effectivité du rôle de cette autorité. C'est une approche organiciste, et si l'on se place, dans un premier temps, dans cette approche organiciste, on voit bien que la loi N.R.E. s'y inscrit nettement pour ce qui concerne le champ du droit de la concurrence, des pratiques restrictives, toute cette partie de la loi que je dois évoquer devant vous, mais qu'elle ne s'y inscrit qu'avec bien des limites.

A. En effet, on voit bien que les auteurs du texte ont recherché une efficacité des institutions existantes, en leur donnant davantage d'instruments d'action, et le législateur a multiplié les dispositions en ce sens. Sans bien sûr être exhaustif, rappelons simplement certaines dispositions.

Dans le domaine des pratiques restrictives, est affirmé le droit du ministre de l'Économie de demander non seulement la cessation des pratiques, mais aussi la nullité des clauses ou contrats illicites et de demander la répétition de l'indû et le prononcé d'une amende civile. Il y a bien là l'immixtion d'un acteur extérieur qui est appelé en renfort pour pouvoir agir de manière efficace et rééquilibrer des rapports entre des acteurs économiques qui, sinon, auraient été déséquilibrés. La création même de cette amende civile, d'un maximum de 2.000.000 d'euros, dans le champ de l'article L. 442-6 du Code de commerce, contribue à montrer cette orientation de donner au ministre de l'Économie la possibilité d'agir plus efficacement.

Un constat analogue peut être fait en ce qui concerne l'efficacité du Conseil de la concurrence. D'abord pour

l'efficacité de ses enquêtes et de son instruction : ainsi de la disposition sur les « repentis » prévue par l'article 73-III de la loi, qui permet d'exonérer des amendes ceux qui ont contribué à dénoncer les pratiques incriminées, et qui vise ainsi à accroître la possibilité de démontrer les faits. De même, de la possibilité donnée au rapporteur général du Conseil que des agents de la D.G.C.C.R.F. soient mis à sa disposition pour effectuer certaines enquêtes (article 80 de la loi N.R.E., devenu l'article 450-6 du Code de commerce). Il faut citer aussi la possibilité de réduire la sanction en cas d'absence de contestation par l'entreprise de la sanction encourue, ou encore la disposition sur l'expertise, qui permet au Conseil de la concurrence de disposer non plus seulement de rapporteurs ou d'agents de la direction générale, mais aussi d'experts. De même, pour accroître l'efficacité de la sanction, le législateur prévoit au moins deux dispositions : il relève le plafond des amendes à 10 % du chiffre d'affaires, et il prévoit des dispositions en cas de réitération des pratiques (article 462-2 du Code de commerce).

Quant à l'efficacité des enquêtes de la D.G.C.C.R.F., le texte autorise les agents à enquêter sur l'ensemble du territoire national et non plus dans un champ géographique restreint (article 81 de la loi N.R.E., devenu l'article 450-1 du Code de commerce).

Enfin, dans le domaine du contrôle des concentrations, il institue une notification obligatoire qui vise théoriquement à permettre à l'autorité de contrôle de repérer plus aisément l'objet potentiel de son action (article 88 de la loi

N.R.E., codifié à l'article 430-3 du Code de commerce). L'absence de notification est en outre assortie de sanction (article 92 de la loi N.R.E., codifié à l'article 430-8 III et IV du Code de commerce).

Ainsi, par tout un ensemble de dispositions, le législateur se soucie de donner des moyens d'action aux autorités compétentes. Le premier des critères de la conception organiciste est donc rempli.

Quant au second critère de l'analyse organiciste, celui de l'existence ou du renforcement d'une ou plusieurs autorités, il est manifestement aussi présent. En témoigne d'abord le renforcement de l'autorité du Conseil de la concurrence. On peut par exemple lire aussi sous ce prisme, la possibilité pour le Conseil, que j'évoquais tout à l'heure, d'obtenir la mise à disposition d'enquêteurs de la D.G.C.C.R.F. : le Conseil ne doit plus uniquement demander, comme par le passé, que la direction générale enquête sur une pratique, en lui précisant l'objet de l'enquête ; il peut se faire mettre des agents à disposition pour mener encore plus directement l'enquête lui-même. De même, le législateur permet au Conseil de la concurrence non seulement de transmettre des informations et documents aux autorités homologues des autres États, mais aussi de conclure des conventions avec des homologues étrangers pour organiser ces échanges d'information et de documentation. Le Conseil jusqu'ici n'intervenait pas en première ligne dans les relations internationales : conformément à un protocole de 1997, dans certaines instances internationales, la D.G.C.C.R.F. était seule à représenter la France, le Conseil ne faisant qu'assister ; dans d'autres, la direc-

tion générale et le Conseil étaient tous deux présents, mais c'était un maximum. Il acquiert une fonction internationale et il peut l'exercer de manière indépendante.

Outre l'affirmation de l'existence et du développement de cette autorité déjà existante, est créé un nouvel organe, la Commission d'examen des pratiques commerciales, qui peut être saisie par diverses personnes, qui peut aussi s'auto-saisir des sujets qu'elle souhaite et qui peut demander des enquêtes à l'administration.

B. Le législateur s'est donc conformé aux deux critères de la conception organiciste de la régulation. Cependant, on voit bien, simultanément, les limites que le législateur a respecté, ou a dû respecter, dans la mise en œuvre effective de cette approche organiciste et ce au regard des deux critères qui viennent de fonder la première étape de mon analyse.

D'abord au regard du critère de création d'une autorité ; en effet, le nouvel organisme, la Commission d'examen des pratiques commerciales, est-il vraiment un organe de régulation ? En un sens, oui, et on peut vraisemblablement la considérer comme *instance* de régulation. Mais on ne peut pas dire pour autant que c'est une *autorité* de régulation, puisqu'elle n'a pas de pouvoir. Peser ainsi les termes n'est pas jouer sur les mots : il s'agit bien d'une instance qui a vocation à intervenir dans la régulation, mais ce n'est pas à proprement parler une autorité de régulation, puisqu'elle ne répond qu'à l'un des deux critères de l'approche structurelle.

Quant au Conseil de la concurrence, celui-ci n'a pas vu ses pouvoirs renforcés en matière de contrôle des

concentrations : il n'acquiert pas la possibilité d'auto-saisine, il ne gagne même pas la possibilité de donner systématiquement un avis sur les concentrations que le ministre souhaite examiner.

On peut remarquer d'ailleurs qu'il n'y a pas vraiment organisation de l'autorité de contrôle des concentrations, même si les moyens de ce contrôle sont renforcés : le ministre conserve son pouvoir de décision, ce qui demeure vraisemblablement légitime, compte tenu de ce qu'est le contrôle des concentrations et du fait qu'il met en jeu un ensemble de préoccupations, et pas seulement le droit de la concurrence ou la régulation. En revanche, et au-delà de cette absence de modification dans le partage des pouvoirs, la loi N.R.E. n'améliore guère, ne précise guère, ni les procédures, ni les règles de fond en matière de contrôle des concentrations, ce qui aurait sans doute été souhaitable pour améliorer la prévisibilité des décisions par les entreprises et aussi pour lever tout doute sur l'impartialité des conditions dans lesquelles se prend ce type de décisions.

En fait, ce que l'on peut remarquer dans l'analyse de cette première limite de la voie organiciste, c'est que la loi accentue plutôt la spécialisation des autorités de concurrence : un ministre qui conserve un pouvoir quasi discrétionnaire pour le contrôle des concentrations, un circuit D.G.C.C.R.F. / Commission d'examen, pour les pratiques restrictives, le Conseil de la concurrence pour les pratiques anticoncurrentielles où son poids est sensiblement renforcé. La loi crée ou renforce simultanément chacune des autorités pour l'une au moins de ses compétences, donne des satisfactions à chacune, fait

que chacune est davantage maîtresse chez elle, mais sans doute au prix d'un certain morcellement de l'autorité de concurrence.

Le texte donne ainsi l'impression que le droit de la concurrence lui-même est en quelque sorte attiré dans un système ayant des caractéristiques structurelles du type des systèmes de régulation sectorielle ; on tend à passer d'autorités à vocation horizontale, à vocation générale, et jouant chacune en revanche à des niveaux horizontaux distincts en fonction de leur vocation spécifique (la D.G.C.C.R.F. pour l'enquête, le Conseil de la concurrence pour la décision) de manière à séparer les fonctions et les pouvoirs tout en affirmant l'unicité d'ensemble du droit de la concurrence, à une approche de spécialisation verticale des différentes autorités. Bien sûr, la loi ne va pas jusqu'au bout de cette approche, mais elle y va suffisamment pour que cela puisse être relevé.

Quant à la recherche de l'effectivité, second critère organiciste, trois types de remarques peuvent être faites.

En premier lieu, certaines des dispositions que je rappelais tout à l'heure ne font que restaurer des possibilités d'action, des pouvoirs dont des jurisprudences restrictives avaient réduit les possibilités d'utilisation bien en deçà de ce qu'avait autorisé pendant longtemps la lecture de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de ce qui était dans l'esprit de ses rédacteurs. Donc c'est, sur certains points, plus un retour au *statu quo ante* qu'une nouvelle conception. Par exemple, le droit d'action du ministre en matière de pratiques restrictives est pour partie la restauration, conforme

à l'esprit de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'une possibilité longuement pratiquée mais qui avait fini par être contestée par les juges suprêmes. Il en est de même de la possibilité pour le Conseil de prendre comme mesures conservatoires non seulement celles qui lui sont demandées mais aussi celles qui lui apparaissent nécessaires : à l'origine, dans la pratique, le Conseil de la concurrence prenait librement, comme l'avaient pensé les rédacteurs de l'ordonnance de 1986, les mesures conservatoires qu'il estimait nécessaires, c'est-à-dire y compris certaines qu'il bâtissait lui-même quand celles demandées par le requérant ou par le commissaire du gouvernement ne lui apparaissaient pas les mieux adaptées pour résoudre les problèmes dont il était saisi.

On peut, en second lieu, s'interroger sur l'efficacité de certaines innovations : je ne pense pas qu'il faille condamner trop vite la disposition sur les repentis et elle jouera positivement dans certains cas ; je m'interroge en revanche sur son fonctionnement pratique et sur l'éventualité qu'elle puisse avoir en certains cas des effets pervers à plus long terme. En effet, quand une entreprise sait qu'elle pourra bénéficier *in fine* de l'indulgence de l'autorité, elle a intérêt, si elle est un peu habile, à nouer une entente ; elle sait en effet que, lorsqu'elle pensera que l'entente commence à tourner mal — parce que le partenaire dans l'entente deviendra gênant ou parce qu'elle estimera en avoir tiré un maximum d'avantages, ou encore parce qu'elle soupçonnera que l'autorité de la concurrence va prochainement s'intéresser à cette pratique — il sera toujours temps pour elle de se déga-

ger et de se présenter sous les traits du repentir pour bénéficier de l'indulgence, voire même de l'exonération totale de la sanction. Je m'interroge donc sur les effets à long terme car, en matière de régulation, il faut toujours ne pas réfléchir seulement sur les effets directs mais aussi sur les possibles contre-effets. Et le fait que, en outre, la clémence ne soit pas réservée au premier dénonciateur est sans doute à cet égard un problème.

En troisième lieu, certaines modifications sont en réalité beaucoup plus des commodités que des apports réels d'efficacité. Par exemple, la notification obligatoire : c'est une clarification, mais à la vérité, la D.G.C.C.R.F. recensait déjà annuellement entre 900 et 1.000 concentrations par an, et publiait d'ailleurs régulièrement ces chiffres ; la seule observation attentive du marché permettait de connaître toutes les concentrations significatives, et déjà largement au-delà de ce qu'il est indispensable de connaître pour exercer, là où c'est utile, le contrôle des fusions. La notification obligatoire est donc une commodité pour l'autorité chargée du contrôle des concentrations, mais ne lui donne pas vraiment plus de moyens d'action.

Ainsi, la loi N.R.E. s'est bien calée dans la conception organiciste de la régulation, sous ses deux branches, mais on voit bien les limites des dispositions qu'elle a prévues dans ces deux directions.

II. Je voudrais maintenant essayer d'aller au-delà de cette analyse au regard de la conception organiciste et examiner dans un deuxième temps, quelle est, sur le fond, la conception de la régulation dans la loi N.R.E., et même s'il y en a une. Le plus

simple, comme souvent, c'est de faire du mot à mot, c'est-à-dire de se demander s'il y a vraiment « une » « conception » et si c'est vraiment de la « régulation ».

A. Premier terme de la proposition : y-a-t-il « une » conception ? Il y en a en fait plusieurs. En effet, coexistent, même en se limitant à cette partie de la loi, une conception où c'est l'administration qui régule et où elle régule seule — c'est le domaine des concentrations — et simultanément, une autre conception où une autorité indépendante, Conseil de la concurrence ou Commission d'examen des pratiques commerciales, dans d'autres domaines, régule avec une contribution de l'administration. De même, coexistent une conception où la régulation semble avant tout considérée comme une magistrature d'influence — c'est le cas pour la Commission d'examen des pratiques commerciales — et au contraire, dans le reste de la loi, l'affirmation d'autorités ayant des pouvoirs forts d'intervention et de contrainte. Certes, les domaines sont différents : concentration, droit des pratiques anticoncurrentielles, pratiques restrictives, mais, même si l'on comprend bien qu'il y ait des différences, est-il nécessaire que tout soit systématiquement différent entre les trois domaines ? Même si on décidait que le Conseil de la concurrence ne devait pas acquérir de pouvoir de décision en matière de concentration, ce que l'on peut comprendre, le Conseil aurait pu au moins acquérir un pouvoir d'auto-saisine.

De même, l'existence de deux instances, Conseil de la concurrence et Commission d'examen des pratiques commerciales, risque de développer deux corps de principes

différents, sans que l'on soit sûr que la jonction puisse être convenablement assurée, ou même assurable. Un continuum des pratiques existe pourtant entre les pratiques restrictives et les pratiques anticoncurrentielles, puisqu'il s'agit bien dans les deux cas de pratiques commerciales d'entreprise. Jusque-là, l'unité de la conception globale était déjà un peu difficile à assurer, on le voyait dans certains avis ou décisions du Conseil de la concurrence, mais le fait même de créer une nouvelle autorité risque de conduire à deux conceptions différentes de la régulation dans des domaines qui sont malgré tout mitoyens.

Par ailleurs, dès lors que l'on reconnaît à cette Commission d'examen des pratiques commerciales le droit de formuler d'elle-même des recommandations, le droit de s'auto-saisir, n'aurait-il pas fallu que le Conseil de la concurrence reçoive aussi le salubre droit de s'auto-saisir pour avis dans ceux de ses propres domaines où il ne l'a pas ?

En d'autres termes, ne serait-il pas possible et souhaitable, quelles que soient les différences entre les trois types de pratiques ou de situations visées par les différents chapitres de cette partie de la loi, d'affirmer une conception unique, au moins sur certains points, de la nature même de l'organisation des différentes institutions chargées de la régulation ? Dégager, affirmer, « une » conception unique, une conception d'ensemble, n'aurait-il pas supposé d'harmoniser ce qui est légitimement harmonisable ? Voilà pour l'unicité de la conception de la régulation.

B. Je viens au second point de cet examen mot à mot. Quelle « conception » res-

sort de cette partie de la loi ? Le président Bézard expliquait que la loi est une sorte de D.D.O.E.F. (loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ; et l'on pourrait ajouter qu'elle est aussi une sorte de D.M.O.S. : loi portant diverses mesures d'ordre social). Peut-être pourrait-on remarquer à ce propos, que tend à prospérer, voire à proliférer une nouvelle nature de textes avec, dans tous les domaines, des textes portant « diverses dispositions ». Il est vrai qu'à certains égards, la loi N.R.E. donne l'impression de cette simple juxtaposition, peu propice à l'affirmation d'une véritable conception d'ensemble ; sans faire une recension exhaustive de ses dispositions, celles-ci concernent successivement les fruits et légumes, les appellations d'origine, l'usage de certaines marques, les coopératives de commerçants, les délais de paiement par les administrations, etc., cela sans que ressorte une architecture d'ensemble où chaque élément trouverait sa place. Certains amendements parlementaires ont accru à cet égard l'impression que pouvait déjà donner le projet initial. Certes, quelques préoccupations apparaissent nettement, et donc la loi n'est pas un simple catalogue : ainsi la préoccupation sociale, avec une définition du progrès économique où l'on essaie d'introduire la préoccupation de l'emploi, même si, à la vérité, ceci ne fait qu'explicitement ce qui était déjà pratiqué par les autorités de concurrence ; avec aussi l'obligation de consulter le comité d'entreprise en cas de concentration. De même, la préoccupation de l'agriculture française, qui ressort dans 9 articles de la loi ; celle des producteurs dans leur rapport avec les distributeurs ;

ou encore celle du cinéma indépendant, très présente dans le titre 4 de cette deuxième partie. Toutes ces préoccupations apparaissent si affirmées que le texte n'est pas un simple catalogue. En revanche, elles sont trop diverses et aucune ne couvre suffisamment l'ensemble de l'économie pour qu'on puisse déceler une conception d'ensemble de la société, de l'économie, ou même de la régulation.

C. Quant au troisième mot, c'est-à-dire ce mot de « régulation », il appelle lui-même quelques interrogations que je livrerai en tant que telles.

Premièrement, s'agit-il vraiment de régulation ou ne s'agit-il pas plutôt — en tout cas en partie — de réglementation ? Pour certaines dispositions, par exemple celles sur les fruits et légumes, on peut opter pour la seconde qualification. Plus largement, l'allongement de la liste des pratiques prohibées, même si cet allongement est en partie d'apparence, ne donne-t-il pas l'impression d'un glissement du droit de la concurrence vers une réglementation des comportements concurrentiels ? C'est-à-dire que l'objectif ne semble plus être un droit flexible, adaptable en fonction des circonstances, sous la conduite du juge, comme cela était le cas du droit de la concurrence. Rentrer dans trop de détails, n'est-ce pas risquer d'entrer dans un système différent ?

Deuxièmement, cette évolution poserait sans doute moins problème si on pouvait penser qu'elle permettra d'atteindre à l'efficacité du marché, et d'atteindre réellement l'objectif poursuivi. Une réflexion s'impose à cet égard : l'objet principal de cette partie de la loi est l'équilibre des relations entre producteurs et distributeurs. On

peut comprendre cette préoccupation, on voit bien qu'elle accentue le mouvement déjà engagé par la loi de juillet 1996, mais cet objet que la loi N.R.E. assigne pour sa part à la régulation comme un objet central, est-ce justement un objet régulable ? Les faits n'ont-ils pas montré que ce domaine là, s'il peut faire l'objet d'interventions ponctuelles, est un domaine très difficile à réguler, voire irrégulable parce qu'il s'agit de rapports de force quotidiens, alors que l'autorité publique, si elle s'immisce dans les rapports entre les parties, ne peut évidemment pas constamment s'y immiscer ? Et comme, d'autre part, il n'existe pas aujourd'hui de consensus social sur ce sujet des pratiques restrictives, s'il n'y a pas possibilité pour l'autorité publique d'être là sans arrêt, quotidiennement, est-ce qu'en définitive, ce que l'on s'est fixé comme objet central de la loi, peut vraiment être un objet régulable ? La loi, en se centrant sur ce problème, ne manque-t-elle pas par là même l'objectif de régulation ?

Troisièmement : la régulation, au profit de qui ? Le consommateur était jusque là l'objet central du droit de la concurrence ; il pouvait bien sûr saisir le Conseil de la concurrence ; mais en outre, l'intérêt du consommateur était expressément pris en considération dans l'ordonnance de 1986, dans le fondement du droit, puisque les pratiques illicites, pour ne pas être illicites, devaient réserver à l'utilisateur, donc notamment au consommateur, une partie substantielle du profit retiré de la pratique en cause. Dans la loi N.R.E., le consommateur n'est jamais évoqué, sauf dans un cas : le droit lui est donné de saisir la Commis-

sion d'examen des pratiques commerciales, et force est d'avoir quelques doutes sur l'effectivité potentielle de l'exercice de ce droit ; il est en effet encore plus difficile pour une association de consommateurs de connaître les pratiques commerciales, de rabais, remises, ristournes, entre producteurs et distributeurs, que de constater des pratiques de distribution sélective ou de prix concerté contre lesquelles elles pouvaient déjà saisir le Conseil de la concurrence, mais dont on sait qu'en réalité elles ont très peu pu le saisir, et encore moins obtenir satisfaction, faute notamment des moyens de détection et de preuves nécessaires.

Quatrièmement, ce dont il s'agit dans la loi N.R.E., ce n'est plus seulement de réguler les marchés en cours d'ouverture, donc d'une régulation temporaire, d'une immixtion momentanée de l'autorité pour aider les nouveaux entrants à changer la structure du marché. Ce sur quoi la loi N.R.E. se propose que l'autorité publique intervienne, ce sont des marchés déjà ouverts à la concurrence et dont la nature, la structure ne seront pas vouées à évoluer. C'est là un changement extrêmement important d'objet de la régulation, étant entendu, comme je le disais tout à l'heure, qu'on peut se demander si cet objet là est réellement régulier.

Une cinquième observation enfin, et dans le prolongement de la quatrième, c'est que l'une des régulations très importantes, celle de l'électricité, et qui concerne justement un marché en cours d'ouverture, a été mise en place par le législateur quasi simultanément avec la loi N.R.E. mais par une autre loi. Il y a donc dans la loi N.R.E., pour schématiser, du

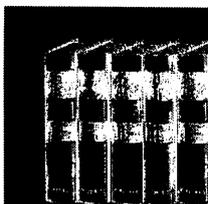
très difficilement régulier, et en revanche, ce qui est par nature régulier et à réguler, c'est-à-dire l'ouverture des nouveaux marchés, ne se trouve pas dans la loi sur les « nouvelles régulations économiques ». Cette réflexion ne vise pas seulement à l'esthétique : si ces deux objets avaient trouvé place dans la même loi, sans doute cela eût-il davantage incité à traiter des questions fondamentales comme l'interrégulation qui est absente de la loi N.R.E. Si l'on admet que le sujet central aujourd'hui ce n'est pas seulement la régulation, mais l'interrégulation — puisque les instances de régulation se sont multipliées et que leur consultation réciproque ne peut suffire à constituer une inter-régulation —, on voit bien qu'en ne parlant pas d'internet, en ne parlant pas de l'électricité, non seulement le texte ne parle pas de sujets essentiels mais sa structure même n'était pas la plus favorable à une réflexion pourtant indispensable sur la mise en place d'une inter-régulation cohérente.

★

★ ★

Certes, la loi n'est pas inutile, loin de là, et ce sera ma conclusion : la loi comprend beaucoup de dispositions utiles ; la restauration de certains moyens d'action des autorités publiques, que des évolutions de jurisprudence avaient mis à mal ; la mise en conformité avec certaines exigences de la Convention européenne des droits de l'homme ; des dispositions qu'il fallait sans doute prendre, dans l'esprit du temps, comme la notification obligatoire des concentrations ; des dispositions qui sont le fruit d'un long mûrissement, engagé dès 1991, comme la possibilité pour les autorités de concurrence françaises

d'échanger des informations, des documents avec les autorités étrangères. Tout cela, notamment, est positif, mais au fond, ce qui manque le plus dans la loi, me semble-t-il, c'est justement l'objet intraitable — et je l'ai dit dès le début, cet objet très beau que vous me proposiez était intraitable —, c'est-à-dire la conception même de la régulation. Et c'est pour quoi, sans doute peut-on se dire que la vraie loi sur les nouvelles régulations économiques reste à faire, et c'est, en définitive, une belle stimulation pour l'avenir.



L'IMPRÉGNATION DU DROIT DE LA RÉGULATION PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE

JEAN-YVES CHÉROT

Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie juridique, E.A. 892

1. Il peut être surprenant au premier abord d'avoir à traiter du « droit de la régulation » alors que la régulation n'est elle-même qu'une autre façon de présenter les normes juridiques. Mais si un droit de la régulation peut se dégager, c'est que, dans un champ d'application restreint, le droit se développe selon des méthodes et avec des institutions originales, répondant aux idées que le mot de régulation peut évoquer, c'est-à-dire avec une certaine flexibilité, un caractère évolutif lié à la prise en compte de l'expérience et une attitude d'interprétation de type fonctionnaliste. Je suis persuadé que le terme de « droit de la régulation » peut être utile à condition de limiter l'objet étudié, la régulation, à la seule « régulation économique », définie comme celle qui a pour but l'efficacité et la gestion de la concurrence. Je ne veux pas dire qu'il n'existe pas ou qu'il ne doit pas exister dans les secteurs objets d'une régulation économique des régulations d'une autre nature et notamment une régulation sociale, ni même que la régulation économique soit la plus importante ni la plus digne d'intérêt. Je veux indiquer que pour trouver sur le plan institutionnel et des méthodes une certaine unité qui permette de parler d'un « droit » de la régulation, il faut limiter l'objet de cette nouvelle science ou branche du droit à la régulation de nature économique. S'il existe, dans les secteurs qui font l'objet d'une régulation économique, une régulation sociale et notamment des obligations de service public, la définition de ces règles et le contrôle de leur respect relève d'une autre institutionnalisation que la régulation

économique. Le droit de la régulation économique peut avoir pour objet de gérer la coexistence de la régulation sociale et de la concurrence.

2. Le droit communautaire a bien sûr un impact fort sur la régulation économique. C'est spécialement le cas dans les secteurs de réseaux d'utilité publique où c'est sur la base du droit communautaire que la nouvelle régulation, celle qui fait naître le droit de la régulation, est apparue. On dispose ici d'un vaste champ de textes sectoriels (concernant l'électricité et le gaz, les services postaux, les télécommunications, les transports terrestres) et, dans ces textes, d'instruments et de concepts pour une étude en profondeur du droit de la régulation. Il faut spécialement tenir compte des nouveaux « paquets » de textes, soit déjà adoptés comme le paquet des quatre nouvelles directives sur les « communications électroniques » du 7 mars 2002 qui remplacent un vaste ensemble de directives sur les télécommunications, soit en cours d'adoption dans les secteurs de l'énergie (révision des directives électrique et gazière) ou des transports terrestres (proposition de règlement en matière de transports terrestres). Même dans les secteurs où la régulation est née au niveau national, le droit communautaire dérivé est venu par la suite l'encadrer comme c'est le cas pour la régulation du marché des valeurs mobilières (directive 93/22 du 10 mai 1993 concernant les services d'investissements dans le domaine des valeurs mobilières, proposition de directive sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché).

3. L'impact du droit communautaire doit être, ici comme dans d'autres domaines, relativisé. Certaines directives laissent une marge de manœuvre importante aux États membres, de telle sorte que le droit de la régulation est souvent construit, dans un cadre commun, au niveau des États membres (comme le démontre pour le secteur des télécommunications l'important arrêt de la Cour du 13 décembre 2001, *Telefonica de Espana*, aff. C-79/00). On peut observer d'ailleurs que les nouvelles propositions de directives et de règlement de la Commission prennent en compte les avancées déjà librement décidées par les États membres, pour les transformer en obligations communautaires. Dans la nouvelle proposition de directive en matière électrique, le rôle des « autorités réglementaires nationales » est renforcé à la mesure de l'existence dans tous les États d'autorités indépendantes de marché dotées de missions et de pouvoirs de régulation que la directive électrique de décembre 1996 n'exigeait pas encore. La Communauté encadre et accompagne les réformes de la régulation en interaction avec les États membres. Elle le fait pour les fonctions de la régulation économique (I) comme pour les institutions de la régulation (II).

I. Droit communautaire et fonctions de la régulation

4. Le cadre réglementaire classique de la régulation des réseaux d'utilité publique, tel que pratiqué notamment en France, était sommaire. On peut le décrire, sans entrer dans les nuances et les exceptions, autour de trois notions : un monopole sur des

marchés intégrés gérés par une entreprise publique. Cela conduisait à trois conséquences sur le concept de régulation : une régulation sans droit de la régulation ; une régulation non institutionnalisée confondue avec la tutelle de l'entreprise publique ; une fonction régulation parasitée par les fonctions de redistribution et de stabilisation de la conjoncture économique.

Ce qui crée le droit de la régulation dans les réseaux, c'est le changement de cadre réglementaire et ce changement vient de l'initiative de la Commission européenne. Les juristes ont surtout retenu que le changement du cadre réglementaire était la réalisation du programme d'achèvement du marché commun dans les services, ce qui est vrai. Mais il est important de comprendre qu'il est la réalisation ou la transposition juridique du programme de réforme économique proposé par la « nouvelle » science économique.

5. Ce que la « nouvelle » science économique a mis en évidence, c'est que l'inefficacité économique dans les secteurs de réseaux ne vient pas seulement des structures et des défaillances du marché, mais aussi de l'action étatique elle-même, notamment du fait des relations d'agences entre l'État et les entreprises qu'il contrôle et que, dans ces secteurs, les phénomènes de monopoles naturels sont moins étendus et moins permanents que cela avait pu être envisagé. La théorie économique propose ainsi non pas la totale libéralisation de ces secteurs mais la mise en place d'une « autre » réglementation, d'un cadre réglementaire de nature plutôt incitatif qui permette de tirer parti, autant que cela est possible dans ces secteurs, des avantages de la

concurrence et de l'économie de marché (1). Dans l'ancien modèle, la réglementation reposait sur une approche intégrée interdisant l'entrée sur le marché même dans les segments qui auraient pu supporter la concurrence (comme dans la téléphonie internationale par exemple). La nouvelle méthode consiste à chercher à profiter des révélations d'informations permises par le marché, c'est-à-dire à ouvrir l'entrée du marché dans les segments concurrentiels, et, pour les segments non concurrentiels, à tenter de les octroyer dans un contexte concurrentiel, c'est-à-dire pour une durée limitée et après procédure ouverte du type de l'appel d'offres.

6. Dans ce contexte, la régulation a d'abord pour fonction de faire fonctionner la concurrence dans un cadre qui ne lui est pas propice car il existe des segments de marché non concurrentiels et dont l'accès est essentiel au jeu de la concurrence dans les segments ouverts, des obligations de service public dont il faut assurer le financement sans nuire à la loyauté de la concurrence, des aides et des secteurs réservés à gérer de façon optimale. La régulation perd largement ses missions du passé, notamment la fonction de contrôle des prix au consommateur final. Les fonctions principales de la régulation économique sont le contrôle des conditions d'accès aux infrastructures essentielles et le contrôle du financement des obligations de service public. La régulation pourrait également comporter des mesures de déconcentration de la propriété ou de l'exploitation entre activités monopolistiques et activités concurrentielles qui semblent pouvoir être envisagées comme solu-

tion convenable pour prévenir en amont la tentation des discriminations et des subventions croisées (2). Il est cherché la neutralité la plus forte de la règle sur le plan technique et sur le choix des investisseurs. Les textes de droit dérivé communautaire illustrent ces fonctions et les méthodes qui leur sont associées. Leur étude faite dans une approche comparative entre secteurs de réseau et théorique est un point de passage obligé pour la construction du droit de la régulation, d'autant plus que ces textes traduisent un enrichissement constant compte tenu de l'expérience, à la mesure de leurs fréquentes modifications.

7. Les textes communautaires conduisent également à définir la régulation de façon négative, par contraste avec les règles et les méthodes du droit de la concurrence dont le droit de la régulation souligne les limites pour assurer le fonctionnement efficace des réseaux. La régulation précise souvent une obligation qui pourrait être déduite par les autorités de concurrence des règles générales ou des principes du droit de la concurrence. Mais en précisant cette obligation préexistante et en lui donnant un contenu plus détaillé, même s'il reste encore à la concrétiser par des autorités disposant de larges pouvoirs, le cadre réglementaire permet de la sanctionner en amont pour prévenir l'atteinte à la concurrence dans des secteurs où le facteur du temps est essentiel compte tenu de la structure des marchés. Dans le secteur des télécommunications, si le principe de base est celui de la priorité conférée aux négociations commerciales entre les parties dans le respect des règles de concurrence, la directive relative à l'accès et à l'inter-

(1) Voir Jean-Jacques Laffont, *Nouvelles formes de réglementation, Communications et stratégies*, 1991, n° 4, réédité, *Problèmes économiques* n° 2291, 16 septembre 1992 ; voir surtout, Rauf Gönenç, Maria Maher et Giuseppe Nicoletti, *Mise en œuvre et effets de la réforme de la réglementation : leçons à tirer et problématique actuelle*, *Revue économique de l'O.C.D.E.*, n° 32, 2001, n° 1, p. 11-109.

(2) Voir O.C.D.E., *Concurrence et restructuration des services publics, concurrence et réforme réglementaire*, éditions de l'O.C.D.E., 2001, 108 pages.

connexion prévoit que les organismes autorisés considérés comme « puissants » sur le marché ont l'obligation de répondre à toutes les demandes raisonnables de connexion à leur réseau. Les organismes puissants, déterminés à l'avance par une décision de l'autorité réglementaire nationale, doivent proposer une offre publique d'interconnexion avec des redevances fixées en fonction des coûts et cette offre publique doit être acceptée par une décision de l'autorité réglementaire nationale. L'autorité réglementaire nationale a la faculté d'imposer des modifications de cette offre d'interconnexion de référence. Elle veille au respect du système de comptabilisation des coûts affectés à l'interconnexion.

La nouvelle proposition de directive sur l'électricité et le gaz consacre une montée en puissance de cette forme de régulation dans les secteurs de l'énergie. La directive électrique 96/92 du 19 décembre 1996 était assez peu exigeante sur ce point. L'article 17 ne prévoyait que la possibilité pour les États membres d'opter pour un système d'accès au réseau réglementé donnant aux clients éligibles un droit d'accès sur la base de tarifs publics pour l'utilisation des réseaux de transport et de distribution. Mais pour la détermination de ces tarifs « publics », la directive se bornait à imposer « pour favoriser les négociations d'accès » que les gestionnaires de réseau publient chaque année « dans la mesure du possible » des prix indicatifs fondés « sur les prix moyens négociés et arrêtés pour la période précédente de douze mois ». Dans la proposition de modification de la directive, la Commission a introduit un nouvel

article 16 qui impose aux États de veiller « à ce que soit mis en place, pour tous les clients éligibles, un système d'accès des tiers aux réseaux de transport et de distribution » en précisant que ce système est fondé sur « des tarifs publiés (...) approuvés avant leur entrée en vigueur par une autorité réglementaire nationale ». C'est ainsi que la régulation est ici une intervention ex-ante par rapport à l'intervention ex-post des autorités de concurrence (3) et (4).

On observe la même mise par écrit, pour un meilleur contrôle de leur application, des principes de concurrence dans la proposition de directive « concernant la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté ». La Commission propose de préciser que « le financement de services universels non réservés par des recettes provenant de services universels réservés est interdit ». Le principe est que le prestataire du service universel doit rentrer dans ses frais pour les services concurrentiels. Une exception est prévue lorsqu'une telle subvention croisée « s'avère absolument indispensable à l'accomplissement des obligations de service universel spécifiques liées au domaine concurrentiel ». Le texte ajoute que « les autorités réglementaires nationales doivent mettre en œuvre des mesures à cet effet et doivent les communiquer à la Commission ».

8. La régulation peut comporter des règles plus sévères que celles que l'on peut déduire du droit commun de la concurrence. Tel était le cas dans la directive 97/33 « relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications » où les opérateurs puissants sont définis de façon plus large que ne le

seraient les opérateurs en position dominante sur le marché dans le contexte de l'article 82 du Traité C.E. C'est encore le cas lorsque le cadre réglementaire prévoit une régulation à l'aide de mesures structurelles fortes. La question de la séparation verticale et horizontale des marchés de réseaux est au cœur de la problématique de la régulation concurrentielle même si pour le moment les directives communautaires ont été timides sur ce point. Le droit communautaire n'a pas imposé des mesures de déconcentration verticale (ou horizontale) des marchés déjà concentrés. Mais certaines directives, comme la directive électrique, comportent des obligations concernant la séparation de l'exploitation de certaines des activités dans les entreprises électriques intégrées.

La régulation de la concurrence peut prendre la forme de l'obligation de mettre en concurrence de façon publique, transparente et selon des procédures d'appel d'offres, l'accès à la gestion de secteurs réservés ou de régimes d'aides ou de ressources rares en utilisant les techniques relatives à la mise en concurrence des contrats publics (qui, corrélativement, peuvent aussi jouer dans leur champ d'application un rôle de régulation). C'est ce qui se passe dans les transports aériens pour l'obligation d'appel d'offres imposée dans l'octroi des droits exclusifs temporaires et aides nécessaires pour financer les lignes de service public. C'est ce qui a été prévu par la Commission dans sa proposition pour le financement des obligations de service public dans les transports terrestres (proposition de règlement du Parlement et du Conseil « relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de

(3) Par exemple encore dans l'exposé des motifs de la proposition de directive modifiant les directives électriques et gaz : « Le rôle des autorités nationales indépendantes de réglementation est essentiel pour garantir un accès non discriminatoire au réseau, parce qu'elles ont le pouvoir de fixer ou d'approuver les tarifs de transports et de distribution avant leur entrée en vigueur. L'intervention des autorités chargées de la concurrence ne peut être que postérieure aux cas de distorsions de concurrence, alors que les autorités réglementaires ont une fonction active et anticipée ».

(4) Il ne faudrait cependant pas faire de ce critère, l'intervention ex ante de l'autorité de régulation v/ l'intervention ex post de l'autorité de concurrence, un critère théorique majeur de définition de la régulation. Il est des cas, le contrôle des concentrations, où l'autorité de concurrence agit ex-ante et des cas où l'autorité de régulation intervient pour régler des litiges, donc ex-post (il conviendrait de s'interroger sur la pertinence de cette solution).

(5) *Après amendement du Parlement européen, on s'oriente ici, à partir d'un règlement sur la régulation des aides aux services publics, vers une mise en concurrence par procédures ouvertes des transports publics locaux terrestres de voyageurs, au moins lorsque les villes et les collectivités locales organisatrices ne disposent pas elles-mêmes de leurs propres entreprises de transports.*

(6) *Dans ces contextes la Commission a employé le concept de « concurrence régulée ». Le mot risque d'induire en erreur car dans les réseaux c'est l'ensemble des rapports de concurrence qui sont régulés. Ici, il semble que la Commission emploie ce terme pour indiquer qu'elle préfère un système de monopoles compétitifs ou mis en concurrence plutôt que la mise en place d'une ouverture totale du marché à la concurrence qui pourrait comporter des effets négatifs en termes de qualité des services. La « concurrence régulée » serait un système de marché intermédiaire entre le marché concurrentiel et le marché réglementé.*

(7) *Le service universel a d'abord été défini dans la directive 95/62 du 13 décembre 1995 « relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert à la téléphonie vocale » (J.O.C.E. du 30 décembre 1995, L. 321/6 ; cette directive a été remplacée par la directive 98 octobre C.E. « concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel » (J.O.C.E. L. 101 du 1^{er} avril 1998). Les modalités de calcul des coûts et de financement de ces coûts de service universel sont prévus dans la directive 97/33 relative à l'interconnexion. Ces textes sont remplacés au titre de la réforme du cadre réglementaire des communications électroniques par la directive 2002/22 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques du 7 mars 2002. Consulter également la communication de la Commission « sur les critères d'évaluation pour les systèmes nationaux de calcul du coût et de financement du service universel dans les télécommunications », COM (96) 606 final.*

(8) *« Quand une concurrence réellement effective aura été réalisée sur le marché, les règles de concurrence du Traité suffiront, en principe, pour que l'on puisse contrôler a posteriori la loyauté de la concurrence, de sorte que la nécessité de la présente directive sera reconsidérée, exception faite des dispositions relatives à la fourniture d'un service universel et au règlement des litiges » (considérant 25 de la directive 97/33).*

(9) *« Les règles sectorielles doivent correspondre au minimum nécessaire pour atteindre ces objectifs, en supprimant du cadre existant les obligations qui ne sont plus indispensables, et en introduisant dans le nouveau cadre des mécanismes visant à réduire encore la réglementation dans le cas où la concurrence permet d'atteindre les objectifs politiques », Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communication et les services associés, COM (1999) 539 final.*

service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable ») (5). La méthode est encore utilisée pour la régulation des services aéroportuaires et portuaires (voir pour les services aéroportuaires, la directive 96/67 du 15 octobre 1996 « relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté ») (6).

Le droit de la régulation ajoute ici aux disciplines que la Commission a pu imposer sur la base des articles 81 ou 82 ou sur la base des articles 87 à 89. Il serait intéressant de mettre en évidence tous les apports du droit de la régulation aux disciplines des aides d'État, notamment dans le contrôle des subventions croisées par l'édictation de règles sur la transparence comptable et sur la comptabilisation des coûts et des recettes. Le cadre réglementaire qui régit le financement des obligations de service public dans un cadre concurrentiel implique des dispositions détaillées allant plus loin que ce qui est permis sur la base du Traité, notamment dans le contrôle des aides d'État comme l'illustre l'exemple des dispositions des directives communautaires sur le financement du service universel (7).

9. Dans un certain nombre de cas, la régulation du secteur est destinée à s'estomper avec la progression des mécanismes de la concurrence qui auront été permis par le nouveau cadre réglementaire et elle devra peu à peu s'effacer au profit de l'application du seul droit général de la concurrence. C'est le programme de la Commission dans le secteur des télécommunications où les segments concurrentiels se

sont élargis ou vont s'élargir jusqu'à la boucle locale et où les seuls véritables problèmes tiennent à la présence des opérateurs historiques dont le poids et la puissance devraient s'atténuer avec le temps pour ne plus menacer le système même de la concurrence et à l'égard desquels la réglementation générale de la concurrence pourrait se révéler suffisamment efficace. Ainsi, le caractère temporaire du cadre réglementaire et de la régulation de mise en concurrence est inscrit dès l'origine dans les directives concernant les télécommunications (8). C'est cette dérégulation (9) qui est en cours dans les nouvelles directives sur les communications électroniques du 7 mars 2002. Pour favoriser le passage de la régulation au droit commun de la concurrence, la Commission a proposé d'une part de limiter les obligations réglementaires spéciales aux seuls opérateurs puissants (directive relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux installations associés ainsi qu'à leur interconnexion) et, d'autre part, de faire jouer un rôle plus important aux concepts propres du droit de la concurrence en définissant les opérateurs puissants selon les mêmes critères que ceux définissant les entreprises en situation de « position dominante » au sens de l'article 82 du Traité (directive « relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques »). L'exposé des motifs de la directive « relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux installations associées ainsi qu'à leur interconnexion » précise que les obligations qui étaient déjà susceptibles d'être imposées aux entreprises puissantes sur

le marché en ce qui concerne la transparence, la non-discrimination, la séparation comptable, l'accès et le contrôle des prix ainsi que l'orientation des prix en fonction des coûts, peuvent être conservées. Mais « pour éviter tout abus de réglementation, il faut préciser qu'il s'agit d'un ensemble maximal d'obligations pouvant être imposées aux entreprises » et que « dans tous les cas, l'utilisation des règles ex ante ne se justifie que lorsque les recours prévus par le droit de la concurrence ne permettent pas de parvenir aux résultats souhaités dans les mêmes délais ». Désormais, la nouvelle directive prévoit, à la différence de la directive 97/33, que ces obligations ne seront imposées qu'au cas par cas après analyse de marché par l'autorité réglementaire nationale qui devra en outre veiller aux évolutions du marché pour supprimer ces contraintes si elles ne se justifient plus (10).

Le droit communautaire n'a pas seulement redéfini les fonctions de la régulation dans les réseaux, il est aussi au cœur des institutions de la régulation.

II. Droit communautaire et institutions de la régulation

10. La régulation exige une certaine flexibilité et adaptabilité en fonction même de son objet qui est de gérer un système instable. La régulation s'inscrit dans un cadre réglementaire sectoriel qu'il convient d'appliquer d'une façon originale par rapport aux standards de la séparation des pouvoirs (mais qui doivent respecter les règles de l'État de droit). S'il y a un cadre réglementaire sectoriel, c'est que le secteur réglementé ne peut pas fonc-

tionner par application des seules règles du droit de la concurrence, plus précisément parce qu'il est entendu que le jeu de la concurrence ne peut pas produire l'efficacité économique. S'il y a une régulation, c'est que la mise en œuvre du cadre sectoriel ne peut relever des méthodes habituelles d'application et de développement du droit, c'est-à-dire qu'il ne peut être pris en charge par une réglementation précise composée de règles détaillées applicables directement par les tribunaux. La régulation se caractérise par un certain découplage dans l'élaboration de la règle de droit (autant que cela est permis par les normes constitutionnelles (11)) et se caractérise par une mise en œuvre spécifique. Le comité des sages sur les marchés de valeurs mobilières a pu observer « que les réglementations nationales concernant les marchés des valeurs mobilières sont souvent organisées » avec des lois-cadres « énonçant les grands principes que les autorités de régulation doivent suivre. Des pouvoirs sont ensuite conférés à ces autorités, pour qu'elles transforment ces principes dans des règles quotidiennement applicables sur les marchés ». De ce fait, certains auteurs distinguent la régulation du cadre réglementaire lui-même, la régulation relevant d'une fonction de mise en œuvre d'objectifs définis dans le cadre réglementaire (voir Commissariat général du Plan, Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, rapport du groupe présidé par Jean Bergougnoux, La Documentation française, 2000, 347 p.).

Un des principes clefs de l'ordre juridique communautaire, c'est que la mise en œuvre des règles communau-

taires se fait principalement, sous réserve du contrôle de la Commission et de la Cour de justice, au niveau des autorités nationales. Les secteurs régulés n'y font pas exception avec le renvoi à une mise en œuvre des règles par des autorités que les textes communautaires désignent souvent comme des « autorités réglementaires nationales » (A.R.N.). Cependant, une tendance à mettre en place une régulation au niveau communautaire se dessine (A). Par ailleurs, malgré le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, la mise en œuvre nationale de la régulation ne fait pas non plus complètement échapper les institutions nationales de la régulation à l'influence du droit communautaire (B).

A. Les institutions de la régulation au niveau communautaire

11. Il existe un dégradé de situations qui révèle une tendance à renforcer le niveau communautaire dans le processus de régulation et à le rendre plus efficace. Il y a d'abord une orientation vers une division du cadre réglementaire communautaire entre des principes de base et les modalités techniques jugées non essentielles. En faisant référence au rapport du comité des sages sur les marchés des valeurs mobilières, qui a demandé que toute directive dans le secteur des marchés financiers établisse une nette démarcation entre les « principes cadres » et les modalités techniques de mise en œuvre « non essentielles » qui devraient être adoptées par un comité de réglementation selon la procédure de comitologie, la Commission dans sa proposition de directive « sur les opéra-

(10) La directive alerte particulièrement sur les obligations d'accès et le contrôle des prix. « Le fait de rendre obligatoire l'octroi de l'accès aux infrastructures de réseau peut être justifié dans la mesure où cela permet d'accroître la concurrence, mais les A.R.N. doivent établir un équilibre entre, d'une part, le droit pour un propriétaire d'exploiter son infrastructure à son propre avantage et, d'autre part, le droit pour d'autres fournisseurs de services d'accéder à des installations qui sont indispensables pour la fourniture de services concurrentiels. L'obligation consistant à imposer un octroi de l'accès aux infrastructures qui se traduit par une intensification de la concurrence à court terme ne doit pas compromettre l'efficacité des mesures qui incitent les concurrents à investir dans des installations de substitution, garantes d'une concurrence accrue à long terme ». Par ailleurs, « un contrôle des prix peut se révéler nécessaire lorsque l'analyse d'un marché donné met en évidence un manque d'efficacité de la concurrence. Les A.R.N. peuvent intervenir de manière relativement limitée, par exemple en imposant une obligation concernant la fixation de prix raisonnables pour la sélection de l'opérateur ou de manière beaucoup plus contraignante en obligeant les opérateurs à orienter les prix en fonction des coûts afin qu'ils soient entièrement justifiés lorsque la concurrence n'est pas suffisamment vive pour éviter la tarification excessive ».

(11) Sur ce point, voir en dernier lieu les Cahiers de méthodologie juridique n° 16, Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative, Revue de la recherche juridique, n° spécial, 2001.

tions d'initiés et les manipulations de marché » indique quelles modalités techniques d'exécution non essentielles doivent être déterminées par elle selon une procédure de comitologie et propose que ce soit le comité européen des valeurs mobilières (créé par décision de la Commission du 6 juin 2001, J.O. L. 191/45 du 13 juillet 2001) qui joue le rôle de comité de réglementation (voir aussi la Communication de la Commission sur le cadre d'action pour les services financiers, p. 3 (12)).

La régulation comprend l'usage des instruments que sont les recommandations et les lignes directrices, sans force contraignante, élaborées par la Commission et auxquelles les directives renvoient ou vont renvoyer de plus en plus. Dans la directive 2002/21 « relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques » telle qu'elle vient d'être adoptée, il est prévu que la Commission intervienne en amont de la procédure de définition des « entreprises puissantes » sur le marché. L'article 14 prévoit que la Commission prend une décision sur les marchés pertinents de produits et de services. Cette décision adressée aux États membres recense les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les mesures particulières, sans préjudice des marchés qui peuvent être définies dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence. Il est également prévu que la Commission publie des lignes directrices sur l'analyse du

marché et l'évaluation de la puissance sur le marché.

12. Le cadre sectoriel ne porte en rien atteinte aux règles du Traité et donc aux règles de concurrence qui y sont consacrées. Les directives soulignent elles-mêmes que leurs dispositions ne peuvent conduire à écarter les règles du Traité. Les textes sectoriels n'ont pas modifié par ailleurs les règlements d'application des articles 81 et 82 et les règlements en matière de concentration. La Commission peut donc toujours évoquer devant elle, de sa propre initiative ou sur plainte, les questions de concurrence relatives aux secteurs régulés (voir communication 98/C265 « relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications »). Elle a naturellement développé ici une doctrine de subsidiarité dont elle s'est attachée à définir les critères. Aussi « lorsqu'elle décidera de traiter des plaintes ou d'entamer certaines actions de sa propre initiative, la Commission tiendra compte des pouvoirs dont disposent les autorités réglementaires nationales, agissant dans le cadre O.N.P., pour régler les questions de concurrence ». Elle précise qu'un litige relatif à l'accès dont est saisie une A.R.N. doit être résolu dans un délai raisonnable qui ne soit pas supérieur à six mois à compter de la date à laquelle l'affaire été portée à la connaissance de ladite autorité. Si l'affaire n'a pas pu être résolue de cette manière, les droits des parties ne sont pas de prime abord protégés efficacement et la Commission ouvrirait en principe, à la demande du plaignant, une enquête en la matière selon ses procédures habituelles, après consultation de l'autorité nationale

concernée et en coopération avec elle.

13. Certains textes confèrent des pouvoirs spéciaux de contrôle à la Commission en la mettant en mesure d'être informée, en amont, des procédures nationales comme l'illustre, c'est un exemple, le règlement 2408/92 du 23 juillet 1992 « concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires ». L'article 4 du règlement 2408/92 prévoit que si un État peut imposer des obligations de service public sur des services aériens réguliers, ce n'est qu'après en avoir informé la Commission. Si l'exploitation de cette liaison l'exige, l'État membre peut la concéder par une procédure d'appel d'offres, sachant que les offres présentées par les transporteurs aériens sont immédiatement communiquées à la Commission. Sur amendement du Parlement européen, la directive « relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques » (article 7) prévoit que la Commission devient pour certaines décisions un super régulateur qui doit être tenu informé par les autorités réglementaires nationales de leurs projets de décisions et pouvant, dans certains cas, prendre une décision demandant à l'autorité nationale de retirer son projet.

14. Enfin, on s'engage, semble-t-il avec prudence, vers la création au cas par cas d'agences européennes de régulation (13). Si sa création a été déclarée pour l'instant non proportionnée (14), l'article 22 de la directive 97/33 relative à l'interconnexion fait obligation à la Commission de faire un rapport sur la valeur ajoutée éventuelle qu'apporterait la création d'une autorité régle-

(12) Cette démarche doit encore recevoir l'aval du Parlement européen, ce qui engagera une négociation difficile car le Parlement risque ainsi de perdre son pouvoir dans la définition des modalités d'application des principes, la procédure de codécision ne trouvant pas à s'appliquer dans le cadre de la comitologie.

(13) Sur ce phénomène en général, v. Jean-François Couzinet, Les agences de l'Union européenne, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, 306 p.

(14) Dans sa communication sur le réexamen du cadre réglementaire (COM (1999) 539 final), la Commission estime qu'à ce stade « la création d'une autorité réglementaire européenne n'apporterait pas suffisamment de valeur ajoutée pour justifier les coûts qu'elle entraînerait. L'adaptation et l'amélioration des structures existantes permettraient de traiter les problèmes identifiés comme pouvant être gérés au mieux au niveau de l'Union européenne ».

mentaire européenne pour l'infrastructure des communications et les services associés. Même si elles ne concernent pas nécessairement le droit de la régulation sectorielle, on peut signaler que trois agences de l'Union européenne ont déjà reçu un rôle de régulation, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, l'Office communautaire des variétés végétales qui prennent des décisions dans certains cas sur l'enregistrement de marques européennes et l'octroi de droits sur les variétés végétales. L'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments procède à l'appréciation technique des demandes d'autorisation de nouveaux médicaments préalablement à une décision de la Commission. Le Livre blanc sur la « gouvernance communautaire » (COM (2001) 428 final du 25 juillet 2001) précise que « la création de nouvelles agences de régulation européennes autonomes dans des domaines clairement délimités améliorera la façon dont les règles sont mises en œuvre et appliquées dans toute l'Union » (15). La Commission rappelle qu'elle envisagera la création d'agences de régulation au cas par cas et qu'actuellement « des propositions ont été présentées au Conseil et au Parlement européen en vue de la création de trois agences : une autorité alimentaire européenne, une agence européenne pour la sécurité maritime et une agence européenne pour la sécurité aérienne ».

B. L'encadrement communautaire de la régulation au niveau national

15. La mise en œuvre au plan national de la régulation ne fait pas non plus complètement échapper les institu-

tions de la régulation à l'influence du droit communautaire. La Commission se déclare particulièrement préoccupée de la capacité des « autorités réglementaires nationales » de jouer le rôle de plus en plus essentiel qui leur sera reconnu. On peut donc s'attendre à des immixtions plus vives de la Communauté dans l'autonomie institutionnelle des États membres en ce qui concerne les autorités nationales de marché. La proposition de directive « sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché » rappelle que « pour que l'Union européenne puisse réaliser l'intégration des marchés financiers, il faut qu'il y ait convergence des méthodes de mise en œuvre et de contrôle de l'application de la législation dans les États membres » et remarque que l'existence de champs différents de responsabilité et de compétence d'une autorité administrative nationale à une autre constitue une autre entrave à l'établissement d'un marché entièrement intégré et ajoute à la confusion sur les marchés. La Commission propose donc que les États membres désignent une autorité de réglementation et de surveillance unique, dotée d'un ensemble minimum de responsabilités communes. La proposition engage également une certaine harmonisation des principes concernant les pouvoirs des autorités nationales des marchés financiers (16). Cette immixtion de la Communauté sera fortement contestée par les États membres. Et la Communauté devra encore longtemps fonder son action sur des règles que l'on peut déduire directement des engagements nés du Traité. C'est principalement l'effet utile des règles de concurrence qui conduit la Communauté à contrôler et à orienter

les décisions nationales en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des A.R.N.

16. L'effet utile des règles de concurrence impose d'abord la séparation des opérateurs et du régulateur. La Cour a bien considéré que cette exigence découlait directement du Traité (C.J.C.E., 19 mars 1991, France c/ Commission, C-202/88 ; 13 décembre 1991, R.T.T., C-18/88, Rec. I., p. 5941). Mais dans l'arrêt R.T.T., confirmé par l'arrêt Decoster du 27 octobre 1993, C-46/90, la Cour n'interdit la confusion des rôles d'opérateurs et de régulateurs que dans des circonstances particulières (17). Aussi, le principe de séparation des opérateurs et du régulateur est d'application plus sûre lorsqu'il est inscrit dans le droit dérivé (par exemple, les articles 6 de la directive « terminaux de télécommunications » de 1988, 7 de la directive « services de télécommunications » du 30 juin 1990, 6-5 de la directive 96/92/C.E. du 19 décembre 1996 « concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité », ou encore dans la directive 96/67/C.E. du 15 octobre 1996 « relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté » (18)).

L'effet utile des règles de concurrence impose également la nécessaire coordination entre les autorités de régulation sectorielle et l'autorité générale de concurrence car il s'agit d'« assurer que les décisions des autorités réglementaires nationales soient compatibles avec les règles de concurrence de l'Union européenne » (COM (1999) 539 final sur le réexamen du cadre réglementaire des communications).

(15) La Commission rappelle que l'attribution de responsabilités aux agences doit s'opérer dans le respect de l'équilibre institutionnel et sans empiéter sur les attributions des institutions et leurs rôles respectifs selon les critères déterminés par la Cour de justice. Ces agences ne peuvent adopter de mesures réglementaires générales. Elles ne peuvent se voir confier des responsabilités pour lesquelles le Traité a conféré un pouvoir de décision direct à la Commission, comme dans le domaine de la politique de concurrence.

(16) L'article 12 de la proposition prévoit que l'autorité compétente « est investie de tous les pouvoirs de surveillance et d'enquête nécessaires à l'exercice de ses fonctions. Elle exerce ces pouvoirs soit directement, soit le cas échéant, en collaboration avec d'autres autorités, y compris judiciaires. Ces pouvoirs doivent au moins inclure le droit d'avoir accès à tout document et d'en recevoir copie ; de demander des informations à toute personne et, si nécessaire, d'exiger le témoignage d'une personne, de réaliser des inspections sur place, d'exiger la communication d'enregistrements téléphoniques et de données échangées ; de requérir le gel et/ou la mise sous séquestre d'actifs ; de requérir l'interdiction temporaire d'activité professionnelle ». L'article 14 prévoit que « les États membres veillent à ce que, conformément à leur législation nationale, les mesures appropriées soient prises, y compris des sanctions administratives et pénales, à l'encontre des personnes physiques ou morales responsables d'une violation des dispositions de la présente directive. Les États garantissent que ces mesures sont effectives, proportionnées et dissuasives ».

(17) Voir les efforts de l'avocat général Tesouro pour exiger de la Cour qu'elle dépasse dans l'arrêt Decoster les raisonnements alambiqués et restrictifs de l'arrêt R.T.T. et l'échec de cette tentative devant la Cour.

(18) Elle prévoit que l'entité gestionnaire de l'aéroport ne peut elle-même procéder à la sélection des prestataires de service en escale que si elle ne fournit pas de services similaires d'assistance en escale, ne contrôle directement ou indirectement aucune entreprise fournissant de tels services ou ne détient aucune participation dans une telle entreprise. Dans les autres cas, les prestataires sont choisis par les autorités compétentes des États membres, indépendantes des entités gestionnaires (article 11 de la directive).

(19) Voir l'arrêt *Van Eycke* du 21 septembre 1988, 267/86 (Rec., p. 4769) dans lequel la Cour juge que « l'effet utile des règles de concurrence est compromis lorsqu'un État membre retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique ».

(20) Le réexamen fait en 1999 du cadre réglementaire (Réexamen 1999, COM (1999) 539 final) n'était guère plus précis : « La législation communautaire reconnaît que les fonctions d'une autorité réglementaire nationale peuvent être assurées par plus d'un organisme et, dans la plupart des États membres, ces fonctions sont partagées entre l'autorité réglementaire nationale indépendante et le ministère concerné et dans certains cas par un organisme distinct pour les questions concernant le spectre radioélectrique. La Commission reste cependant préoccupée quant à l'efficacité de certaines de ces dispositions et renforcera les dispositions juridiques existantes pour faire en sorte que l'autorité réglementaire nationale indépendante puisse jouer son rôle de supervision du marché à l'abri des interférences politiques, sans préjuger des responsabilités du gouvernement au niveau des politiques publiques ; la répartition des responsabilités des A.R.N. à différents organismes n'entraîne ni retard, ni double emploi dans le processus décisionnel ».

(21) Voir les arrêts sur les comités tarifaires composés de professionnels et notamment *C.F.C.E., Reiff*, C-185/91 du 17 novembre 1993, Rec., I. p. 5801. La loi en cause prévoyait que les prix seraient fixés par des commissions tarifaires composées d'experts des branches économiques intéressées du secteur des transports de marchandises après avis d'un comité consultatif composé de représentants des affréteurs. La Cour décide que l'intervention du comité tarifaire ne constitue pas une décision d'association d'entreprises, non pas tant parce que ses membres sont nommés par le ministre, mais parce que les experts ne sont pas liés par les instructions des entreprises ou des associations intéressées. « Ces commissions ne sauraient dès lors être considérées comme des réunions de représentants d'entreprises du secteur concerné ». La Cour reprend ce raisonnement dans une affaire relative à la réglementation allemande des tarifs du trafic fluvial commercial qui permet de fixer les tarifs fluviaux entre affréteurs et transporteurs (*Delta Schiffahrts*, 9 juin 1994, C-153/93). Les tarifs sont fixés par des commissions de fret en fonction de certains facteurs et d'intérêts généraux prévus par la loi. Ces commissions sont composées de deux groupes égaux, représentants respectivement les transporteurs fluviaux et les affréteurs.

Ils sont désignés par l'autorité de contrôle, sur proposition des associations professionnelles concernées. Les membres de ces commissions de fret siègent à titre honorifique et ne sont pas liés par des ordres ou des instructions. Leurs décisions doivent être homologuées par le ministre fédéral des Transports et promulguées par lui sous forme d'arrêtés. Le ministre des Transports peut fixer lui-même les tarifs en se substituant aux commissions, lorsque des raisons d'intérêt général l'exigent. En considération des éléments indiqués (les représentants des professions ne reçoivent pas d'instructions, siègent à titre honorifique, et doivent prendre en compte l'intérêt général), la Cour estime que « les membres des commissions de fret, quoique désignés sur proposition des associations professionnelles concernées, ne sauraient être considérés comme des représentants de celles-ci, appelés à négocier et à conclure des accords sur les prix ». Voir aussi *C.F.C.E.*, 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spedito*, et 1^{er} octobre 1998, *Autotrasporti Librandi Snc di Librandi*, C-38/97.

Enfin, le Traité implique l'interdiction de déléguer à des opérateurs la responsabilité de la politique économique (19). Cette jurisprudence vise les réglementations qui remettent à des organismes professionnels ou interprofessionnels la responsabilité de la politique économique dans un secteur économique (C.J.C.E., 30 janvier 1985, B.N.I.C. c/ Clair, 123/83).

17. Mais toute la portée de ces principes est encore assez incertaine. L'analyse communautaire du principe de séparation de l'opérateur et du régulateur reste encore floue quand il s'agit de séparer les fonctions de l'État actionnaire et de l'État régulateur. Le principe de séparation impose que l'autorité de régulation soit distincte de l'autorité qui assure les missions de l'État actionnaire, mais on ne sait pas concrètement où doit passer du point de vue des obligations nées du Traité la séparation sur le plan institutionnel. Dans l'arrêt *Decoster*, la Cour a considéré que « des directions différentes d'une même administration ne sauraient être considérées comme indépendantes l'une de l'autre au sens de l'article 6 de la directive terminaux de télécom » et dans le cas d'espèce, par « même administration », la Cour entend un même ministère. Faut-il en déduire que la régulation ne peut être confiée à un service au sein du même ministère que celui qui exerce la tutelle d'une entreprise publique intervenant dans le secteur régulé et que le ministre chargé de la tutelle de l'entreprise publique ne peut être en même temps une autorité nationale de régulation dans les secteurs où intervient cette entreprise ? Cela permet-il que la régulation soit confiée à un service dépendant d'un autre ministère que celui

exerçant la tutelle sur l'entreprise publique concernée par la régulation ? La nouvelle directive du Parlement européen et du Conseil « relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communication électronique », qui se veut plus précise que les directives qu'elle remplace, se borne à imposer que « les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation, d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises, d'autre part » (20).

De même, l'interdiction de confier à des opérateurs les responsabilités de la politique économique a donné lieu à une jurisprudence timide et finalement assez formaliste et dont l'effectivité dépend de critères presque potestatifs pour les États membres (21). De telle sorte que si la proposition de directive sur les manipulations de marché exige que l'autorité nationale soit une « autorité administrative » (article 11 de la proposition : « chaque État membre désigne une autorité administrative unique compétente en vue d'assurer l'application des dispositions arrêtées en exécution de la présente directive »), il est difficile de lire cette disposition comme une volonté de la part de la Commission de contrôler la nature, l'organisation, sinon la composition des autorités de marchés.

*
* *

18. En conclusion, il n'est pas possible de ne pas chercher à se prononcer sur ce qui est souvent présenté comme un

des traits caractéristiques du « droit de la régulation », le caractère « réaliste » ou « fonctionnaliste » de ce droit en tant qu'il est détaché dans les textes et dans leur interprétation de la dogmatique juridique et dans leur application d'une méthode formaliste de déduction de la norme à partir des règles. Cette apparition, ou cette revendication même du « réalisme » du droit, y compris au sein de la juridiction administrative (22) dans ce nouvel avatar du droit économique qu'est le droit de la régulation renverra bien sûr aux analyses classiques de Gérard Farjat sur l'« analyse substantielle » en droit économique (23) ou au réalisme revendiqué du droit des affaires chez Claude Champaud (24). Cette découverte du réalisme rappellera aussi les travaux importants qui ont tant marqué l'analyse de la décision judiciaire aux États-Unis dans les années 20 du siècle dernier et les succès plus récents outre-

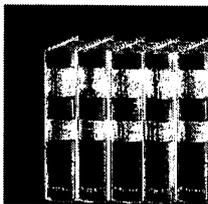
atlantique de l'analyse économique du droit dont l'influence dans les facultés de droit américaines a été préparée par leur réception de l'école réaliste du droit. Je dois avouer ma réticence à accepter sans critique la revendication du réalisme, au moins en ce qui concerne le travail du juge. Faut-il tenir pour sans importance le respect de la séparation des pouvoirs, de la sécurité juridique, de l'État de droit et de la *Rule of law* ? On comprend sans doute qu'il puisse exister par rapport à une dogmatique existante, une phase de déconstruction pour saisir des objectifs nouveaux, mais cette phase n'est qu'une première étape qui débouche sur une nouvelle dogmatique. Mais ce n'est pas le moment d'en dire plus sur ce point fondamental illustré d'une certaine façon par le dialogue qui a ouvert ce colloque entre Marie-Anne Frison Roche et le président Pierre Bézard.

Je voudrais seulement éclairer la question du point de vue communautaire. On pourrait penser que s'il y a un droit réaliste, c'est bien le droit communautaire, qui est d'abord un droit économique et qui doit construire un marché commun sans être prisonnier des catégories dogmatiques — nécessairement différentes — des États membres. Mais le droit communautaire est souvent formaliste, de façon excessive même, comme le montrent les critères utilisés par la Cour de justice des Communautés européennes dans de nombreuses jurisprudences et notamment, pour parler de jurisprudences intéressant directement notre propos, pour faire application du principe de séparation de l'opérateur et du régulateur ou du principe selon lequel les États membres ne peuvent déléguer à des opérateurs économiques les responsabilités de la politique économique.

(22) Voir les chroniques d'information jurisprudentielle de Mattias Guyomar et de Pierre Collin à l'A.J.D.A. et notamment la chronique sous l'arrêt C.E., Sect., 22 novembre 2000, *Sté Crédit agricole Indosuez Cheuvreux*, 2000, p. 997, ou sous l'arrêt C.E., 22 juin 2001, *Sté Athis*, 2001, p. 638. Sur ce réalisme dans la jurisprudence économique récente du Conseil d'État, voir Jean-Yves Chérot, *Droit public économique*, Economica, 2002.

(23) Gérard Farjat, *L'importance d'une analyse substantielle en droit économique*, *Revue internationale de droit économique*, 1986, n° 0.

(24) Claude Champaud, *Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éditions Frison-Roche, 1999, p. 69-110.



LE DROIT DES SOCIÉTÉS A-T-IL ÉTÉ INTÉGRÉ PAR LA LOI N.R.E. DANS LA LOGIQUE DE LA RÉGULATION ?

DOMINIQUE SCHMIDT

Professeur agrégé à l'Université Robert Schuman de Strasbourg

Lorsque M^{me} Marie-Anne Frison-Roche m'a proposé ce thème — le droit des sociétés a-t-il été intégré par la loi N.R.E. dans la logique de la régulation ? — je fus d'abord réservé puis très intéressé. Ce matin, la régulation a été définie d'après trois traits caractéristiques : l'existence d'un secteur régulé, des autorités de régulation et une méthode de régulation gouvernée par les objectifs à atteindre. Le droit des sociétés a-t-il été intégré dans cette logique régulatoire par la loi N.R.E. ? Vous en jugerez à la fin de mon exposé. Je vais reprendre les trois critères du droit de la régulation en commençant par le secteur régulé.

1. On évoque le secteur des télécommunications, celui de la santé, celui de l'énergie, etc. Les sociétés forment-elles un secteur ? Pourquoi pas ? Il existe en effet en France plusieurs centaines de milliers de sociétés, civiles et commerciales, qui fonctionnent et qui, par conséquent, peuvent être appréhendées comme étant un secteur de la vie économique de notre pays ; secteur dans lequel précisément une régulation apparaît, de prime abord, hautement souhaitable. Pourquoi ? Lorsqu'on observe le fonctionnement des sociétés, civiles et/ou commerciales, on observe un déséquilibre très prononcé qui concerne d'un côté les relations entre dirigeants et associés, et d'un autre côté les relations entre associés eux-mêmes. Dans les relations entre dirigeants et associés, on observe à l'évidence une disproportion des pouvoirs puisqu'aussi bien les dirigeants sont omnipotents et que les associés ne disposent que de pouvoirs résiduels dont la mise en œuvre est d'ailleurs difficile. Aussi,

un peu de régulation dans ces relations constitue une bonne idée. Quant aux relations entre associés, on sait qu'elles sont gouvernées par la loi de la majorité dans la quasi-totalité des sociétés. Or la loi de la majorité présente cette particularité d'être une loi brutale qui ne connaît aucune pondération. Celui qui a la majorité des voix impose sa décision sans qu'il y ait lieu à pondérer cette décision par les opinions, les sentiments, les revendications des minoritaires qui doivent obéir ou partir. Donc, ici aussi, introduire de la régulation pour pallier la brutalité de la loi de la majorité est une excellente idée. Dans ces deux sortes de rapports, la régulation rétablirait un certain équilibre et des contre-pouvoirs aux pouvoirs des dirigeants et des majoritaires.

De ce point de vue, la loi N.R.E. me paraît aller dans le bon sens, en plusieurs de ses dispositions. Je retiens simplement deux d'entre elles. La première, c'est l'ouverture qu'elle prévoit dans la dissociation des fonctions de président et de directeur général. Actuellement, ces fonctions se cumulent sur une tête, celle du P.-D.G., et ce cumul a toujours prêté à discussion, voire à critiques. En effet, le président-directeur général est tout à la fois le président du conseil d'administration et le directeur général des activités de la société. Il a donc deux missions et deux pouvoirs. Le premier, en tant que président du conseil d'administration, est de veiller aux intérêts des actionnaires, et le second, en tant que directeur général, est de diriger ce que l'on appelle l'entreprise. Or il est bien certain que dans cette deuxième activité, le directeur général peut poursuivre

des fins qui ne sont pas nécessairement conformes aux intérêts des actionnaires qu'il doit défendre en tant que président du conseil d'administration. Il y a sur sa tête un conflit d'intérêts permanent. Le deuxième apport intéressant de la loi N.R.E. se situe dans un intitulé : celui de la section qui régit les conventions réglementées, les anciennes conventions dites de l'article 101 (devenu article L. 225-38 du Code de commerce). Cette section s'intitule : « Prévention des conflits d'intérêts ». J'attache de l'importance à cet intitulé parce que j'espère qu'il guidera l'interprétation des textes. Jusqu'à présent, l'interprétation des articles 101 et suivants répond à l'application stricte de leur lettre, prônant une approche restrictive de la qualification des personnes et des opérations concernées. En revanche, si on aborde le problème des conventions réglementées en contemplant l'esprit de la loi : prévention des conflits d'intérêts, on devra rechercher si la pratique qui a été suivie est propre à prévenir les conflits d'intérêts ou au contraire à les laisser se réaliser. Prévenir les conflits d'intérêts, c'est faire en sorte qu'ils ne puissent se réaliser, et non point se demander après coup si le conflit d'intérêts a ou non produit ses effets. Donc, toute situation de conflit potentiel doit être gérée. En intitulant les développements concernant cette matière « prévention des conflits d'intérêts », il me paraît que la loi N.R.E. donne aux juges une directive qui n'existait pas jusqu'alors dans l'application de ces dispositions.

2. Deuxième caractéristique du droit de la régulation : l'action d'un régulateur.

L'existence d'un régulateur n'est pas un critère de la régulation, nous l'avons appris ce matin. Il peut y avoir régulation sans régulateur. Mais lorsqu'il y a un régulateur, on présume qu'il y a régulation. La loi N.R.E., en droit des sociétés, n'institue aucun régulateur. Faute de régulateur, où se trouve la possible régulation ? Je la vois dans la personne du juge. Le juge peut fort bien être un régulateur ; d'ailleurs, nous admettons que le juge contrôle les régulateurs et dans cette fonction il peut lui-même prendre des décisions de régulation. Par conséquent, le juge commercial, le juge des « faillites » ou encore le juge du droit des sociétés peut très bien faire office de régulateur ; ce que nous allons vérifier en reprenant les trois attributs de tout régulateur.

Le régulateur est celui qui applique la loi, celui qui sanctionne et celui qui crée du droit. En l'occurrence, le juge applique la loi, il sanctionne et enfin il crée du droit. Il en crée même beaucoup. Rappelons-nous que c'est le juge commercial, ensuite approuvé par la Cour de cassation, qui, pour dénouer les crises à l'intérieur des sociétés ou pour favoriser leur dénouement, a créé l'institution de l'administrateur provisoire et du mandataire ad hoc, du contrôleur ou de l'observateur de gestion. Autre exemple : la Cour de cassation, il y a quelques années déjà, a estimé que les dirigeants répondent des fautes commises dans leur gestion, pourvu que ces fautes soient détachables de leurs fonctions. Cette jurisprudence novatrice et en marge de la loi suggère une saynète : un tiers est victime d'une décision prise par le président d'une société, par exemple une rupture brutale de pourparlers menés en vue

de la conclusion d'un contrat. Ce tiers s'adresse au président :

— « Vous avez rompu nos pourparlers. Cette rupture est fautive et me cause un préjudice. Vous êtes responsable ».

Le président lui répond :

— « Non, je ne suis pas responsable ».

— « Comment ? Vous contestez la faute ? ».

— « Non, je ne conteste pas la faute. J'admets la faute dans la rupture des pourparlers. Mais je ne suis pas responsable ».

Le tiers, qui ne comprend pas, consulte le Code de commerce et lit sous l'article L. 225-251 que le président répond des fautes commises dans sa gestion. Il dit au président :

— « Vous admettez la faute. Vous ne contestez pas que cette faute a été commise dans la gestion des affaires sociales. Donc vous êtes responsable ».

Et le président lui répond :

— « Non, justement pas. C'est parce que la faute que j'ai commise concerne la gestion des affaires sociales et parce qu'elle entre dans mes fonctions que je n'en suis pas responsable ».

Le tiers, qui ne peut admettre ce propos abscons, tourne les talons, consulte son avocat qui lui confirme que le président a raison. Voilà de la création jurisprudentielle qui démontre que le juge, en fonction des besoins des acteurs du secteur, en l'occurrence en fonction des revendications à l'irresponsabilité des dirigeants sociaux, sait trouver les réponses réglementaires qui conviennent.

De la même façon, on a décidé en dehors de toute loi l'irrecevabilité de la constitu-

tion de partie civile d'un tiers victime d'un délit d'initié ou d'un actionnaire victime d'abus de biens sociaux commis par les dirigeants de la société. De la sorte on protège un autre acteur du droit des sociétés, à savoir le procureur de la République en lui réservant le monopole de l'exercice des poursuites. Enfin, le juge crée du droit lorsque, périodiquement, il aménage les prescriptions légales. L'abus des biens sociaux est un délit dont la prescription commence à courir du jour où l'abus est commis ; puis on a reporté le départ de cette prescription au jour de la découverte des faits ; puis au jour de la découverte des faits dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ; enfin, depuis juin 2001, au jour de l'approbation des comptes en assemblée générale, sachant au demeurant que ces comptes ne révèlent jamais l'abus des biens sociaux. Voilà, nous sommes donc en pleine régulation par création du droit par le juge. Nous avons un régulateur en droit des sociétés.

3. Reste le troisième signe de la régulation, à savoir la méthode. Le droit de la régulation se caractérise par une méthode de raisonnement qui est guidée, dictée et légitimée par ses objectifs. Le régulateur se voit assigner des objectifs qui guident son action. Ainsi, sur les marchés, il s'agit soit d'établir un régime de concurrence, soit de préserver un régime de concurrence, soit d'éviter des conflits d'intérêts entre un opérateur proche des pouvoirs publics et d'autres opérateurs ; bref, trouver un équilibre entre des intérêts opposés, voire divergents ou en conflit. Est-ce que l'on retrouve cet objectif en droit des sociétés ? A priori non, puisque les associés ne sont

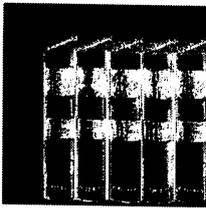
pas entre eux en conflit d'intérêts. Tout au contraire, ils partagent un intérêt commun comme l'énonce 1833 du Code civil : « La société doit... être constituée dans l'intérêt commun des associés ». Par conséquent, il n'y a pas d'équilibre à rechercher là où il y a communauté d'intérêts et non point conflit ou divergence d'intérêts. Cet intérêt commun se définit tout simplement par le désir de chaque associé de retirer de l'enrichissement de la société un enrichissement personnel. Néanmoins, on ne peut pas s'arrêter là car, on le sait, il existe au sein des sociétés des dysfonctionnements qui ont, dans la plupart des cas, pour cause un conflit d'intérêts. Par exemple, l'abus de biens sociaux : le dirigeant préfère son intérêt personnel au détriment de l'intérêt de la société qu'il est chargé de défendre et de promouvoir. Ou encore, une décision majoritaire et abusive privilégie les intérêts des actionnaires majoritaires au détriment des minoritaires. Par conséquent, les dysfonctionnements sociaux peuvent générer des conflits d'intérêts qui eux-mêmes peuvent appeler à une solution par la voie de la régulation ; et comme nous avons un régulateur, le juge, et que nous sommes dans un secteur, le droit des sociétés, la régulation trouve sa place. Précisément, M^{me} Frison-Roche avait relevé que « le conflit d'intérêts est bien une notion centrale en régulation ».

Mais encore faut-il que le législateur fixe un objectif : en effet, un litige né d'un conflit d'intérêts peut être traité de diverses façons selon l'objectif assigné au régulateur. Est-ce que la loi N.R.E a fixé un objectif en contemplation duquel le conflit doit être traité ? Non. Chacun va le

rechercher de son côté. Certains affirment que les conflits d'intérêts doivent être résolus dans le sens de « l'intérêt de l'entreprise ». Encore faut-il définir ce qu'est l'entreprise, et l'on sait que notre droit ne donne pas de définition. D'autres soutiennent que l'objectif réside dans la préservation et le rétablissement de « l'intérêt social ». Cette réponse couramment formulée pêche en un endroit : la définition de l'intérêt social. En fait, cet intérêt-là est toujours défini de façon négative : le juge dit parfois que l'intérêt social est violé ou méconnu, mais jamais ne donne une définition positive de l'intérêt social. Le rapport Viénot de juillet 1995 a tenté de définir l'intérêt social comme étant l'intérêt de la personne morale, englobant à ce titre l'intérêt des salariés, des clients, des fournisseurs, des banquiers et du fisc. Mais on n'a jamais entendu le président d'une société dire à ses actionnaires : « Messieurs, je porte à votre connaissance que je dirige votre société dans l'intérêt du fisc, de façon à ce que la société puisse payer le maximum d'impôts », ou encore « dans l'intérêt des banquiers, pour que ceux-ci perçoivent un maximum d'agios ». De tels propos déraisonnables procéderaient d'une confusion évidente entre l'intérêt de la société et le respect des droits des tiers, des partenaires de la société. Qu'une société respecte les droits de ses banquiers, du fisc, de ses salariés, de ses clients et de ses fournisseurs, c'est obligatoire et normal. Mais dire qu'une société doit être gouvernée dans l'intérêt de ces personnes, c'est confondre « intérêts » et « droits », les intérêts des actionnaires et les droits des tiers. Finalement, force est de reconnaître que l'intérêt social en tant que tel

n'existe pas, ou du moins il n'existe que sous la forme de l'intérêt de ses actionnaires.

En conclusion, je regrette que la loi N.R.E. n'ait pas saisi l'occasion de son intitulé et des dispositions qui prêtent à régulation pour assigner au juge, comme objectif dans la résolution des conflits, la préservation et la satisfaction de l'intérêt des associés. De ce fait, le droit des sociétés n'a pas été intégré par cette loi dans la logique de la régulation. Certains avancent que l'objectif d'une régulation visant l'intérêt des actionnaires n'est pas « politiquement correct » ; il demeure que les marchés financiers à l'échelle mondiale en ont décidé autrement.



RÉGULATION FINANCIÈRE, SOCIÉTÉS COTÉES ET SOCIÉTÉS NON COTÉES

ALAIN COURRET

Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)
U.M.R. C.N.R.S. - Paris I « Régulation des activités économiques et sociales »
Centre de droit financier

1. Le thème qu'il nous a été donné de traiter peut a priori surprendre ou tout au moins dérouter. L'association des termes régulation financière - sociétés cotées est usuelle ; mais l'association régulation financière - sociétés non cotées peut sembler paradoxale. C'est donc pour l'essentiel ce paradoxe que nous nous proposons de dépasser.

Mais reprenons d'abord les termes qui sont l'intitulé de notre exposé et ce afin de partir de bases clairement définies.

Régulation financière : que faut-il entendre par ces termes ?

2. Les auteurs emploient volontiers le terme comme s'il s'agissait d'un vocabulaire dicté par l'évidence, mais ils se gardent le plus souvent d'en donner une définition. « La régulation financière repose traditionnellement sur le contrôle des marchés et des intermédiaires financiers » écrivent Thierry Bonneau et Marie-France Drummond (1). Convenons de ce qu'il n'y a pas d'élément de définition mais néanmoins une piste intéressante de recherches.

Sous un angle d'approche assez voisin, Frédéric Peltier (2) précise que « le mode de régulation des marchés financiers se caractérise par une autorégulation s'articulant autour des professionnels et des autorités administratives indépendantes » reprenant pour une large part les analyses de Laurent Cohen-Tanugi (3).

3. Alain Pietrancosta nous indique pour justifier l'emploi du terme régulation « qu'il s'agit désormais, moins de

prendre directement en charge et de gérer les activités concernées, que d'encadrer ou de relayer l'initiative privée, de manière à assurer en permanence le fonctionnement correct des systèmes complexes et mouvants qui forment les marchés financiers modernes.

L'État entend se présenter non plus comme le « gérant » de ces marchés, mais comme leur garant, et jouer, dans ces conditions un rôle d'arbitre et de régulateur plutôt que de producteur et d'acteur ». Ce n'est pas une définition mais les grands axes sont donnés que l'on trouve heureusement synthétisés par Marie-Anne Frison-Roche dans son article consacré au « droit de la régulation » (4), qui définit cette régulation financière comme le corps de normes « qui prend en charge la construction, la surveillance et le maintien de force des grands équilibres » sur les marchés financiers.

Ce corps de normes est un corps complexe constitué de normes d'origine légale (5), de normes à caractère réglementaire émanant d'autorités administratives indépendantes (6), de normes à caractère réglementaire émanant d'organismes de pur droit privé (7), de normes enfin issues d'un simple consensus de place.

Sociétés cotées, sociétés non cotées

4. Ces termes sont connus et sans ambiguïté aucune et n'appellent a priori aucun commentaire. Encore peut-on réfléchir quelques instants sur la pertinence d'une présentation qui semble nettement les opposer.

Traditionnellement, la doctrine française se garde de faire de la distinction sociétés cotées/sociétés non cotées une *summa divisio*. La logique de notre droit est plutôt d'ajouter au droit commun des sociétés par actions des règles spécifiques aux sociétés cotées sans que cela implique une véritable autonomie des règles régissant les sociétés cotées par rapport aux règles régissant les sociétés non cotées.

5. Pourtant, l'hypothèse d'un clivage plus radical défendue par M^{me} Frison-Roche dans un article remarqué (8) apparaît à divers points de vue séduisante :

— le droit classique des sociétés non cotées s'organiserait dans un rapport au droit commun des obligations ;

— le droit nouveau des sociétés cotées s'organiserait dans un rapport au droit commun des biens. « Le titre produit dicte les règles et non le rapport entre le titre et la société émettrice » (9).

Cette observation enrichit conceptuellement la distinction sociétés cotées/sociétés non cotées. Elle ne donne pas cependant la clef d'une distribution entre un système de règles relevant de la réglementation et un système de règles relevant de la régulation.

6. C'est la raison pour laquelle l'auteur, se plaçant cette fois-ci sur un plan sociologique, s'emploie à rechercher l'explication de la liaison entre régulation et sociétés cotées à partir de l'observation usuelle que les sociétés cotées « constituent un monde à part ».

« En effet, sous l'angle sociologique, le droit des sociétés

(1) *Droit des marchés financiers*, *Économica* 2001, n° 1054, p. 792-793.

(2) *Marchés financiers et droit commun*, Banque Éditeur 1997.

(3) Cf. Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État, sur la démocratie en France et en Amérique*, P.U.F. 1985.

(4) D. 2001, chronique p. 610 et s.

(5) Loi du 2 juillet 1996 dite loi M.A.F.

(6) *Règlement général de la C.M.F. ; règlements C.O.B.*

(7) *Règlements de marchés instaurés par Euronext Parisbourse S.A.*

(8) *La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées*, *Mélanges A.E.D.B.F.* 1997, p. 189 et s.

(9) P. 195.

non cotées s'organise d'une façon que l'on pourrait dire externe, c'est-à-dire à travers une législation et une jurisprudence traditionnellement distincts d'une façon radicale de leur objet. Parce que les sociétés cotées constituent précisément un « monde », il leur faut un droit en quelque sorte internalisé, c'est-à-dire produit par les acteurs eux-mêmes ou par des autorités de marché placées au cœur du système. Parce qu'il existe un mécanisme technique et social de place financière, qui n'a pas d'équivalent pour les sociétés non cotées, le droit devient auto-produit, auto-observé, illustration exemplaire des théories sociologiques de l'auto-organisation. Il faut donc en pratique distinguer ces deux manières de faire » (10).

Le lien entre sociétés cotées et régulation est ainsi parfaitement établi et cette analyse nous semble expliquer la réalité de manière satisfaisante.

7. Quels sont alors les principes directeurs de cette régulation financière des sociétés cotées ? On les retrouve évoqués par les meilleurs auteurs :

- l'information des investisseurs ;
- plus largement, la protection des investisseurs et donc la sécurité des investisseurs ;
- la transparence ;
- l'égalité ;
- l'équité ;
- l'intégrité du marché (11).

La régulation financière tend à protéger les investisseurs et le marché lui-même afin de prévenir la réalisation d'un risque systémique, c'est-à-dire d'un risque de déséquilibre de grande ampleur qui

porte atteinte aux équilibres économiques généraux (12).

8. Le marché est donc central et la régulation s'ordonne autour de ce marché ; des autorités spécialisées sont en charge de la mission d'assurer l'information et la protection des investisseurs. Elles sont encore en charge du respect des caractéristiques considérées comme nécessaires pour un marché moderne. Ainsi, s'agissant des offres publiques d'acquisition, l'article 5-1-1 du règlement du Conseil des marchés financiers précise que les règles fixant le processus général de conduite d'une offre publique ont pour objet d'assurer, outre l'égalité des actionnaires, la transparence et l'intégrité du marché, la loyauté dans les transactions et la compétition. Ces dispositions font écho à l'article 3 du règlement 89-03 de la C.O.B.

Une distribution des rôles s'établit entre deux autorités indépendantes, la Commission des opérations de bourse et le Conseil des marchés financiers (13), la première orientée vers la protection des investisseurs, le second œuvrant surtout pour réguler les comportements des acteurs sur les marchés.

9. Sur cette régulation des sociétés cotées, nous ne nous appesantirons guère car la matière est aujourd'hui bien connue. Elle est peut-être en France la forme de régulation la plus ancienne. Elle est abordée et développée dans des ouvrages qui sont pour certains de véritables traités (14).

Pour reprendre des expressions précédemment utilisées par des orateurs précédents, l'État n'entend pas réglementer directement le marché financier ; le marché financier ne peut être non plus abandonné totalement à

l'autorégulation. S'établit alors un système complexe de régulation qui peut être illustré par un exemple tiré de la matière des offres publiques. La loi du 2 juillet 1996 a défini avec précision des cas d'offres publiques obligatoires ainsi que les cas d'offres publiques de retrait (15). Le Conseil des marchés financiers a établi un règlement à partir de cette loi qui reprend les cas d'offre publique obligatoire ou de retrait mais qui détermine également une liste de dérogations possibles (16). Le Conseil est maître d'accorder ou non les dérogations à la règle, mais cela dans les limites des cas prévus par son propre règlement et cela sous le contrôle du juge. S'agissant de l'offre publique de retrait, le Conseil des marchés financiers n'a pas hésité à introduire des cas dans son règlement qui ne sont pas couverts par l'habilitation législative (17). L'autorité de ces dernières dispositions n'est cependant guère discutée, en raison de l'autorité morale du C.M.F. ou encore d'une espèce de consensus de place.

10. On pourrait se complaire à analyser plus longuement la subtilité du modèle français. Cette subtilité a déjà fait l'objet d'études fort remarquables (18) auxquelles on peut renvoyer le lecteur. L'exercice se heurte cependant à une perspective législative non négligeable : la fusion des autorités de marché est annoncée sans que l'on dispose d'échéances précises.

11. L'intérêt du sujet est sans aucun doute ailleurs. N'assistet-on pas aujourd'hui en effet à des phénomènes qui sans mettre véritablement en cause les analyses classiques, créent un nouveau flou dans la distinction sociétés cotées/sociétés non cotées ?

(10) P. 197.

(11) Cf. Thierry Bonneau et Marie-France Drummond, *Droit des marchés financiers*, n^{os} 21 et s., p. 24 et s.

(12) *Commission Bancaire — Rapport pour 1991*, p. 181.

(13) *La qualification d'autorité administrative indépendante s'est imposée plus tard pour cet organisme que pour le précédent ; cf. Rapport du Conseil d'État pour 2001*, p. 304.

(14) Cf. Hubert de Vauplane, *Droit des marchés financiers*, Litec, 3^e édition 2001 ; Thierry Bonneau et Marie-France Drummond, *Droit des marchés financiers*, Economica 2002.

(15) *Articles 1, 6 et s. du Code monétaire et financier*.

(16) *Titre V du règlement général du Conseil des marchés financiers*.

(17) *Article 5-6-6 du règlement général du C.M.F.*

(18) Cf. Alain Viandier, *Le modèle français de relation entre le juge et les autorités de marché*, *Bull. Joly Bourse* 1994, p. 249.

La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 à laquelle le professeur Dominique Schmidt a consacré son si brillant exposé concerne dans sa III^e partie tant les sociétés cotées que les sociétés non cotées. À supposer que les mots aient un sens dans cette loi N.R.E., il n'est pas déraisonnable de tenir pour hypothèse de départ que les processus de régulations appréhendent peut-être aussi les sociétés non cotées, sous des angles à apprécier.

On assisterait donc à une migration du corps de régulation des sociétés cotées vers les sociétés non cotées, et cela sous la pression de facteurs divers que l'on essaiera de présenter dans les minutes qui suivent. C'est cette hypothèse que nous avons retenue comme centrale dans nos développements.

12. Cette migration, si elle est avérée, affecte au moins en apparence les fondements traditionnels de la régulation financière :

— le marché semble absent. Encore faut-il s'entendre sur la notion de marché car la notion de marché ne peut être réduite à une conception unique ;

— la compétence des autorités spécialisées est défaillante. Encore peut-on se demander si la régulation postule des autorités de régulation. Comme l'a dit Marie-Anne Frison-Roche ce matin, l'autorité spécialisée n'est qu'un indice d'un droit de la régulation.

N'affecte-t-elle pas aussi la notion même de régulation telle qu'on a envisagé de la définir précédemment ? Vaut-on alors vers un changement de paradigme ?

13. On est tenté de se retourner à nouveau vers les théo-

riciens de la régulation pour rechercher des lectures de la régulation peut être plus compatibles avec le nouveau cadre. Et il est un courant théorique qui met l'accent sur l'idée que la régulation serait la recherche d'un équilibre grâce à une éthique de la discussion (19) :

— La norme issue de la régulation revêt souvent un caractère négocié, par la participation des destinataires à cette élaboration (20).

— Cette norme est flexible, destinée à évoluer en fonction de sa réception par les destinataires (21).

Le droit de la régulation ainsi présenté apparaît comme « redistributeur de subjectivités juridiques dans le cadre d'une négociation permanente et d'une grande flexibilité de la norme » (22).

14. Il y a au demeurant une logique évidente derrière tout cela. Le marché financier implique une régulation contrôlée par des autorités en raison du risque systémique qui lui est attaché. La régulation financière des sociétés cotées est pour une large part une autorégulation des marchés mais sous le contrôle du C.M.F. L'entreprise de marché, Euronext Parisbourse S.A. élabore des règles, le C.M.F. se bornant à contrôler que ces règles « ne contreviennent pas de manière trop frontale aux principes généraux qu'il a fixés » (23). Les sociétés non cotées ne peuvent être régulées que selon une logique quelque peu différente.

15. Sur ce thème général extrêmement délicat, une présentation prudente s'impose et notre exposé se présentera davantage comme une suite de variations sur le sujet abordé que comme une démonstration systématique.

Nous nous arrêterons sur trois phénomènes.

16. Un premier phénomène qui n'est pas véritablement récent est celui de l'application à des sociétés non cotées de normes issues de la régulation financière, soit parce que ces sociétés sont visées directement dans des normes, soit parce que la compétence des organismes de régulation s'est étendue à des sociétés non cotées (I).

Un deuxième phénomène est celui d'une migration des concepts nés de la régulation sur les sociétés non cotées : avec un vocabulaire différent ou dans une parfaite identité de vocabulaire, les principes directeurs de la régulation se voient attacher la compétence de régir des sociétés non cotées (II).

De là peut naître une aspiration pour les actionnaires de sociétés non cotées à revendiquer le bénéfice de normes issues de la régulation, phénomène auquel le juge et les autorités de place refusent pour l'instant de prêter une oreille complaisante (III).

I. L'application des dispositions communes de la régulation financière à des sociétés non cotées

17. Cette application nous paraît se présenter sous deux visages. Tantôt en effet il s'agit d'une application purement incidente, qui se réalise en fait dans l'intérêt des sociétés cotées. La règle s'applique à une société non cotée mais pour assurer au final une police du marché (A) ; tantôt au contraire il s'agit d'une application substantielle, la règle visant direc-

(19) Cette formulation est due à Gérard Farjat, in R.I.D.E. 2001, n° 4, p. 391.

(20) Cf. Fabrice Süriäinen, « Droit d'auteur » contra « droit de la concurrence » : versus « droit de la régulation », R.I.D.E. 2001, p. 432 et s.

(21) Fabrice Süriäinen, op. cit. loc. cit.

(22) Fabrice Süriäinen, op. cit. loc. cit.

(23) Cf. Pierre Aidan, *Droit des marchés financiers*, Banque Éditeur 2001, n° 208, p. 151.

tement la société non cotée (B).

A. L'application incidente

18. Il s'agit donc d'appliquer une règle de régulation du comportement des sociétés cotées à des sociétés non cotées pour en réalité assurer l'effectivité du droit des sociétés cotées. Ainsi certaines règles s'appliquent à des sociétés qui ont cessé d'être cotées (1.). Ainsi également, d'autres règles s'appliquent à des sociétés non cotées mais qui contrôlent des sociétés cotées (2.).

1. Régulation impérative applicable à des sociétés qui ont cessé d'être cotées

19. Le principe général est ici posé dans l'article 5-1-1 du règlement général du Conseil des marchés financiers : « Les dispositions des articles 5-6-1 à 5-6-4 sont également applicables aux sociétés dont les titres de capital ont cessé d'être admis aux négociations sur un marché réglementé ». Les articles 5-6-1 du règlement C.M.F., 5-6-2, 5-6-3 et 5-6-4 font ensuite chacun référence à cette situation de cessation de cotation. Le contexte est celui des offres publiques de retrait (24).

Reprenons par exemple le texte de l'article 5-6-1.

Lorsque le ou les actionnaires majoritaires détiennent de concert au sens de l'article 233-3 du Code de commerce au moins 95 % des droits de vote d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou ont cessé de l'être, le détenteur de titres conférant des droits de vote n'appartenant pas au groupe majoritaire peut demander au

conseil de requérir du ou des actionnaires majoritaires le dépôt d'un projet d'offre publique de retrait.

Ces règles s'appliquent eu égard à la situation passée de société cotée : il convient d'assurer la protection des minoritaires justement parce que la société a été retirée de la cote. Il y a peu d'enseignements à tirer de ces règles qui visent en fait des sociétés cotées.

2. Régulation applicable à une société non cotée détenant des titres d'une société cotée

20. La Cour d'appel de Paris avait déjà décidé dans un arrêt du 18 mars 1988 (25) que la cession du contrôle absolu d'une société non cotée dont l'objet exclusif est de détenir les titres d'une société cotée qui fait l'objet de l'offre publique d'achat équivaut à une cession de ces titres et constitue ainsi une application hors-marché de valeurs cotées en bourse interdite par l'article 198 du règlement général de la Compagnie des agents de change.

21. Le règlement C.B.V. avait pris, pour sa part, en compte le contrôle indirect pour justifier un cas d'offre publique obligatoire (26) et un cas de garantie de cours obligatoire. La garantie de cours devait être mise en œuvre dans deux hypothèses :

— en cas d'acquisition directe d'un bloc de contrôle ;

— mais également en cas d'acquisition indirecte de ce bloc (27).

La garantie de cours s'appliquait aux personnes qui, en prenant le contrôle d'une société « (...) en viennent à détenir, directement ou indirectement, la majorité du capital ou des droits de vote

d'une société française dont les titres sont inscrits à la cote officielle ou à la cote du second marché ou négociés sur le marché hors cote, dès lors que les titres détenus par la société dont le contrôle est pris représentent une part essentielle de ses actifs ».

Ces dernières dispositions ne figurent plus dans le règlement général du C.M.F., ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a plus d'obligation (28). La matière semble plus globalement régie par l'article 5-5-3 du règlement général du C.M.F.

22. Cet article 5-5-3 du règlement du C.M.F. est ainsi rédigé : « Lorsque plus du tiers du capital ou des droits de vote d'une société dont les titres de capital sont admis sur un marché réglementé est détenu par une autre société et constitue une part essentielle de ses actifs, l'obligation définie à l'article 5-5-2 s'applique quand :

— une personne vient à prendre le contrôle de la société détentrice au sens de l'article 233-3 du Code de commerce ».

Le franchissement du seuil du tiers a été réalisé dans une société non cotée. Ce franchissement est saisi par le droit de la régulation mais les conséquences se produisent dans la société cotée. Les règles relatives aux dérogations à O.P.A. s'appliquent. On est donc bien totalement dans une logique de régulation mais qui produit ses effets dans des sociétés cotées.

B. L'application substantielle

23. Cette application substantielle procède de la problématique de la distinction « périlleuse » entre cotation et appel public à l'épargne.

(24) Voir sur cette question, Alain Viandier, O.P.A., O.P.E. et autres offres publiques, éditions Francis Lefebvre 1999, n°s 2500 et s.

(25) D. 1989.359, note Laroche-Gisserot.

(26) Article 5-4-3 du règlement général C.B.V.

(27) Article 5-3-7 du règlement général C.B.V.

(28) Voir Thierry Bonneau et Laurent Faugerolas, Les offres publiques, E.F.E. 1999, n° 393.

La cotation renvoie à la notion de marché, ce marché ayant des incidences radicales sur le fonctionnement de la société. Comme le relève M^{me} Frison-Roche, (le marché) « transforme la société de l'intérieur, du seul fait que les titres sont désormais dans le public. Ce qui est désigné comme la « marchandisation » des sociétés signifie que le marché fait pénétrer ses propres règles à l'intérieur. La société se distingue alors radicalement d'une société non cotée, laquelle a conservé cette sorte d'imperméabilité juridique que confère la personnalité morale » (29).

L'appel public à l'épargne est une notion plus vaste. La cotation n'est qu'une des expressions de l'appel public à l'épargne. La tendance des organes de régulation — et plus particulièrement de la C.O.B. — est aujourd'hui de rechercher à appliquer ses règles hors l'existence d'un marché. La régulation financière intervient alors hors le marché, hors le souci d'assurer l'intégrité du marché.

24. Trois exemples peuvent être donnés :

— la C.O.B. a cherché à une époque, à vrai dire déjà un peu ancienne, à appliquer à des offres privées les règles régissant les offres publiques (1.) ;

— le développement d'internet l'incite à dépasser de plus en plus le critère de la cotation pour réguler d'autres types de recherches de capitaux (2.) ;

— plus globalement, la nouvelle définition de l'appel public à l'épargne telle qu'elle résulte de la loi du 2 juillet 1998 ouvre la voie à une extension du domaine de la régulation (3.).

1. L'application des règles régissant les offres publiques à des offres privées

25. La question s'est posée autour des années 80 et donc antérieurement à la loi du 2 août 1989 « Sécurité et transparence du marché financier » de savoir si la procédure d'offre publique d'achat pouvait être utilisée pour prendre le contrôle d'une société non cotée.

Une première réponse avait été donnée par la Cour d'appel de Paris le 18 novembre 1977 dans une affaire Radar/Société Française de Supermarché (30). Cette dernière était une société non cotée. La Cour d'appel de Paris avait jugé régulière la prise de contrôle réalisée par ce moyen. Elle avait décidé que la technique de l'offre publique pouvait être employée dans le cas de titres non cotés en bourse.

26. La Commission des opérations de bourse (31) devait renchérir sur cette position en décidant que cette faculté devenait obligatoire dès lors que le capital de la société visée par l'offre était réparti entre un nombre important d'actionnaires et lorsque les actionnaires étaient sollicités par voie de démarchage ou de publicité (32). Elle en tirait les conséquences logiques suivantes :

— l'initiateur de l'offre devait prendre un engagement irrévocable à l'égard des vendeurs ;

— les actionnaires devaient pouvoir révoquer leurs ordres à tout moment ;

— les clauses d'agrément contenues dans les statuts de la société-cible devaient être supprimées.

27. Ces positions assez radicales semblent aujourd'hui dépassées depuis la loi du

2 août 1989. Le règlement du C.M.F. ne vise que des sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé (33). La C.O.B. considère que les questions touchant à la définition technique des opérations de marché ne relèvent plus de sa compétence mais de celle du Conseil des marchés financiers : il en va ainsi pour la délimitation du champ d'application de la procédure.

Article 5-1-1 : « Les chapitres 1^{er} à VII du précédent titre définissent les règles applicables aux offres publiques d'acquisition par une personne agissant seule ou de concert au sens de l'article 356-1-3 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, de titres de capital ou titres de créance négociés sur un marché réglementé ».

Dès lors, la réglementation boursière ne saurait régir les offres publiques. Les seules questions qui paraissent devoir se poser concernent l'applicabilité des règles concernant (34) :

— le démarchage de valeurs mobilières ;

— l'appel public à l'épargne et notamment le contrôle par la C.O.B. de l'information diffusée.

28. Voici donc un débat qui paraît clos mais qui pourra un jour ou un autre être réouvert. L'application des règles régissant les sociétés cotées à des sociétés non cotées mais ouvertes peut se concevoir et certains auteurs se sont montrés favorables à cette idée, partant de l'idée que dans les sociétés où le capital est réparti au-delà d'un cercle restreint de personnes, « les mobiles et le comportement des actionnaires diffèrent de ceux qui animent les associés des sociétés fermées » (35). Quelques exemples tirés du droit com-

(29) La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées, précité, p. 194.

(30) Bull. Joly 1978, p. 180, n° 90.

(31) Rapport annuel C.O.B. 1988, p. 84.

(32) Voir les études publiées sur ce point : Alain Ronzano, *Offre publique d'actions non cotées*, *Revue de droit bancaire* 1993, p. 31 ; Pierre Alfredo, *L'O.P.A. sur les sociétés non cotées*, Bull. Joly Bourse 1997, p. 163.

(33) Alain Ronzano, *op. cit.* p. 33.

(34) Cf. Alain Viandier, *O.P.A., O.P.E. et autres offres publiques*, éditions Francis Lefebvre 1999, n° 29, p. 11.

(35) Alain Ronzano, *op. cit.*, p. 39.

paré pourraient plaider en ce sens (36).

C'est au demeurant une idée similaire qui semble animer la C.O.B. s'agissant de la net-économie.

2. Les conséquences du développement de la « net-économie »

29. La régulation financière a fondamentalement pour objet les marchés réglementés. En ce sens, la régulation financière ne concerne normalement que les sociétés cotées sur ce type de marchés. Toutefois, la Commission des opérations de bourse a dû prendre acte de l'existence d'autres types de marchés et elle a décidé d'intervenir en se référant à l'appel public à l'épargne. Le raisonnement est ici une approche extensive de l'appel public à l'épargne : une société qui cherche des capitaux sur internet doit être soumise à la régulation financière (37).

Par rapport au schéma classique de régulation, on relève trois différences essentielles (38) :

— les frontières d'un marché sont largement dépassées et le dépassement est pour l'essentiel transnational ;

— il n'y a plus d'intermédiaires alors que la régulation est pour une large part une régulation des intermédiaires ;

— le net met en concurrence marchés réglementés et marchés qui ne le sont pas.

3. La réforme de l'appel public à l'épargne par la loi du 2 juillet 1998 (39)

30. La démarche de la C.O.B. telle qu'on l'a envisagée est à resituer aujourd'hui dans le contexte nouveau

créé par la loi du 2 juillet 1998 qui est venue modifier la réglementation de l'appel public à l'épargne. La C.O.B. a clairement (40) indiqué à l'occasion de cette réforme que la distinction désormais cardinale était celle qui opposait « opération par appel public à l'épargne » et « émetteur faisant publiquement appel à l'épargne ». Elle précise dans son bulletin n° 326 que l'appel public à l'épargne comporte ainsi deux composantes :

— les opérations par appel public à l'épargne ;

— le statut des émetteurs faisant appel public à l'épargne.

Seule la réalisation d'une « opération par appel public à l'épargne » modifie la situation de l'émetteur de titres concernés par cette opération en le plaçant sous le statut d'émetteur faisant appel public à l'épargne.

C'est donc une approche objective (41) qui a été privilégiée et qui ouvre la porte à une soumission à la régulation de sociétés non cotées.

31. Encore existe-t-il un débat quant à la portée réelle du statut d'appel public à l'épargne (42).

Selon les uns, seules les sociétés cotées se voient imposer le statut de société faisant appel public à l'épargne ; selon les autres, même des sociétés non cotées peuvent être soumises au statut d'A.P.E. dès lors qu'elles effectuent une opération d'appel public à l'épargne. Cette discussion n'est pas théorique dans la mesure où elle conditionne les obligations de l'émetteur en cas de cession de titres par A.P.E. décidée exclusivement à l'initiative d'un tiers actionnaire. Pour les premiers, c'est seulement lorsque l'émetteur

émet ou cède ses titres dans le public que l'article 6-III alinéa 2 de l'ordonnance de 1967 (codifié à l'article L. 412-1 du Code monétaire et financier) est applicable ; pour les autres, toute personne qui cède dans le public les titres d'une société, même sans le consentement de celle-ci, déclenche pour cette société les obligations d'information prévues par le règlement C.O.B. n° 98-08 (43).

32. Dans tous les cas que l'on vient d'envisager, on voit bien que le domaine d'application de la régulation financière peut être parfois incertain et embrasser des sociétés non cotées.

C'est toutefois à un deuxième type de migration que l'on va s'intéresser maintenant.

II. La migration des concepts et des instruments de la régulation vers les sociétés non cotées

33. Au-delà de l'extension du domaine d'intervention des autorités de régulation dont on vient de donner quelques illustrations, un deuxième phénomène paraît devoir retenir l'attention. La régulation fait naître des concepts ; elle se dote d'instruments propres à assurer son efficacité. Ces concepts, ces instruments, tendent à se généraliser dans l'ensemble du droit des sociétés. On s'arrêtera donc un instant sur cette double migration : migration des concepts d'abord (A), migration des instruments ensuite (B).

A. La migration des concepts

34. La régulation a pour objectif la consécration d'exigences aujourd'hui bien

(36) Ronzano, *op. cit.*, *loc. cit.*

(37) T. Bonneau et F. Drummond, n° 69, p. 65. Voir également Thierry Granier et Corynne Jaffaux, *Internet et transactions financières*, *Economica* 2002.

(38) Cf. Thierry Bonneau et France Drummond, *Droit des marchés financiers*, précité, p. 793, n° 1054.

(39) Loi n° 98-546.

(40) Bulletin n° 236, juillet-août 1998.

(41) Cf. Henri Brandford Griffith et Laurent Sablé, *La réforme de l'appel public à l'épargne*, *Banque et droit* n° 64, mars-avril 1999, p. 23.

(42) Voir de Vauplane et Bornet, *Droit des marchés financiers*, *Litac* 2001, p. 375.

(43) Cf. A.N.S.A., *C.F. du* 8 novembre 2000.

connues et déjà précédemment rappelées :

- bonne information des investisseurs (44) et plus généralement protection de ceux-ci ;
- transparence ;
- équité ;
- intégrité.

Ces exigences au service des sociétés cotées au départ se développent aujourd'hui et affectent indubitablement les sociétés non cotées.

35. De cette migration des concepts, on peut au moins essayer de donner quelques exemples en partant de trois idées-force de la régulation :

- l'intégrité ;
- la transparence ;
- l'équilibre.

1. L'intégrité

36. Satisfaire le besoin de transparence et d'intégrité du marché est à l'origine du délit d'initié (45) puis du manquement d'initié (46). Hors le délit d'initié, le règlement général du C.M.F. dans son article 5-1-1 fait au demeurant référence à la loyauté dans les transactions, loyauté qui devient un principe fondateur lors des cessions de contrôle de sociétés non cotées. Les infractions précédemment évoquées ne s'appliquent normalement pas hors marché. Pourtant, l'application des principes généraux du droit civil a conduit à la constitution d'une jurisprudence qui sanctionne dans des cessions de contrôle de titres non cotés une sorte de manquement d'initié. Le principe fondateur est alors l'obligation de loyauté en droit des affaires qui dérive elle-même de l'obligation de bonne foi (47). Le fameux arrêt Vilgrain se situe bien dans cette

perspective (48). En l'espèce, le cessionnaire n'avait pas fait connaître au cédant une information dont il avait nécessairement connaissance. Il était en quelque sorte initié et avait faussé le jeu du marché.

37. De ce point de vue, ne peut-on pas dès le départ hasarder une hypothèse : le droit des contrats qui opère aujourd'hui une subversion du droit des sociétés n'est-il pas en train d'imposer au droit des sociétés non cotées, par un approfondissement de ses principes généraux, des principes définis notamment par la Commission des opérations de bourse sur des fondements différents ?

38. Dans le même sens, un considérant significatif d'un arrêt récent de la Cour d'appel de Versailles est ainsi libellé : « Considérant qu'au demeurant la société a l'obligation de faire respecter l'intérêt commun des associés, visé par l'article 1833 du Code civil, et donc de les informer du caractère avantageux ou non d'une offre d'achat, serait-elle privée ; que cette information entre donc dans les actes de gestion de la société » (49).

Ici encore on retrouve l'écho de principes connus du droit boursier mais fondés sur la seule lecture du Code civil.

2. Transparence et information de l'associé

39. L'information de l'investisseur est essentielle sur les marchés : c'est la préoccupation première des autorités de régulation. Mais le droit à l'information devient aussi premier hors le marché. De ce point de vue, la loi N.R.E. affaiblit l'opposition classique entre l'actionnaire de la société non cotée et l'actionnaire des sociétés cotées en bourse. L'opposition entre un

« investisseur » plus régi par le droit des biens et un associé plus soumis à la théorie des obligations perd de sa pertinence. La transparence devient une vertu requise de tous. Ainsi s'impose la transparence sur les rémunérations ; ainsi se développe le pouvoir de demander une injonction judiciaire aux fins de révélation de certaines informations. Mais ces derniers termes sont parlants : au juge d'ordonner le cas échéant s'il l'estime opportun. C'est ici le juge qui devient l'instance de régulation, phénomène sur lequel on va revenir.

3. L'équilibre

40. Transparence, intégrité, un troisième mot-clé de la régulation est le mot d'équilibre. Ce mot d'équilibre, on l'a dit précédemment, est extrêmement présent dans la loi N.R.E. du 15 mai 2001.

Encore faut-il sans doute essayer de resituer cette référence à l'équilibre dans un contexte plus vaste. Ce contexte nous paraît pouvoir être appréhendé au moyen de l'analyse systémique. Faut-il rappeler au demeurant que la logique de la régulation procède d'une conception systémique de la société en général et du droit en particulier (50) ?

Dans diverses dispositions de la législation récente, on peut observer que le législateur a une lecture de plus en plus systémique de l'entreprise : or, la théorie des systèmes fait largement appel aux notions d'équilibre et de régulation.

41. On voit ainsi apparaître un certain nombre de sous-systèmes que l'on peut ici rapidement évoquer :

— le sous-système du contrôle (au sens d'influence), le contrôle n'étant plus appré-

(44) Thierry Bonneau et France Drummond, *Droit des marchés financiers*, n° 1061, p. 796.

(45) Articles L. 465-1 et L. 465-3 du Code monétaire et financier.

(46) Règlement C.O.B. n° 90-08.

(47) Cf. Hervé Le Nabasque, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, R.T.D. Com. 1999, p. 273 et s.

(48) Cass., 27 février 1996, J.C.P. éd. E. 1998, p. 1486 et s.

(49) Versailles, 17 janvier 2002, S.A. Lehning Laboratoires/Berretti et alii, R.J.D.A. 4. 2002, p. 398 et s.

(50) Fabrice Siirainen, *article précité*, R.I.D.E. 2001, p. 432 et s.

hendé de manière purement individuelle mais d'une manière beaucoup plus systématique au travers de la notion d'action de concert. On observera au demeurant que cette approche systématique est encore plus nette dans le règlement du C.M.F. qui prend véritablement en compte l'idée de coalition au pouvoir (51) ;

— un deuxième sous-système de pouvoir caractérisé ici encore par un rééquilibrage et une distribution des pouvoirs entre le conseil d'administration, le président dissocié, le directeur général ;

— un sous-système de circulation des flux financiers qui transparaît dans la loi N.R.E. appréhendant les conflits d'intérêt dans les groupes ;

— un sous-système de contre-pouvoirs porteur lui-même d'un équilibre entre les prérogatives des actionnaires minoritaires et les prérogatives des salariés.

42. L'organisation de ces sous-systèmes ouvre inévitablement à la régulation des espaces extrêmement intéressants pour les sociétés non cotées. Chacun de ces sous-systèmes véhicule des conflits d'intérêt qui peuvent donner matière à régulation.

B. La migration des instruments

43. S'agissant des instruments, on peut faire état à notre sens de deux types de migration. D'abord, on observe une mutation de notions dont la fonction initiale était instrumentale et qui acquièrent une sorte de valeur générique (1.). Ensuite, on relève l'utilisation dans la sphère des sociétés non cotées de supports de régulation utilisés initialement dans

la seule sphère des sociétés cotées (2.).

1. La mutation de notions à fonction instrumentale

44. On assiste aujourd'hui à un phénomène tout à fait intéressant et qui mérite que l'on s'y arrête un instant. Un certain nombre de notions qui avaient été conçues au départ comme des instruments de police financière tendent à se transformer en véritables normes de fond qui régissent l'ensemble du droit des sociétés. On retiendra ici deux exemples : l'action de concert, le contrôle indirect.

a) L'action de concert

45. Un premier exemple peut donc être fourni au travers de l'action de concert. Celle-ci constitue à l'origine un instrument de police avant toute chose car, sans la prise en compte de la notion de concert, les dispositions impératives du droit boursier concernant le ramassage en bourse et les offres publiques obligatoires n'auraient aucune chance d'être respectées. Cette notion de concert relève bien du droit de la régulation : certes, la norme est fixée dans un article du Code de commerce. Toutefois l'appréciation de la réalité du concert, de la fin du concert, relèvent de la compétence du C.M.F. qui s'est ici au demeurant arrogé des prérogatives qu'il ne tenait pas nécessairement de la loi ou de son propre règlement.

46. Or, aujourd'hui, depuis la loi N.R.E., le concert est devenu un élément dans la définition du contrôle. La loi N.R.E. a en effet ajouté un 3^e paragraphe à l'article L. 233-3 du Code de commerce, ainsi rédigé : « Pour l'application des mêmes sec-

tions du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait, dans le cadre d'un accord en vue de mettre en œuvre une politique commune, les décisions prises dans les assemblées générales de cette dernière ».

L'action de concert devient ainsi un concept « générique ». Certes, on observera sans doute que l'article L. 233-3 limite sa sphère d'application : « une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre... ». Mais cette limitation est pour partie illusoire. Plusieurs textes du Code de commerce font référence au contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, ce qui étend considérablement le champ d'application de l'article (52).

47. Au-delà du concert, c'est plus généralement le contrôle qui est en cause. À l'origine, l'actuel article L. 233-3 en ses divers alinéas intéressait fondamentalement les sociétés cotées. La définition retenue concernait (53) :

— les notifications ou informations requises en cas de prise de participation significatives ;

— la présomption d'action de concert ;

— la réglementation des offres publiques ;

— la suppression du droit de vote en cas d'auto-contrôle.

Aujourd'hui, on constate une extrême banalisation de cette définition. L'article L. 233-3 devient référence pour d'autres textes ; la tendance générale est à voir dans cette définition la définition commune du contrôle. Ainsi se prononce la jurisprudence (54).

(51) Voir par exemple l'article 5-5-3 du règlement général du C.M.F.

(52) Pour une discussion sur ce caractère générique : Dominique Schmidt, *Contrôle et action de concert : évolutions*, J.C.P. éd. E. 2002, n° 72, p. 68 et s.

(53) *Mémento Francis Lefebvre Sociétés commerciales 2002*, n° 25529.

(54) Voir Cass. com., 24 novembre 1992, R.J.D.A. 2/1993, n° 124.

b) Le contrôle indirect

48. Un deuxième exemple nous paraît devoir être fourni par le contrôle indirect prévu à l'article L. 233-4 du Code de commerce : « Toute participation même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société ».

Quelle est l'origine de ce texte ? Il apparaît dans la loi du 12 juillet 1985 et s'applique tant aux sociétés cotées qu'aux sociétés non cotées.

49. Trois finalités lui sont implicitement assignées :

— donner tous ses effets à l'obligation de consolidation ;

— donner tous ses effets à la réglementation de l'autocontrôle ;

— donner tous leurs effets aux obligations de déclaration des franchissements de seuil et de participation significatifs.

Pour l'essentiel, le contrôle indirect est alors au service de l'efficacité de la réglementation boursière, mais pas uniquement il est vrai.

50. Il est intéressant d'observer que la jurisprudence a depuis fait des applications de ce contrôle indirect extérieures à ces préoccupations premières. Plusieurs arrêts ont pris en compte la notion de contrôle indirect dans des opérations de cession de sociétés non cotées.

La chambre sociale de la Cour de cassation traite de la même manière la cession directe et la cession indirecte de contrôle d'une entreprise de presse (55). La chambre commerciale prend volontiers en cause ce contrôle indirect qui échappe à ses

limites d'application initiales (56).

2. Le recours à des supports de régulation et à des méthodes expérimentés sur les marchés

a) Supports de régulation

51. Un bon exemple est sans doute celui des codes de déontologie. Ces codes sont mis sur les marchés pour assurer l'autodiscipline des acteurs de marché. Ils sont l'expression d'une forme de régulation (57).

Aujourd'hui on voit la méthodologie des codes s'appliquer également à l'investissement dans des sociétés non cotées. C'est ainsi qu'un code des investisseurs en capital-investissement a été récemment élaboré pour assurer une auto-discipline des investisseurs dans les sociétés non cotées (58).

b) Méthodes

52. Au travers des dispositions récentes se dégage une méthode nouvelle qui correspond assez bien à l'idée de régulation. Ainsi, si l'on s'en tient simplement aux aspects financiers de ce système entreprise, l'appropriation de la richesse fait l'objet d'un traitement qui n'est plus celui de la réglementation classique. On retiendra ici bien entendu comme hypothèse de travail que l'appropriation de la richesse dans l'entreprise peut constituer l'objet central d'une régulation financière des sociétés non cotées.

53. Ainsi pour ceux que les économistes qualifient de « titulaires de la rente de contrôle » c'est-à-dire le groupe des contrôlaires, un

certain contrôle de l'appréhension des flux financiers est réalisé au travers de l'article L. 225-38 du Code de commerce tel que remanié par la loi N.R.E. Il est manifeste que se développe ainsi une régulation du groupe comme espace financier. La loi reconnaît l'existence de transferts financiers au sein des groupes.

Le législateur a fixé un principe exigeant dans la loi du 15 mai 2001 : la nécessité de respecter la procédure des conventions réglementées pour les conventions conclues entre une société et celle qui détient au moins 5 % de son capital et les conventions conclues avec la société qui contrôle cette dernière (59). Toutefois, comment ne pas relever que la mise en place de ce contrôle est largement à la disposition des acteurs puisque ne sont soumises à ce contrôle que les opérations courantes conclues à des conditions normales, ce qui laisse une large marge d'appréciation car on sait que le groupe modifie les conditions d'appréciation et renvoie en définitive à la compétence du juge en cas de contestation.

54. S'agissant de l'appropriation de la richesse par les dirigeants, les sociétés sont appelées à une autodiscipline qui s'exerce essentiellement au travers de l'information : les rémunérations versées aux administrateurs et dirigeants sont désormais publiques, ce qui conduit inévitablement à une certaine autorégulation.

La transparence doit discipliner les comportements. Au demeurant, il n'est pas inintéressant d'observer que, en matière de stock-options, un principe issu de normes de régulation a été retenu : il s'agit de l'approche multicritères. Le prix de souscrip-

(55) Cass. soc., 12 janvier 1994, *Petites Affiches* n° 90 du 29 juillet 1994, p. 48.

(56) Cass. com., 24 novembre 1992, *J.C.P. éd. E.* 1993. I. 218, n° 14, *Bull. Joly* 1993, p. 224, note Paul Le Cannu ; 26 mars 1996, *D. Aff.* 1996, n° 18, p. 560.

(57) Sur les codes de conduite privée, voir Gérard Farjat, *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée, in Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J. 1998, p. 151 et s. ; Bruno Oppetit, *L'éthique*, in *Droit et modernité*, P.U.F., *Doctrine juridique*, 1998, p. 261 et s.

(58) Code A.F.G.-A.S.F.F.I. et A.F.I.C. à l'adresse des fonds communs de placement à risques.

(59) Articles L. 225-38 et L. 225-86 du Code de commerce.

tion doit être déterminé conformément aux méthodes objectives retenues en matière d'évaluation d'actions en tenant compte, selon une pondération appropriée à chaque cas, de la situation nette comptable, de la rentabilité et des perspectives d'activité de l'entreprise.

55. S'agissant de l'appropriation de la richesse par les salariés, la loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001 a ici encore mis en place une logique d'autorégulation : lors de toute augmentation de capital, l'assemblée générale extraordinaire doit, à peine de nullité, se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital réservée aux adhérents à un plan d'épargne d'entreprise ou à un P.P.E.S.V. (60).

Aucune autre obligation ne s'impose que de se prononcer sur le projet de résolution. Il n'y a donc pas d'impératif catégorique s'agissant d'un droit des salariés à bénéficier d'actions nouvelles (61). Les entreprises sont incitées à adopter en ce domaine des normes de comportement suffisamment claires pour les salariés.

56. En réalité, le droit français rejoint ici les conclusions de la théorie économique des contrats, et plus largement du courant de l'analyse économique du droit. La théorie économique reconnaît le rôle d'une possible autorégulation interne des problèmes d'agence par la dynamique de contrats financiers équilibrés qui lient les parties. L'idée générale est de concevoir des contrats incitatifs : le contenu économique du contrat doit contenir des éléments partagés d'incitation. L'autorégulation tend vers la recherche par le contrat d'un équilibre optimal en termes de flux et

d'information. Des contrats incitatifs peuvent être passés avec les dirigeants mais aussi avec les salariés.

57. Ainsi, la logique de la régulation se déplace du marché vers le système entreprise. Le législateur fixe un cadre d'autorégulation qui opère sous contrôle judiciaire. La régulation interne s'accompagne d'une régulation externe accessoire.

58. Ces multiples migrations dont on vient de faire état ne doivent pas abuser cependant. Le processus a ses limites et il convient d'en signaler quelques-unes, ce que l'on va faire maintenant.

III. Les limites de la migration de la régulation financière vers les sociétés cotées

59. La migration de la régulation financière vers les sociétés cotées nous paraît rencontrer deux séries de limites. Tout d'abord, cette migration se heurte à diverses réticences du droit positif (A). Ensuite, elle pose le problème de l'autorité de régulation (B). Le pouvoir de régulation, s'il n'a plus le marché pour objet, doit être confié à quel titulaire ?

A. Les réticences du droit positif

60. Deux phénomènes peuvent être constatés : les juges ont fixé quelques limites au processus de migration précédemment examiné (1.). Le législateur a refusé d'accueillir également des propositions allant dans le sens d'une migration (2.).

1. Les limites fixées par le juge

61. La jurisprudence n'est pas ici extraordinairement riche qui permette de multiplier les exemples. Tout au moins peut-on ici donner deux illustrations assez topiques :

— le juge a parfois refusé de considérer comme applicables à des administrateurs de sociétés non cotées des obligations pesant sur les administrateurs de sociétés cotées ;

— le juge légitime dans les sociétés non cotées des pratiques considérées comme inacceptables dans des sociétés cotées.

a) Rejet par le juge d'obligations pesant sur les administrateurs de sociétés cotées

62. Un bon exemple nous est fourni par un jugement du Tribunal de commerce de Nanterre du 6 octobre 2000 (62).

Un groupe français envisage de fusionner avec un grand groupe britannique. Des opérations de fermetures sont envisagées. La société holding de tête du groupe français fait une offre privée d'achat aux actionnaires de l'une de ses sous-filiales qui elle-même fait une offre privée d'achat aux actionnaires de sa filiale. Les administrateurs de la première filiale ont collectivement conseillé de répondre favorablement à l'offre de la société holding du groupe.

Un actionnaire minoritaire, propriétaire d'un nombre substantiel d'actions (3,6 % du capital considéré) déclare après avoir répondu à l'offre que les termes de celle-ci n'étaient pas acceptables. Il assigne alors en responsabilité les administrateurs de la

(60) Article L. 225-129, VII alinéa 1 du Code de commerce.

(61) De même, dès lors que les salariés détiennent 3 % du capital de la société, l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur l'introduction dans les statuts d'une clause prévoyant leur représentation au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. Si l'assemblée ne répond pas favorablement, elle doit à nouveau se prononcer dans les trois ans. La méthode est cependant très hésitante puisque le législateur peut changer en peu de temps de démarche. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a remis en cause la logique précédente en imposant la représentation des salariés passé le seuil de détention de 3 % du capital (cf. article 217 de la loi modifiant les articles L. 225-23 et L. 225-71 du Code de commerce).

(62) J.C.P. 2001, p. 619 et s., note Alain Courret.

société filiale sur le fondement de l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966 (aujourd'hui article L. 225-251 du Code du commerce) pour avoir manqué à l'intérêt social et au devoir de loyauté en incitant les actionnaires à répondre positivement à l'offre. Le jugement rendu écarte les prétentions de l'actionnaire demandeur.

63. Les dirigeants peuvent-ils engager leur responsabilité en raison de leur prise de position sur une offre d'achat ? La question est née dans la matière des offres publiques et ce d'autant que l'article 12 du règlement de la C.O.B. n° 2002-04 (ancien article 11 modifié du règlement C.O.B. 89-03) exige du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société visée un avis motivé... sur l'intérêt ou le risque que présente l'offre pour la société... ses actionnaires et ses salariés (63). On n'a guère de jurisprudence sur ce point mais la doctrine (64), s'inspirant notamment des règles contenues dans le « city code », s'est efforcée de déterminer les principes devant présider à cette prise de position. Outre la nécessaire considération de l'intérêt social, la motivation de l'avis donné apparaît comme une exigence fondamentale. Enfin, le recours à des conseils indépendants lorsque l'intérêt des dirigeants ne correspond pas à l'intérêt de la totalité des actionnaires est vivement recommandé.

64. C'est quelque peu de cette démarche que les demandeurs semblent s'être inspirés. Était-elle naturellement transposable à une offre privée qui n'appelle a priori la mise en œuvre d'aucune réglementation spécifique ? La réponse du tribunal a été négative. La Cour d'appel de Versailles saisie en appel a

confirmé le jugement mais un de ses attendus déjà précédemment cité atténue la rigueur du jugement en ce sens que la Cour évoque l'obligation pour la société d'informer les associés du caractère avantageux ou non d'une offre d'achat (65).

b) Contradictions flagrantes entre positions de la jurisprudence et positions de la C.O.B.

65. Dans d'autres situations, on ne dispose pas de condamnations aussi flagrantes que celle contenue dans la décision du jugement du Tribunal de commerce de Nanterre. Tout au moins, est-il possible de constater l'abîme qui semble se créer entre les positions de la C.O.B. et celles de la jurisprudence. Ainsi par exemple, s'agissant des primes d'émission, la C.O.B. a « rappelé à l'ordre » des sociétés cotées en bourse qui imposaient des primes d'émission excessives à leurs souscripteurs (66). Elle a ainsi demandé en 1973 à une société qui souhaitait procéder à une augmentation de capital de renoncer à l'exigence d'une prime d'émission égale à 60 fois la valeur du nominal de l'action, compte tenu de son caractère excessif.

66. La Cour de cassation s'est prononcée sur le même problème s'agissant de sociétés non cotées : elle refuse l'immixtion du juge dans cette problématique et a validé encore récemment des situations que la C.O.B. aurait sans doute condamnées (67) : la Haute juridiction admet la validité d'une prime d'émission 59 fois supérieure au montant nominal des actions émises, malgré d'importantes pertes des exercices antérieurs, aux motifs notamment que la

Cour d'appel a, « par une appréciation concrète de la situation de la société à la date de l'augmentation de capital litigieuse, sur la base des documents comptables alors disponibles et produits aux débats, estimé que le montant des réserves, du chiffre d'affaires et de la valeur de stock justifiait le montant de la prime d'émission ».

2. Le rejet de certaines propositions de réforme législative

67. Depuis quelques années maintenant, des projets de réforme ont vu le jour qui proposaient l'application aux sociétés non cotées de pratiques nées dans la sphère des sociétés cotées : ainsi, le droit de retrait des minoritaires lors de certaines opérations et notamment à l'occasion des cessions d'entreprises. Ce droit de retrait à l'origine est imposé par la loi. Par la suite, il s'est davantage coulé dans un processus de régulation. On sait que le règlement du C.M.F. a élargi les cas d'ouverture du droit à retrait en instituant des cas de retrait dépassant la portée de l'habilitation législative qui avait été consentie (68).

Le rapport Marini s'était montré très favorable à une généralisation du droit de retrait des associés minoritaires des sociétés anonymes, notamment dans des cas de figure construits par la réglementation propre du C.M.F. :

— dans un délai limité à compter de la date de l'assemblée générale lorsque l'actionnaire majoritaire se propose de soumettre à l'assemblée générale une ou plusieurs modifications significatives des statuts, notamment pour modifier la forme sociale ou les conditions d'exercice des droits de vote ;

(63) L'avis du conseil d'administration ou du conseil de surveillance n'est pas exigé :

- en cas d'offre simplifiée ;
- en cas de garantie de cours ;
- en cas d'offre publique ;
- en cas de retrait obligatoire.

La C.O.B. demande cependant que cet avis soit formulé également dans ces cas-là (rapport C.O.B. pour 1994, p. 202 ; généralisation de l'avis du conseil d'administration dans les opérations financières : Bull. mens. C.O.B. n° 296, novembre 1995, p. 1).

(64) Cf. A. Viandier, O.P.A.-O.P.E. et autres offres publiques, éditions Francis Lefebvre 1999, n°s 2021 et s.

(65) Versailles, 17 janvier 2002, S.A. Lehning/Berretti et alii, R.J.D.A. 2002, p. 398.

(66) Rapport C.O.B. 1973, p. 228, Société Veuve Cliquot-Ponsardin.

(67) Cass. com., 22 mai 2001, Bull. Joly 2001, p. 1003, note Hervé Le Nabasque ; J.C.P. éd. E. 2002. 39.

Voir également la chronique de Daniel Cohen, La prime d'émission entre liberté et contrôle, J.C.P. éd. E. 2002, p. 35 et s.

(68) Article 5-6-6 du règlement général du C.M.F.

— dans le même délai lorsque cet actionnaire a décidé le principe de la cession ou de l'apport à une autre société de la totalité ou du principal des actifs, de la réorientation de l'activité sociale ou de la suppression, pendant plusieurs exercices, de toute rémunération des titres de capital alors que celle-ci est financièrement possible (69).

Ces propositions n'ont eu pour l'instant aucun écho véritable.

B. Problématique de la détermination du titulaire du pouvoir de régulation

68. Hors le marché, peut-on concevoir une autorité de régulation efficiente ? N'y a-t-il pas là une objection majeure à une généralisation de la régulation ?

Il est probable que pour certains observateurs, l'idée de régulation achoppe sur cette absence de recours possible à une autorité de régulation.

Les théoriciens de la régulation semblent cependant dépasser cette objection. L'autorégulation est encore de la régulation. Et la régulation interne s'accompagne d'une régulation externe par le nécessaire office du juge.

Il n'appartient pas au juge naturellement d'édicter des principes généraux ou de rendre des arrêts de règlement. Il lui appartient d'apprécier la qualité de l'autorégulation opérée par les acteurs. Le juge est le recours naturel de ceux qui contestent la norme retenue par la majorité, sans être pour autant une autorité de régulation.

69. On retrouve ici le thème aujourd'hui presque classique du rôle de « codétermination » ou de « surdétermination » du juge (70). Dans la mesure où la régulation tend vers une expression structurelle des intérêts des divers acteurs, elle assure une police des conflits d'intérêt auquel seul le juge peut

donner solution en cas de crise aiguë.

Conclusion

70. La conclusion qui nous paraît la plus significative dans notre recherche tient au développement de cette démarche d'autorégulation sous contrôle judiciaire dont nous avons déjà fait part dans l'exposé. Le système des flux financiers dans l'entreprise ouvre évidemment des espaces importants à la régulation des sociétés non cotées. Mais il n'est pas le seul. Entre l'approche très autoritaire qui était celle du 24 juillet 1966 et l'approche peut-être trop laxiste qui était celle de la loi du 12 juillet 1999 libéralisant la S.A.S., se développe une méthode qui semble bien rentrer dans le cadre de la régulation : le législateur incite à une certaine autorégulation des sociétés. Et c'est le juge qui en fin de compte apprécie la pertinence de la démarche.



(69) *La modernisation du droit des sociétés*, La Documentation française 1996, p. 71.

(70) Cf. Jacques Chevallier, *Vers un droit postmoderne ?*, p. 37, in *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J. 1998, p. 21 et s.

André Delion, conseiller maître honoraire à la Cour des comptes — Le terme de régulation, très éclairé par les travaux de M^{me} Frison-Roche, me paraît recouvrir deux sortes de situations qui ne doivent pas être confondues, si je me réfère à ma double expérience de membre de l'organisme de régulation qu'est la C.O.B. et de conseiller à la Cour des comptes contrôlant des entreprises chargées de mission de service public.

Dans la première, on vise à fortifier la concurrence en assurant la meilleure efficacité possible des marchés et pour cela à faire respecter certaines règles formulées juridiquement à partir de principes moraux. Parmi celles-ci figure l'interdiction d'abuser de pouvoirs, ce qui conduit par exemple à lutter contre des abus de positions dominantes ou à protéger des actionnaires minoritaires, ou encore l'interdiction de tromper, d'où par exemple les obligations d'exactitude en matière d'information financière ou de publicité. Cette forme de régulation est de caractère permanent.

Dans la seconde sorte de situations, on vise au meilleur fonctionnement de services économiques d'intérêt général, pour reprendre les termes de l'article 86 ex-90 du Traité de Rome. Pour cela la régulation poursuit deux objectifs. D'une part, elle vise à introduire la concurrence pour éviter les abus des anciens monopoles, et à la maintenir en veillant à ce que l'exploitant historique ne paralyse pas l'accès des nouveaux entrants. Pour cela l'organisme de régulation, quelle que soit sa forme, a des pouvoirs sur les tarifs, les réseaux... peut-être jusqu'à un terme qui est celui d'une concurrence mature où s'appliqueraient les règles concurrentielles générales.

Mais d'autre part, il doit préserver des règles d'intérêt général dans la délivrance des prestations. Après avoir inspiré la notion de service universel en matière de télécommunications, qui n'est au départ qu'un service minimum assuré aux plus démunis, elles ont évolué depuis quelques années vers la préservation de principes dont bénéficient tous les citoyens, qui sont celles du service public dit « à la française », résumées dans les trois « lois » de continuité, d'égalité et d'adaptation constante. Ainsi les premières expressions légales de ces « lois » se trouvent dans des textes de régulation, telle la loi de février 2000 sur l'électricité. Depuis, récemment, il existe une tendance à aller au-delà, dans la mesure où l'on demande de plus en plus à ces services de contribuer à des politiques générales comme celles de l'aménagement du territoire ou de l'environnement ou plus généralement du « développement durable ».

Il en résulte dès à présent un système administratif et financier complexe pour imposer ces règles étrangères au marché, pour en évaluer les coûts et pour organiser leur prise en charge, dans des conditions qui ne créent pas de handicap pour le ou les gestionnaires de prestations résultant des obligations d'intérêt général. Ce système paraît devoir être permanent, mais pas forcément toujours à la charge d'un organisme spécialisé de régulation.

Je vais poser une question en forme d'alternative. Doit-on dire que la régulation a pour objet d'assurer la concurrence sauf à préserver certaines règles de service public, ou doit-on dire que la régulation a pour objet d'organiser ce service, la concurrence n'étant qu'une des façons de l'assurer ? Les réflexions sur la régulation me paraissent inciter à méditer la réponse qui doit être donnée à cette question.

Marie-Anne Frison-Roche — Vous avez parfaitement posé l'enjeu théorique et pratique de la régulation, recoupant ici l'opposition entre la conception française et la conception communautaire : qui, du marché ou de l'organisation a-concurrentielle est le principe ou l'exception ? La théorie contribue à la réponse, suivant que l'on

place la satisfaction ordinaire de l'intérêt général plutôt du côté de l'ajustement des libres offres et demandes ou plutôt du côté de la puissance organisatrice de l'État. La pratique souligne l'intérêt de la question, parce qu'en droit les principes s'interprètent largement et les exceptions restrictivement, parce que le silence des textes implique l'application des principes et le rejet des exceptions, etc. Dès lors, loger la concurrence soit dans le principe soit dans l'exception conditionne la possibilité ou non d'adopter des organisations non entièrement soumises à la liberté du marché concurrentiel, le droit de distribuer ou non des droits exclusifs, etc. C'est pourquoi les querelles de mots peuvent être cruciales et l'on peut estimer rétrospectivement que la France a eu raison de lutter contre le vocabulaire même de la Commission européenne, cela a contribué à l'assouplissement de la doctrine de celle-ci en la matière. Il y a donc place et pour la concurrence et pour ce qu'il est convenu d'appeler le service public.

Ce sont les travaux des économistes — Jean-Yves Chérot se réfère à ce qu'il désigne comme « l'imprégnation de la science économique », montrant la puissance dégagée par la corrélation entre théorie économique et théorie juridique —, des travaux comme ceux de Claude Henry par exemple, qui ont contribué à acclimater l'idée que la régulation est une articulation entre le principe de concurrence et le principe de non-concurrence. Les deux fonctionnent en même temps dans un secteur. Il est vrai que l'on retrouve le couple de la concurrence comme principe et de la non-concurrence comme exception mais il ne s'agit plus d'éradiquer les organisations a-concurrentielles, il s'agit de mettre de la concurrence partout là où l'équilibre du système ne requiert pas qu'il en soit différemment. La régulation devient alors le très difficile exercice de synthèse faisant tenir ensemble les segments de concurrence et ceux gouvernés différemment. Cela suppose une emprise globale du secteur, permettant l'absence de lacune et une prévention des effets pervers engendrés par cette corrélation difficile entre les deux principes. L'expérience de la crise californienne a montré les catastrophes engendrées par un manque de régulation globale. L'affaire Enron, rattachée sans doute en partie à la première, en est une nouvelle leçon.

On aboutit donc à un équilibre dans la concurrence et la non-concurrence sur un même marché. Mais les conséquences du rapport entre le principe et l'exception continuent d'agir. En effet, qu'il s'agisse d'apprécier les marges accordées aux États dans l'organisation de leur économie ou d'évaluer la licéité des comportements d'entreprises, celui qui s'abrite sous la concurrence n'aura pas à justifier le texte ou l'action, tandis que celui qui pose ou agit sous un autre principe devra se justifier. Ainsi, la charge de preuve est sur le second, tandis que le premier en est dispensé au titre de la normalité. Cette charge est considérable. Mais il est vrai que, comme le souligne Jean-Yves Chérot, la réinsertion du formalisme permet bien des jeux entre principe et exception, espace dans lequel la liberté politique des États se glisse de nouveau.

Valérie Arekian, A.T.E.R. à l'Université de Lille II — Ma question s'adresse à M^{me} Frison-Roche ou à M. Chérot. Compte tenu du sens qui a été donné à la notion de régulation tout à l'heure par M^{me} Frison-Roche, je souhaiterais savoir si la notion de régulation est réductible à la notion d'autorité administrative indépendante ou au contraire est-ce que la notion de régulation est une notion qui pré-existe justement à l'apparition de ces autorités ?

Marie-Anne Frison-Roche — On peut en effet soutenir que l'autorité de régulation n'est pas une condition nécessaire d'un droit de la régulation. On s'accordera préalablement sur le fait que l'autorité de régulation ne doit pas obligatoirement se couler dans la forme d'une institution administrative. Exemple peut être pris du Conseil des marchés financiers, autorité professionnelle, personne morale de droit privé, dont personne ne doute du statut d'autorité de régulation. La question est plus difficile concernant la qualité d'indépendance, consubstantielle du régulateur. Cela est acquis.

Il ne faut pourtant en déduire trop rapidement que l'autorité de régulation doit être indépendante du gouvernement. En effet, sous l'indépendance du régulateur, c'est la vertu de l'impartialité qui est visée. Cette impartialité est compromise par le fait qu'une entreprise publique entre en concurrence avec d'autres opérateurs, tandis que le gouvernement pourrait user de son pouvoir de régulation pour favoriser cette entreprise dans laquelle il a directement des intérêts financiers. S'il fallait dégager une règle princeps, cela doit être celle du non-cumul régulateur/opérateur. C'est pour cela que l'autorité de régulation doit être indépendante du gouvernement du fait des intérêts patrimoniaux de l'État dans un des opérateurs en concurrence. Mais le raisonnement inverse est aussi fort : si l'État n'avait pas de tels intérêts, alors il pourrait conserver le pouvoir de régulation du secteur. Ainsi, si E.D.F. avait été entièrement privatisée, la régulation aurait pu être conservée à une administration centrale. C'est parce que la libéralisation ne s'accompagne généralement pas d'une privatisation totale qu'on aboutit à l'exigence d'une autorité de régulation indépendante du gouvernement.

Si l'on prend d'une façon plus frontale votre question, il s'agit de savoir si l'autorité de régulation est un indice d'un secteur régulé, d'un droit de la régulation, ou bien une condition. La réponse n'est pas évidente. Peut-on considérer qu'un juge pourrait suffire pour exercer un office de régulation ? Le droit des sociétés entrerait alors dans le droit de la régulation. Certes, le mouvement est dans ce sens du fait de l'emprise grandissante de l'autorité de régulation du marché des instruments financiers hors du cercle des sociétés cotées, le droit des sociétés non-cotées s'imprégnant de plus en plus des conceptions émises par la C.O.B. Mais l'hypothèse examinée ici est plus radicale : à supposer qu'un corps de règles reste hors de portée d'un régulateur, peut-on encore prétendre l'intégrer dans un droit de la régulation ? Je ne reprendrai pas ici mes propos d'introduction. Il s'agit juste ici de souligner qu'il est tentant d'affirmer que le juge pourrait être le régulateur des rapports de force. Mais d'une part, renvoyant ici aux travaux du Forum de la régulation de Sciences-Po relatifs aux rapports entre les régulateurs et les juges, le juge est par nature démuné de pouvoirs propres de régulation, comme l'attribution d'autorisation ou la fixation a priori de prix. D'autre part, où arrêter le droit de la régulation ? Car ce qui est dit pour les rapports entre actionnaires et dirigeants peut être aisément transposé aux relations entre parties au contrat. À la réflexion, et sans vouloir apporter véritablement réponse, c'est-à-dire sans prétendre clore un débat qui n'a encore pris sa mesure, ce qui caractérise le droit de la régulation, ce n'est peut-être pas l'existence d'une autorité de régulation, laquelle ne serait donc qu'un indice et non un critère, mais le fait que le droit, et des institutions instituées par lui à cette fin, prétend construire une organisation économique, et non seulement la surveiller ou la préserver. Le plus souvent, c'est une autorité de régulation qui reçoit cette mission, mais l'on peut concevoir le droit constructeur d'un marché non simplement concurrentiel sans une autorité sectorielle spécifique. Ainsi et en cela, le droit communautaire est un droit de la régulation, parce qu'il a été conçu pour construire le marché intérieur européen.

Pierre Bézard — On essaye de définir ce qu'est la régulation et il y a plusieurs définitions possibles. Maintenant, quel est l'organe de régulation ? On pourrait, pour répondre à cette question, fixer plusieurs définitions. Il y en a une qui est très large, qui est celle de M. le professeur Schmidt. Et à la limite, si je le suis, je me place dans un autre domaine où il pourrait avoir satisfaction : les procédures collectives. Il y a un objectif fixé, avec toute une hiérarchie : le salarié d'abord. Nous avons le rôle d'un juge extraordinaire, puisque par la prévention, il peut peser très largement sur la vie d'une entreprise, sur son avenir, et finalement, par un rôle assez répétitif, lorsqu'il est à un grand tribunal de commerce comme à Paris ou dans des grandes villes, il peut construire une jurisprudence régulatrice. Alors, est-il un organe de régulation ? Je suis quand même un peu restrictif, malgré la place que je reconnais au juge, et la place de construction que personnellement j'ai toujours essayé de réaliser avec mes collègues.

Je vois quelque chose de permanent en ce qui concerne l'organe de régulation, avec une mission un peu générale. Donc, je suis plutôt un peu restrictif sur ce plan-là. Pour moi, la régulation passe de plus en plus par l'existence d'un organe administratif permanent de régulation. Et je suis convaincu qu'il y a, à l'heure actuelle, une tendance, peut-être même une dérive, à multiplier ces organes de régulations, qui sont très utiles et très importants, mais qui, à la limite, risquent d'introduire plus de règlements qu'il n'y en a jamais eu. L'exemple du droit des sociétés est très parlant. J'ai fait partie de la C.O.B., et je crois beaucoup à cet organisme, de même que M. le conseiller maître Delion. À un certain moment, il y avait presque une tendance de la C.O.B. de contrôler tout le droit des sociétés cotées, en droit, c'est-à-dire d'introduire une réglementation, à laquelle serait attaché des sanctions. Après tout, c'est peut-être envisageable, mais on n'aurait plus de libertés. Regardez ce qui se passe en matière de S.I.C.A.V. et fonds communs de placements : l'organe de régulation en est où ? Pour la protection des investisseurs, il contrôle la constitution, et tout le fonctionnement de ces organismes. Donc, la régulation est une bonne chose, mais finalement, est-ce que cela va vers une certaine souplesse ou vers une plus grande réglementation... ? Il faut bien se poser le problème. Il y a un risque que la régulation aboutisse à une réglementation encore plus lourde que jamais.

Nathalie Dostert, Commission de régulation de l'électricité — Monsieur, je voulais réagir à ce que vous venez de dire car je crois qu'un des soucis de l'autorité de régulation, ce n'est pas de faire plus de droit, ce serait plutôt d'en faire mieux. En matière d'électricité, on se trouve confronté à un fouillis innommable de textes qui s'appliquent à l'électricité. Et le réflexe de l'autorité de régulation aujourd'hui n'est pas de dire : nous, régulateurs, nous allons créer une règle de droit. On est très très loin de cette démarche là. Notre démarche consiste plutôt à essayer de rationaliser. Cela passe par une meilleure interprétation des textes, et par une proposition de clarification de ce que l'administration peut produire. Donc, je tiens vraiment à dire brièvement que l'Autorité que je représente aujourd'hui ne crée pas du droit mais essaie de faire du droit de manière un peu plus claire. Ainsi, la loi de 2000 prévoit des décrets d'application, ces décrets sont préparés par l'administration, et le rôle de la C.R.E. aujourd'hui est d'y apporter, sans jeu de mot, une lumière, et d'essayer de faire en sorte que tout cela soit d'application plus simple pour les utilisateurs finaux des marchés. La C.R.E. est constituée aussi de juristes qui essaient de faire leur métier de manière intelligente, avec des économistes et des techniciens, de telle manière que les règles de droit s'appliquent de manière tout à fait efficace sur le marché. Ce que je voulais donc vous dire, c'est vraiment de lutter contre l'idée de toujours plus de droit, car un certain nombre de juristes s'insurgent contre toujours plus de droit, parce que quelque part ce n'est pas forcément du bon droit.

Pierre Bézard — Je ne m'en prends pas à l'organe régulateur de l'électricité. Je veux bien vous suivre car je ne connais pas vos pratiques. J'ai vécu huit ans dans un des premiers organismes de contrôle financier, qui est la C.O.B., dont j'étais chef de service juridique, puis membre du collège : la C.O.B. a fait un très bon travail que tous apprécient, notamment sur le plan de la protection de l'épargne. Mais il y a toujours pour tout organisme, un risque de dérive et ce qui est bon au départ peut conduire à plus de papiers et à plus de contraintes. Je ne dis pas que c'est ce que vous allez faire, mais je dis que tout est possible : il y a toujours des perversions dans toutes les démarches. On a parfois l'impression de faire du bon droit, et finalement, face aux réalités, on en fait du moins bon. Ceci dit, je fais partie des juristes qui après avoir beaucoup songé et avoir eu dans un premier temps des réflexes hostiles en ce qui concerne le cumul des pouvoirs dans certains organismes, ont évolué. Pour des raisons d'efficacité, il faut des organismes dotés de pouvoirs importants mais dont ceux-ci ne doivent pas abuser. La justice doit être à cet égard très attentive au respect des normes...

Marie-Anne Frison-Roche — Effectivement, un organe de régulation doit avoir des pouvoirs multiples et cumulés. À ce titre, le pouvoir de créer du droit est essentiel. Il peut être explicitement conféré à l'autorité par les textes mais aussi exercé de fait par l'autorité. Il ne faut pas s'en offusquer, parce que la régulation du secteur le requiert, et la sécurité juridique requise pour les anticipations des opérateurs est à ce prix. Certes, comme l'a souligné M^{me} Nathalie Dostert, cette sécurité est servie par le travail de clarification de l'état des règles. C'est le régulateur comme scribe... Mais la description de l'activité de la C.R.E. en matière juridique a été trop modestement opérée ! On doit au contraire mettre à son crédit une grande inventivité juridique, une volonté certaine d'innover et d'élaborer des solutions adaptées aux besoins du secteur, dans des lectures très audacieuses des textes. On peut se référer ici à sa décision du 6 septembre 2001 à propos des marchés spot de l'électricité. Ainsi, la C.R.E. semble avoir un rapport au droit plus audacieux non seulement par rapport à des agents classiques mais encore comparée à d'autres autorités de régulation, comme l'A.R.T. Si on en cherche l'explication, cela peut tenir au fait que les deux autorités sont en charge d'ouvrir le secteur à la concurrence mais que celle-ci est beaucoup moins aisée en matière électrique qu'en matière de télécommunication. L'autorité doit alors assumer un forçage plus grand de l'ouverture à la concurrence et cela peut légitimement passer par un forçage des textes. Dès lors, lorsque la balance doit être faite entre la lettre des textes et la hiérarchie des normes d'une part et la mission du régulateur et l'impératif d'ouverture effective à la concurrence d'autre part, l'autorité a tendance à privilégier le second. L'esprit du droit de la régulation, proche en cela du droit de la concurrence, l'y incite.

David De Roy, référendaire près de la Cour de cassation en Belgique, et chercheur à l'Université de Namur (Centre de recherches informatique et droit) — Il me semble, sur la base des exposés de ce matin, qu'on peut classer en deux catégories les hypothèses dans lesquelles un mécanisme de régulation va être envisagé. La première catégorie est celle dont nous avons entretenu M. Chérot : un marché (ou un secteur) sur lequel est assurée l'offre d'un service d'intérêt général est voué à une certaine libéralisation, alors qu'il était traditionnellement monopolistique ; en dépit de cette libération, doit rester intact le souci d'offrir un service d'intérêt général digne de ce nom. L'introduction du mécanisme de régulation est donc liée, dans une large mesure, à la connotation d'intérêt général du service ; il faut en quelque sorte trouver un équilibre entre les préoccupations de service public et la réalité concurrentielle des marchés sur lesquels ce service est offert. La deuxième catégorie d'hypothèses dans lesquelles on peut introduire un mécanisme de régulation vise celles où l'on va, non pas chercher l'organisation optimale d'un service d'intérêt général, mais plutôt rencontrer des préoccupations, certes d'intérêt général, mais en ce que celui-ci, dans une dimension peut-être plus morale — pour rejoindre ici l'analyse de M. Delion — visera, par l'introduction d'un mécanisme de régulation, à prévenir certains risques que feraient courir des interventions anarchiques, notamment sur les marchés financiers. S'agissant plus particulièrement de cette deuxième catégorie d'hypothèses, et au risque d'apparaître comme iconoclaste ou briseur de rêves, je souhaiterais poser la question suivante : la régulation n'est-elle pas une forme innovée, peut-être mise au goût du jour, de la police administrative traditionnelle ? M^{me} Frison-Roche, fort rompue à cette problématique, bondira peut-être en entendant la question, mais ne pourrait-on pas dire que — là où les procédés autoritaires de police administrative apparaissent parfois comme surannés et en contradiction avec l'image que les pouvoirs publics veulent donner de leurs relations avec les acteurs sociaux — les modes d'action administrative paraissent devoir être rafraîchis et que la régulation procéderait de cette évolution et constituerait, de ce point de vue, une alternative à la police administrative ?

Marie-Anne Frison-Roche — L'une des raisons pour lesquelles j'aurais du mal à suivre cette présentation du droit de la régulation comme une simple rénovation de

l'action administrative, vient du fait qu'on continue alors de confiner la régulation dans le droit public. Or, vous conviendrez qu'adopter encore la distinction du droit public et du droit privé comme *summa divisio* ne profite pas au droit économique et entrave son épanouissement en droit français. Plus encore, cette conception rapproche la régulation d'une forme moderne de police administrative, intervention toujours observée lorsque des déséquilibres menacent, en cas de pénurie par exemple. Ainsi, la régulation financière et la police des grains seraient encore de même nature. Mais là aussi, c'est concevoir la régulation sur une opposition trop forte entre l'intérieur et l'extérieur, puisqu'il s'agirait d'une intervention par l'extérieur opérée par contrainte directe sur le mécanisme interne d'un secteur. Cela repose encore sur l'idée implicite que des intérêts privés doivent être infléchis par une force extérieure, incarnant l'intérêt général. Le droit de la régulation repose sur une porosité bien plus grande entre l'intérieur et l'extérieur, l'autorité de régulation s'insérant dans le secteur lui-même et la hiérarchie des intérêts et des missions n'étant plus le socle de légitimité de l'action publique. Enfin, la police administrative ne vise traditionnellement que des actions ponctuelles et violentes, alors que les sanctions et les contraintes ne sont qu'une des façons dont la régulation s'exerce, en interaction avec des moyens plus paisibles et plus continus, basés essentiellement sur l'information. Il me semble donc que le droit de la régulation ne peut se réduire à une forme modernisée de la police administrative.

Jean-Yves Chérot — Je pense que c'est vraiment une très importante question que celle de la comparaison entre la régulation et la police administrative. Ma première réaction irait plutôt dans le même sens que celle de M^{me} Frison-Roche, c'est-à-dire que cela ne me semble pas relever forcément du même concept. Il faudrait comparer la police des grains et la régulation. La régulation, c'est le contexte de la mondialisation, d'autorités qui semblent peu s'imposer. La police des grains, c'est un contexte vraiment purement national ; en plus, on considèrerait que les grains, ce n'était pas une marchandise. Il n'y avait pas de marché. Le roi était le responsable, en quelque sorte, de la nourriture de son peuple. Et donc, par conséquent, il ne fallait pas du tout laisser le marché fonctionner dans ce domaine. C'était une autre idéologie, on est sous l'Ancien régime. Il y a un magnifique ouvrage de M^{me} Catherine Larrère, une historienne, sur « L'invention de l'économie au XVIII^e siècle » qui montre justement que les grains, ce n'était pas dans l'économie, et c'est pour cela qu'il y avait une police. La police a d'ailleurs un pouvoir discrétionnaire, ce que n'a pas l'autorité de régulation. La régulation, c'est un droit à texture ouverte, mais ce n'est pas un pouvoir discrétionnaire. Il faudrait travailler aussi sur la notion de pouvoir discrétionnaire, car il y a plusieurs façons de le concevoir. Il y a une façon au sens faible, c'est effectivement interpréter du droit ; on a un pouvoir de jugement sur le droit et on fait ce que fait la C.R.E. pour la création du marché du négoce de l'électricité sous une forme d'interprétation de la loi et non pas sous une forme de pouvoir discrétionnaire. Et il y a le pouvoir discrétionnaire au sens large, où là effectivement la loi laisse décider ; la décision de l'autorité administrative intervient sans texte, sans condition légale. Et moi, je serais plutôt tenté de penser que ce n'est pas la même chose.

Gilles Amédée-Manesme, avocat à la Cour — Ma question est assez pragmatique mais elle se situe tout à fait dans le prolongement de tout ce qui a été dit. Si je regarde une affaire qui a intéressé plus particulièrement certains d'entre vous ici, l'affaire Legrand-Schneider, finalement, on a une autorité de régulation dont le juge a dit qu'elle n'avait pas su ou qu'elle n'avait pas pu, dans l'espace de temps nécessaire, effectuer réellement son travail. Et comme il y a des enjeux financiers absolument considérables, qu'il y a quand même toute une part de psychologique dans ces grandes opérations et abstraction faite de ce qui s'est passé ensuite avec la concurrence, les préjudices peuvent être extrêmement importants, surtout lorsque l'on touche l'objet social dont le professeur Couret nous a parlé tout à l'heure. Et la question que je pose est extrêmement simple : quelle est la responsabilité des organes de régulation ?

Alain Couret — Tout d'abord, c'est un sujet qui, je crois, doit être traité cet après-midi. Mais je pense qu'en l'espèce, chacun avait fait son travail à sa manière et j'ai du mal à voir sur quel fondement pourrait être recherchée la responsabilité, notamment du C.M.F. Alors, là-dessus pourrait s'ajouter une faute, bien entendu, mais en l'espèce, chacun a assumé ses responsabilités, chacun était libre de ses choix, et chacun a décidé souverainement en se fondant sur sa propre droiture, et donc je vois mal sur quel fondement les partenaires pourraient ici demander réparation.

Petites affiches

Le rendez-vous quotidien des professionnels du droit

■ 5 FOIS PAR SEMAINE

- *doctrine, notes et chroniques* rédigées par des universitaires de renom et les meilleurs praticiens du droit,
- *l'actualité professionnelle et législative,*
- *les Dossiers de l'Europe* pour comprendre les grands débats de la construction européenne,
- *les numéros spéciaux* font régulièrement le point sur une question d'actualité ou un débat juridique,
- *les informations légales* pour suivre la vie juridique des sociétés,

■ EN LIGNE Téléchargez le journal du jour sur www.petites-affiches.com et retrouvez :

- *l'original du cahier d'annonces légales* et suivez directement la vie des sociétés.
- *les 10 dernières parutions,*
- *les numéros spéciaux,*
- *les Dossiers de l'Europe,*
- *les hors-série*



LES ARCHIVES DE LA RÉDACTION EN LIGNE

- *les archives* pour mener vos recherches directement en ligne. Grâce à des mises à jour régulières vous bénéficiez d'un fonds documentaire réactualisé en permanence.

NOUVEAU

■ 1 CD ROM ANNUEL =

STOCKER, TROUVER, IMPRIMER :

- Support d'archivage et outil de recherche, il comprend :
- *plus de 6000 articles de doctrine,*
- *toute la jurisprudence* du Quotidien Juridique, depuis 1994
- *le mode de recherche «full-text»* et une ergonomie soignée offrent un accès facile et une exploitation pratique des informations publiées.



PCNH - 03/2002 GRAPHIR & B. DOMANCE

Petites affiches
LES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIÉS

SERVICE DIFFUSION : 2, RUE MONTESQUIEU 75041 PARIS CEDEX 01
TÉL. : 01 42 61 88 00 - FAX : 01 42 92 03 91
e mail : diffusion@petites-affiches.com



LES REPÈRES DU DROIT DE LA RÉGULATION

APRÈS-MIDI

M^{me} Frison-Roche nous disait ce matin que « la pensée française aime le beau droit ». Je n'ai pas compris si c'était ironique ou pas, mais en tout cas, cela me rappelle avec une certaine nostalgie le droit d'autrefois : comme il était facile d'étudier, et éventuellement d'enseigner, le droit voici une trentaine d'années. Ce que l'on appelait l'interventionnisme économique était le fait de la puissance publique, et s'exprimait par des actes administratifs : soit par des actes administratifs unilatéraux, c'était notamment le pouvoir de l'État de police et de réglementation, soit par des actes bilatéraux, des contrats. Seuls l'État et les collectivités locales étaient à l'origine de la réglementation, sous réserve de quelques entorses localisées, depuis l'arrêt Montpeurt avec la prolifération des comités d'organisation, puis des contrats de plan, etc. Seules les collectivités publiques, État, collectivités locales, établissements publics avaient qualité pour passer des contrats administratifs. Nous sommes maintenant bien loin de cette belle architecture.

Le concept de régulation, bien qu'identifié dès 1460, n'était pas il y a une trentaine d'années entré dans le langage juridique, encore qu'il existât dans le langage courant. Si on se réfère aux dictionnaires de l'époque, la régulation c'était et c'est toujours le fait « d'agir sur un système complexe et d'en coordonner le fonctionnement ». Il n'est pas absolument sûr que cette définition soit transposable en matière juridique parce que le fait d'agir sur un système complexe, implique que le régulateur est un acteur qui intervient d'une manière décisive ; or ce n'est pas toujours le cas, nous le savons bien : coordonner le fonctionnement accuse cette impression de centralisation, d'autoritarisme que justement le concept de régulation veut éviter. En tout cas, nous vivons aujourd'hui — la séance de ce matin a contribué à déciller les yeux de ceux qui n'y croyaient pas — dans le monde de la complexité et du polycentrisme, pour ne pas parler de l'internationalisme. Il faut s'en réjouir, mais en tout cas, c'est un fait que l'analyse juridique n'est pas simplifiée et le bon vieux temps du doyen Vedel, auquel faisait allusion notre présidente tout à l'heure, le bon vieux temps de André de Laubadère qui disait, de manière beaucoup plus claire que moi, qu'il n'y avait que deux modes d'intervention, l'unilatéral et le bilatéral, est révolu... encore que l'on puisse peut-être trouver chez Pierre Delvolvé quelques vestiges de cette conception.

Tout en mesurant l'honneur de présenter et présider cette seconde partie du colloque, je me demande quand même qu'elle est ma légitimité pour vous entretenir. En dehors de ces souvenirs un peu nostalgiques, j'ai quelques doutes en effet sur l'autorité, la légitimité du président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés pour parler dans un colloque qui tourne autour du problème de la régulation économique. Il n'y a rien qui concerne la C.N.I.L. dans la loi dont vous avez abondamment parlé ce matin. Le mot régulation n'est pas utilisé par la loi du 6 janvier 1978 et ne sera pas davantage utilisé, pour autant que le Sénat suive l'Assemblée nationale, dans le projet de loi qui a été adopté la semaine dernière par l'Assemblée nationale. Enfin et surtout, on peut se demander si un organisme chargé d'après la loi de défendre les libertés publiques et privées, peut réguler. Est-ce que notre rôle, qui est un rôle de défense des libertés, peut autoriser l'idée d'une régulation, alors que tout ce qui concerne la liberté est d'abord du domaine de la loi et des principes généraux et fondamentaux garantis par la Constitution, et alors même que l'idée de régulation implique que l'on puisse jouer avec le mécanisme que l'on entend réguler, alors que l'on ne peut pas jouer avec les libertés ? Il est donc permis de se demander si la C.N.I.L. est bien une autorité de régulation et si son président peut avoir quelque crédit à vos yeux ? Par ailleurs, la C.N.I.L. n'est pas un organisme qui ait un champ d'action sectoriel, pour reprendre les propos qui ont été tenus ce matin. En effet, il ne faut pas croire que l'informatique est un « secteur » aux yeux de la C.N.I.L.

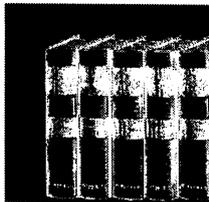
Nous sommes compétents certes pour faire en sorte que le curseur entre les vastes possibilités de l'informatique et les libertés soit ajusté dans des conditions qui nous paraissent satisfaisantes, mais l'équilibre que nous recherchons concerne aussi bien la surveillance des employeurs sur les lieux du travail (qui a donné lieu à une délibération que nous avons prise hier) que la connexion à internet (avec notamment la durée de conservation des connexions) ; cela concerne les fichiers de santé, les fichiers de consommateurs et toute la grande matière de la licéité du recueil de données personnelles dans le commerce électronique ; cela concerne le sujet, très important également, des listes noires, des fichiers positifs que les banques, les assurances et quelques autres voudraient recueillir sur les habitudes de chacun d'entre nous, et surtout de ceux d'entre nous, il y en a peu ici, qui sont des mauvais payeurs ou qui peuvent être considérés comme devant être des mauvais payeurs ou de mauvais emprunteurs. Il s'ensuit que nos champs de compétences s'exercent dans la plupart des « secteurs » économiques, et que nous ne pouvons complètement récuser ce caractère d'organe régulateur.

La C.N.I.L. est une autorité qui intervient avec un faible pouvoir réglementaire, sans pouvoir de sanction pour l'instant — la future loi va sûrement nous en donner un — dans tous les domaines de la vie économique et sociale, et j'ajouterai aussi de la vie politique. Et pourtant, nous sommes certainement une autorité administrative indépendante. C'est d'ailleurs la première fois, tout le monde le sait ici, qu'en 1978 le législateur a donné ce qualificatif à une institution de la République. C'est un organe permanent qui n'a donc pas les caractères décrits tout à l'heure de fugacité ou de fugitivité. Les concepts qu'elle utilise relèvent bien d'une certaine manière de la régulation : le principe de finalité par exemple, que nous appliquons tous les jours — à quoi sert un traitement informatisé ? — ; le principe d'information généralisée de tous ceux qui figurent dans des fichiers, et qui peuvent éventuellement demander leur radiation ; et surtout le principe de proportionnalité que la C.N.I.L. n'a pas inventé mais dont elle fait une application quotidienne. Tout cela relève bien, me semble-t-il, de la mécanique intellectuelle de la régulation. J'ajouterai également que la Commission a un caractère somme toute très représentatif des différents secteurs d'opinion, avec ses 17 membres, un collège considérable en nombre — et évidemment en qualité. Ce collège est assez représentatif d'intérêts divers qui s'expriment en cours de séance, non publiques mais dont les procès-verbaux sont publics, et où, pendant de longues heures, toutes les opinions se confrontent beaucoup plus clairement et franchement que dans un cabinet ministériel.

Vous avez compris à ces quelques propos introductifs que la C.N.I.L., comme bien d'autres autorités administratives indépendantes, est à la recherche de ses repères. C'est bien de ces repères du droit de la régulation dont les différents intervenants vont vous entretenir : Lucien Rapp, professeur à l'Université de Toulouse, sur le droit public, l'économie et la régulation, M^{me} de Guillenchmidt, qui évoquera la question du sectoriel et du général dans le droit de la régulation, Alain Seban, mon collègue au Conseil d'État, qui parlera des formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation, Jean Marimbert, directeur général de l'A.R.T., qui parlera de l'office des autorités de régulation.

Michel GENTOT

Président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés



LE DROIT PUBLIC, L'ÉCONOMIE ET LA RÉGULATION : L'EXEMPLE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

LUCIEN RAPP

Professeur agrégé de droit public
Université des sciences sociales de Toulouse (Université Toulouse 1)
Avocat au Barreau de Paris

1. Fable ou comédie : au seuil de cet exposé, l'on hésite sur le genre. Son intitulé sonne comme celui d'un fabliau et l'on verrait bien ici : « Le chat, la belette et le petit lapin », si l'on n'avait quelques difficultés à répartir les rôles : qui est le chat, qui fait la belette et quel est, des trois, le petit lapin ? À moins que cet intitulé n'évoque la mécanique des pièces de boulevard, où l'amant se dissimule dans l'armoire, pendant que la femme donne le change à son mari. Posons la question d'entrée de jeu, fût-ce au risque de choquer : le droit public, mari fidèle, devrait-il être content, s'il est prétendu par ailleurs qu'il est cocu et battu ?

2. Car c'est ainsi que l'on présente généralement la morale de cette histoire, quel qu'en soit le genre : les transformations récentes — et pour une large part, pendant — du droit public ne seraient que le masque du déclin de son influence, hier encore dominante ; qu'il s'agisse :

— du droit constitutionnel ; il s'empêtrerait dans l'organisation hiérarchique de l'État, incompatible avec le fonctionnement d'une économie décentralisée ;

— du droit administratif ; son juge, d'abandon de compétence en revirements de jurisprudence, n'en finirait plus d'aller à Canossa pour mieux épouser les contours de l'économie ;

— des droits financier et fiscal ; l'un et l'autre n'ont jamais eu bonne presse, y compris au sein de l'administration elle-même, plus prompte aux démembrements et aux débudétisations, ancêtres de nos privatisations actuelles qu'au

respect de règles réellement contraignantes.

Pourtant, on voudrait montrer que cette explication est un peu courte et pour ainsi dire, commode, au sens où elle arrange les thuriféraires du « sans État », ce nouveau credo anarchisant. Non seulement les disciplines du droit public ont encore quelques jours devant elles, mais rien ne permet d'anticiper que ceux-ci ne soient pas de beaux jours. Cela, même si l'on parle d'économie et si se met en place un nouveau concept et peut-être, une nouvelle discipline, ceux de la régulation et de son droit.

3. C'est peu dire que le droit public s'est transformé au cours des dernières années. Il a réalisé une véritable mutation, notamment dans ses relations avec l'économie dont rendent compte les contours nouveaux du secteur public et ses modes de fonctionnement actuel, particulièrement dans le domaine des industries dites réglementées, encore appelées « industries de réseaux ».

— Aux cinq monopoles dont E.D.F., établissement public national pouvait encore se prévaloir il y a peu (monopoles de la production, du transport, de la distribution, de l'importation et de l'exportation de l'énergie électrique) tend à se substituer une situation de marché, certes naissante, mais appelée à prendre de l'ampleur dans les années qui viennent (1). La création d'une bourse de l'électricité, événement dont on peut regretter qu'il n'ait pas davantage retenu l'attention des juristes en raison de sa nouveauté, donne la mesure des bouleversements considérables, réalisés, dans ce secteur d'activité, au cours des derniers mois.

— Dans le secteur des télécommunications, le monopole cent cinquantaire de l'administration a cédé en quelques années. Et si France Telecom, n'est plus aujourd'hui qu'un « opérateur historique », cette expression ne doit surtout pas laisser penser que l'entreprise actuelle est restée figée sur les pratiques ancestrales de l'administration dont elle est issue. Comme les autres opérateurs historiques européens et peut-être mieux que beaucoup d'entre eux, il a su négocier le cap de l'ouverture du secteur à la concurrence et conservé la plupart de ses positions. On verra même qu'aujourd'hui, en dépit de son endettement et de quelques opérations que l'on pourrait regretter, cet opérateur historique ne s'est jamais si bien porté, au point qu'il confisque à son profit exclusif, dans la boucle locale filaire, le marché de l'accès haut-débit et par là-même, les bénéfices attendus de la libéralisation du régime des activités de télécommunications : l'abaissement des tarifs, la diffusion rapide du progrès des techniques, l'amélioration du service fourni au client.

— Le secteur des transports a fait sa mue depuis plusieurs années. Il faut reconnaître qu'il n'a jamais été, hormis les exceptions des transports ferroviaires et aériens, sous le contrôle étroit de la puissance publique : le transport routier est ouvert à l'initiative privée dès l'origine, comme le transport maritime et si le transport ferroviaire est encore une affaire publique, le transport aérien vit à l'heure de la post-libéralisation (c'est-à-dire des concentrations qui préparent peut-être de futures nationalisations).

(1) Sur la mise en place de la loi du 10 février 2000, v. notamment : La loi du 10 février 2000. Un an après l'installation de la régulation du marché électrique, Le point de vue de Thierry Tuot, Directeur de la Commission de régulation de l'électricité, C.F.E.G., février 2001, p. 51.

Il n'est pas jusqu'au postier, figure emblématique du service public, qui apprend le commerce et privatise son patrimoine immobilier, à la faveur d'une loi récente du 11 décembre 2001 (2), le factotum de Maupassant dût-il s'en retourner dans sa tombe.

4. Ne nous y trompons pas pour autant : ce n'est pas que l'économie soit une préoccupation nouvelle du droit public, ni même qu'elle ait aujourd'hui une place plus importante dans ses différentes disciplines. L'organisation de l'économie en temps de guerre fût à deux reprises au moins, au cours du siècle dernier, une véritable affaire. Pas seulement celle des militaires, mais celle des publicistes, qu'ils soient « constitutionnalistes », « administrativistes » ou « financiers ». Et l'on a du mal à oublier que l'un des premiers manuels de ce que l'on appelle aujourd'hui selon les auteurs « Le droit public de l'économie » ou « Le droit public économique » est celui du regretté président Bernard Chenot, publié en 1965 (3).

5. Non : la mutation du droit public est inhérente à celle des institutions publiques et au-delà d'elles, à la transformation de la société elle-même.

6. Voici la reconstruction à la fin des années 50 et avec elle, du fait de besoins immenses de l'économie du pays, les premières formes, dans l'histoire récente du droit public, de la collaboration entre personnes publiques et personnes privées : l'administration se contractualise et si les hommes de doctrine ne s'en apercevront qu'au cours de la décennie suivante, en publiant intensivement sur l'administration contractuelle et le droit de l'aléatoire (4), c'est bien au cours des années soixante

que se sont multipliés les contrats publics ou privés, marquant ainsi le passage d'une ère à l'autre, d'un mode d'expression unilatéral de la puissance publique (l'acte administratif) à celui de procédures de plus en plus négociées.

7. Mais voilà le discours sur la nouvelle société et ce désir de transparence qu'il inocule chez nos contemporains. Il faut reconnaître, sans être nécessairement pascalien, que l'administration était jusqu'alors « un misérable petit tas de secrets ». De grandes lois vont marquer les années soixante-dix à l'endroit desquelles on utilisera même l'expression de droits de l'homme et du citoyen de la « troisième génération » (5) après les droits politiques de 1789 et les droits économiques et sociaux de la Constitution de 1946 : lois sur la motivation des décisions administratives de refus, sur la communication des documents administratifs, sur la protection des données personnelles (6).

8. Troisième étape : l'État à qui se résumait le droit public, apprend, non sans réticences au début des années quatre-vingt, à reconnaître l'existence de collectivités territoriales autonomes, capables de décider de leur destin, si ce n'était que plusieurs siècles de tutelle ne peuvent produire, du soir au lendemain, une classe politique et une fonction publique locales d'exception. L'État décentralise, moins par conviction que par intérêt, voyons-le bien, et pour tout dire par lâcheté, parce que ses caisses sont vides ou que son impuissance est avérée face aux crises qui ont marqué le début de la décennie précédente. Les collectivités territoriales, pense-t-on, sauront trouver le moyen de renouer le dialogue avec le

pays, en se substituant à l'État pour le développement économique et l'aménagement du territoire profond, l'entretien des lycées et collèges ou les décisions d'autorisation de construire.

On a beau jeu de jeter aujourd'hui le discrédit sur les élus locaux et leurs collaborateurs ; c'est entretenir la religion de l'État, à laquelle on a trop souvent sacrifié sous couvert de jacobinisme, et qui ne demande qu'à revenir. Or, cette France centralisée et resserrée sur sa capitale — « Paris et le désert français » (Jean François Gravier) — est de funeste mémoire si l'on songe à toutes ces années d'« État tutélaire prévoyant et doux » pour parler comme Tocqueville (7), c'est-à-dire d'État despote. Autant ne pas le dissimuler : le retour du tout État, au détriment des collectivités territoriales, serait un facteur d'affaiblissement considérable de nos économies.

Parallèlement, l'État apprend à intégrer les exigences que font naître sur sa souveraineté juridique, ses engagements communautaires et notamment l'existence d'un ordre juridique cohérent mais inéluctable, qui le dépasse et qui s'impose à lui, en dépit de tentatives illusoire autour de la notion de « loi-écran », qui établirait une protection nationale.

9. Ce sont enfin les libéralisations des années quatre-vingt dix dans les secteurs concurrentiels, puis dans les secteurs réglementés, dont on retiendra seulement, au-delà de ce qui a été précédemment rappelé, qu'elles installent la régulation — ou son succédané, les « nouvelles régulations économiques » (8) — entre le droit public et l'économie.

(2) Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, J.O. du 12 décembre 2001, p. 19703.

(3) Bernard Chenot, *Organisation économique de l'État*, Dalloz, 1965.

(4) V. notamment, André Hauriou, *Le droit administratif de l'aléatoire*, Mélanges Trotabas, p. 197.

(5) L'expression est du président Guy Braibant.

(6) Sur l'ensemble de ces droits, v. notamment Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, 1991.

(7) *De la démocratie en Amérique 1835-1840*, Paris, Gallimard 1961, T. 1, vol. 2, p. 321.

(8) V. notamment nos observations, in *Les nouvelles régulations économiques*, A.J.D.A. du 20 juin 2001, p. 560.

10. Cette nouvelle venue perturbe-t-elle le couple qui s'était ainsi formé au fil de l'histoire ? Distrain-t-elle le droit public, au point de le corrompre et de l'envelopper, en l'éloignant de l'économie ? Insinue-t-elle dans l'union scellée par les événements, le ferment d'une infidélité nouvelle, façon « Gazon maudit » ?

11. C'est à ces questions que l'on voudrait répondre, très sérieusement. On le fera bien évidemment au-delà des querelles de doctrines. Et, l'on ne dira pas si c'est de « droit public de l'économie » ou de « droit public économique » qu'il convient de parler (9), de « droit public des affaires » (10) ou encore de « droit de la régulation » (11). On le fera également en prenant, à dessein, l'exemple d'un secteur d'activité, celui des télécommunications, qui, outre son intérêt du point de vue de l'évolution récente des relations du droit public, de l'économie et de la régulation, offre l'avantage de permettre des comparaisons transfrontières, toujours utiles et enrichissantes.

12. On montrera ainsi que l'apparition de la notion et du droit de la régulation a pour mérite présent de souligner la plasticité du droit public, qui adapte ses règles aux contraintes de l'économie.

*
* *

13. Comment peut-on encore s'intéresser au secteur des télécommunications ? Le spectacle qu'offre aujourd'hui ce secteur d'activités nouvelles, pourtant hier si prometteuses, est plus que préoccupant. C'est le moins que l'on puisse dire.

14. M. Jean-Michel Hubert, président de l'Autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.) faisait observer, il y a quelques

temps, à l'occasion de la cérémonie de présentation des vœux du collège, qu'en nombre de licences, le secteur avait seulement perdu en une année, vingt opérateurs, pour la plupart étrangers. Mais les observateurs attentifs des industries de télécommunications savent bien qu'il y a les apparences et qu'il y a la réalité. Cette dernière est celle d'un formidable mouvement de concentration qui les traversent actuellement. Il finira bien par conduire le marché, ouvert il y a quatre ans, à une structure oligopolistique, sinon monopolistique. Pour preuve, la boulimie de l'opérateur LD Com, hier transporteur (*carriers carrier* dans la terminologie du métier) et qui est devenu, en quelques mois, le troisième opérateur filaire français, à force de rachats d'entreprises. Encore peut-on s'interroger sur la pertinence d'une stratégie qui le conduit finalement à racheter ses propres clients, c'est-à-dire en dernier lieu, son chiffre d'affaires.

15. On ne dira rien des constellations de satellites en orbite basse ou moyenne qui avaient soulevé tant d'espoir au milieu des années quatre-vingt-dix : ceux d'une ubiquité et plus encore, d'une accessibilité universelles. Ce n'était pas seulement le chef d'entreprise dont on promettait de satisfaire tous les caprices de communication, y compris au milieu des océans et des déserts. C'était les peuples du tiers-monde, laissés pour compte de la révolution des techniques de l'information et de la communication, que l'on allait enfin raccorder au réseau mondial. On ne peut comprendre autrement l'implication de l'Union internationale des télécommunication sur ce dossier, au-delà des conférences mondiales de radiocom-

munications qui furent le théâtre d'affrontements titanesques sur les positions du spectre que les opérateurs devaient occuper. Tous ces opérateurs sont aujourd'hui sous la protection du chapitre 11 de la loi américaine sur les faillites et même pour certains d'entre eux, en voie de dépeçage systématique, y compris en Europe.

16. On n'insistera pas outre mesure enfin sur le fiasco de la téléphonie mobile de troisième génération, plus connue sous le sigle U.M.T.S. Le vice serait ici de continuer à en imputer la responsabilité à des causes extérieures comme si ce dossier ne comportait pas ses propres faiblesses. Il faut ainsi cesser de mettre en cause le calendrier imposé aux États, certes imprudemment par la Commission des Communautés européennes ; il n'est pas seul responsable des difficultés actuelles. Il faut également en finir avec la fausse excuse d'un prétendu lobby des équipementiers ou les guerres pichrocolines entre les tenants des enchères et ceux des procédures d'appel d'offre. Il faut enfin abandonner les arguments naïfs de causes conjoncturelles, prétendument liées à l'éclatement de la bulle financière spéculative des valeurs technologiques aux États-Unis ou même aux tristes événements du 11 septembre 2001. C'est porter atteinte à l'honneur des 3.000 victimes des tours jumelles du World Trade Center que de transformer leur sacrifice en un motif de désastre politico-économique.

17. Les raisons en sont ailleurs, au-delà des erreurs d'appréciation qui ont pu être commises. Elles sont liées à l'économie même des industries de réseau, économie que l'on redécouvre aujourd'hui avec le recul des difficultés qui ont marqué l'année 2001 et que l'on peut s'étonner a

(9) Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998 ; Jean-Philippe Colson, *Droit public économique*, L.G.D.J., 3^e éd., 2001.

(10) *Droit public des affaires*, Lamy, 6^e éd. 2002 (Lucien Rapp et Philippe Terneyre).

(11) Marie-Anne Frison Roche, *Le droit de la régulation*, Recueil Dalloz 2001, n° 7, p. 610.

posteriori qu'autant d'experts aient à ce point méconnues.

18. Voilà en effet des industries à forte intensité capitalistique : elles sont dévoreuses des capitaux nécessaires aux investissements de premier établissement que l'installation de réseaux, qu'ils soient de télécommunications, de transport ou d'énergie, requiert. Tout opérateur de réseau a ainsi le réflexe premier de vouloir/devoir investir dans la construction de capacités, dans l'espoir que cet investissement de départ lui donnera une place dominante sur le marché et sera rapidement à l'origine de profits. Puis vient la phase transitoire : le marché est ouvert, la concurrence s'effectue sur les tarifs, chaque opérateur cherche à maximiser le volume de ses ventes. Dans cette phase intermédiaire, le danger vient de ce qu'étant donné les investissements réalisés en amont, le coût de la dernière unité produite est résiduel et que les opérateurs sont ainsi incités à investir encore, tout en continuant d'abaisser leur tarifs. On perçoit immédiatement la chute : les tarifs sont abaissés au point de ne plus correspondre aux charges fixes ; le prix du billet de transport aérien ne compense plus celui du sandwich que l'on sert à bord. Les profits diminuant, les banquiers et les actionnaires se retirent. L'opérateur concerné est mûr pour une opération de rachat, à moins que ses prédateurs n'attendent patiemment qu'il dépose son bilan. Le piège est automatiquement réarmé, pour de nouvelles victimes.

19. Dans un article récemment paru (12), l'hebdomadaire *Business Week* posait ainsi le problème des politiques de dérégulation en des termes dépourvus d'ambiguïté qui décrivent un

étrange dilemme, comparable à celui des prisonniers : c'est l'innovation contre la stabilité.

— Ou l'on cherche à bénéficier des effets innovants de l'ouverture à la concurrence, en abandonnant le confort d'un monopole, mais il faut alors admettre le prix d'une grande instabilité du marché ; or, cette instabilité est d'autant moins acceptable qu'il s'agit d'industries de réseaux, dont le rôle est essentiel dans le développement tant de l'économie que de la société.

— Ou l'on veut la stabilité de ces industries, pour des raisons tenant à la poursuite de la croissance économique et à l'efficacité des politiques sociales, et l'on doit alors accepter un déficit d'innovation. Il fût un temps où l'on parlait de monopole naturel. La démonstration est différente, mais on n'en est plus très loin.

20. En voudrait-on un corollaire que l'échec de l'ouverture à la concurrence de la boucle locale en France, notamment pour le marché des accès à haut débit, en fournit une illustration pertinente. Elle montre en particulier que les difficultés intrinsèques de l'économie du secteur des télécommunications que l'on vient d'explicitier, peuvent être amplifiées par l'empirisme du régulateur et la stratégie très opportuniste de l'opérateur historique (13).

On va voir en effet que dans un cadre juridique, qui ne permet pas le développement immédiat de solutions alternatives, l'A.R.T. s'est efforcée de gérer au fil de l'eau, les problèmes posés par une transformation complète de l'économie des conditions d'accès au réseau internet par le réseau téléphonique. Elle ouvre notam-

ment un nouvel espace de numérotation et règle les conflits d'interconnexion. Ce faisant, elle détermine une nouvelle architecture des relations entre agents économiques concernés (opérateurs de réseaux, fournisseurs d'accès, transporteurs de données) qui se construit sous la double influence de stratégies industrielles et commerciales opportunistes et des décisions d'arbitrage ou juridictionnelles rendues. Il en résulte une construction empirique aux conséquences multiples (économiques, industrielles, sociales, politiques), toujours considérables, qui illustre tout à la fois l'incidence de la régulation sur les structures et les comportements industriels (il n'y a pas de neutralité de la régulation) et la nécessité d'un système juridique fondé sur des dispositions asymétriques, dans la phase de sortie de monopole (une politique du laissez-faire renforcerait le plus fort).

21. Revenons sur la démonstration. Avec le développement des usages du réseau internet, les conditions d'accès au réseau revêtent une importance déterminante. Les études réalisées par l'Association française des fournisseurs d'accès montre pour la seule année 1999 une croissance très significative du volume du marché de l'accès, en nombre tant d'abonnés que d'heures de connexion (14). Le marché de l'accès croît également en valeur puisque dès l'année 2000, l'on estime le chiffre d'affaires des communications d'accès à 4 milliards de francs sur la base d'un volume de trafic de l'ordre de 25 milliards de minutes, soit une croissance de 100 % par rapport à l'année précédente (15).

Pourtant, cette évolution dont on peut souhaiter la pour-

(12) Peter Coy, *Deregulation : Innovation versus Stability*, *Business Week* du 28 janvier 2002, p. 56.

(13) Pour une autre illustration, v. nos observations, in *The Napsterization of the European Content Industry - A Scenario for 2005*, *Info*, vol. 2 n° 6, décembre 2000, p. 537.

(14) Ces chiffres sont d'autant plus significatifs que la France accuse un certain retard sur les autres pays comme le fait observer le rapport *Abramatic* (J.F. Abramatic, *Développement technique de l'internet*, juin 1999).

(15) Estimation faite par S. Geron et I. Malfait, in *L'accès à internet*, A.R.T., janvier 2000.

suite par ses effets très favorables sur de nombreux plans, notamment économiques, techniques et industriels, se heurte au problème de l'accès à haut débit. Celui-ci peut être posé en des termes qui restent dépourvus d'ambiguïté. Il est impératif, si l'on veut un développement rapide des usages du réseau internet, que les utilisateurs disposent d'un accès à haut débit, sauf à poser d'autres prémisses et à soutenir que le développement du haut débit implique une « éducation » préalable de l'internaute par la généralisation des accès bas-débit (16). Or, l'accès à haut débit implique le déploiement d'infrastructures ou la mise en place de solutions techniques alternatives, qui ne sont pas immédiatement disponibles et ne le seront peut-être pas à moyen terme. Les difficultés rencontrées par la mise en œuvre d'une option de dégroupage de la paire de cuivre sont là pour le montrer.

Les agents économiques concernés (opérateurs de télécommunications, fournisseurs d'accès, transporteurs de données) ont donc cherché à prendre en compte cette difficulté majeure sur un marché ouvert, en adaptant l'économie de leurs relations pour satisfaire une demande réelle d'accès à haut débit à des conditions financières de plus en plus avantageuses pour les utilisateurs. Mais la situation s'est tendue avec l'apparition sur le marché français d'offres d'accès gratuit ou forfaitaire, particulièrement attractives.

22. On peut ainsi dérouler cinq étapes d'un long « martyrologue » (17) :

— Première étape, le constat. Le marché français de l'accès au réseau internet est dominé par l'opérateur histo-

rique, France Télécom, qui en contrôle tous les segments (réseau local, lignes louées, fourniture d'accès, service en ligne, édition de programmes). Le nouveau contexte réglementaire français issu de la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 a certes favorisé l'apparition de concurrents, mais dans le cadre de stratégies de niches, qui conduisent à une segmentation du marché face à la logique généraliste de France Télécom. La tendance d'évolution du marché de l'accès au réseau internet est toutefois liée à l'apparition d'acteurs globaux qui maîtrisent tous les composants du marché (tarifs de communication, coût de l'interconnexion, montant des abonnements).

— Deuxième étape, les tentations. Pour tenter de rééquilibrer le marché de l'accès au réseau internet, l'A.R.T. cherche à mettre en place des solutions techniques alternatives (boucle locale radio, réseaux câbles, internet par satellites). Toutefois, aucune de ces solutions n'est susceptible de proposer rapidement une alternative crédible au réseau téléphonique. Outre le fait que le marché est orienté vers une clientèle à forte consommation de débits, les mobiles sont durablement positionnés sur le marché du bas débit, les satellites souffrent de l'insuffisance de la voie de retour, le câble est limité dans son déploiement géographique, les réseaux alternatifs sont développés dans des zones à forte densité démographique. Raisonnant à court terme, l'A.R.T. fait alors, volontairement ou non, le choix par défaut du réseau téléphonique. Ce choix est conforté par la certitude que le développement de la demande entraînera celui de

l'offre et accélérera l'apparition des technologies alternatives.

— Vient la troisième étape, celle du piège. Le choix par défaut du réseau téléphonique provoque la mise en place de stratégies commerciales empiriques. France Télécom cherche à réduire l'influence de ses concurrents, en saisissant notamment l'opportunité de sa politique de rééquilibrage tarifaire. Ses concurrents s'efforcent de tirer parti des insuffisances du régime de l'interconnexion (interconnexion indirecte) et des opportunités de la numérotation (0860). L'A.D.S.L. devient un champ d'affrontement et fait l'objet de surenchères.

— Quatrième étape, les arroseurs sont arrosés. L'A.R.T. et le Conseil de la concurrence saisis de litige vont rendre des arbitrages dont la portée est loin d'être négligeable. Ce sont tout d'abord les arbitrages historiques concernant notamment l'internet sur le câble, puis les arbitrages relatifs aux offres de France Télécom sur l'A.D.S.L. Très rapidement, l'A.R.T. et le Conseil de la concurrence sont saisis de nouvelles demandes d'arbitrage concernant l'interconnexion qui révèlent les limites de l'efficacité de leurs prérogatives et mettent en cause leur légitimité.

— Cinquième et dernière étape : le piège se referme. Le débat s'enlise et l'économie des conditions d'accès au réseau internet se fige autour du réseau téléphonique. Une telle orientation, si elle se maintient, pourrait avoir pour conséquence d'établir définitivement la domination de France Télécom sur ses concurrents (nous ne sommes pas loin de cette situation) et de reporter dans le

(16) Encore peut-on souhaiter qu'il s'agisse de forfaits illimités bas débit. Sur ce sujet, v. notamment Steve Case, *Pour l'internet illimité*, Le Monde du 9 novembre 2001.

(17) Pour une analyse détaillée de ce processus, v. notamment nos observations, in *L'accès au réseau internet. Aspects juridiques et financiers*, Journées Magistère Juriscope, Poitiers, 16 mars 2001, et in *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, 16^e éd., Paris, 2002 (Michel Vivant, Christian Le Stanc, Lucien Rapp et Michel Guibal).

temps, la dé-monopolisation effective de la boucle locale (faut-il s'étonner que cinq conventions de dégroupage aient été signées à ce jour, alors que l'on comptait quarante-huit opérateurs intéressés, un an plus tôt). C'est à terme le choix du « tout fixe » qui est fait et la condamnation par anticipation de l'alternative mobile aux réseaux fixes sur laquelle on avait pourtant fondé tant d'espairs au cours de l'année 1999.

On prétendra que ce qui précède relève de l'imagination la plus débridée et qu'il n'y a rien de vrai dans ce qui vient d'être décrit. Combien sommes-nous dans cette salle et plus encore dans ce pays, à être des clients satisfaits de France Télécom pour nos connexions A.D.S.L. Les tarifs sont raisonnables, les débits, importants, les délais de raccordement, réduits à quelques heures, les problèmes techniques, inexistantes (comparativement à d'autres médias). « *Last but not least* », la prise en charge téléphonique de l'abonné en déshérence est agréable et efficace : les équipes commerciales et techniques n'ont plus rien à voir avec la standardiste mal embouchée du « 22 à Asnières ».

*
* *
*

23. On fera observer que pour que la démonstration soit convaincante dans la perspective du sujet traité, il faudrait encore que le droit public revienne dans son champ. Il y est totalement. Non seulement, il n'a jamais cessé de l'être, mais il y revient constamment.

Tel est bien l'épilogue du récit que l'on vient de faire.

— En butte à la mauvaise volonté de France Télécom, l'A.R.T. n'a d'autre issue que celle du bras de fer. Les déci-

sions de condamnation se succèdent ; dernièrement, les décisions rendues les 5 octobre 2001, 7 novembre 2001 et surtout 21 décembre 2001, à l'initiative des opérateurs Magic-On-line, Freeserve et U.P.C. Derrière elles, les sanctions pleuvent, de plus en plus sévères : une amende de 5 millions d'euros prononcée par décision du 9 janvier 2002 pour manquement à l'exécution d'une décision de règlement de différend. Mais ce combat peut-il être sérieusement livré par l'A.R.T. ? La loi l'a-t-elle dotée des moyens juridiques de cette ambition-là ? Ils ne sont pas moins de deux experts en situation, le directeur des services juridiques de l'A.R.T. avant son départ et le directeur des services de la Commission de régulation de l'électricité, à confier leur doute sur l'efficacité de cette stratégie dans un numéro spécial de l'Actualité juridique droit administratif (18). Le premier (19) souligne à juste titre la nécessité de « s'interroger sur l'adéquation de cet outil juridique aux finalités d'une régulation sectorielle dynamique, notamment au regard de la pluralité des moyens d'action dont dispose l'A.R.T. pour l'accomplissement de sa mission ». Le second (20), écartant un risque d'enlisement, construit trois scénarii dont deux aboutissent à une dépossession du pouvoir de sanction de l'organe de régulation au profit du juge ou d'une autorité européenne, pendant que le troisième « souhaitable plus que certain, passe par une stabilisation des règles procédurales, une meilleure insertion de la sanction dans la définition des règles de régulation pour rendre plus compréhensible ses motifs et acceptable sa survenance et une responsabilisation de ses auteurs ». Au-delà de ces considéra-

tions, quel peut être l'avenir d'une telle stratégie dans le contexte institutionnel d'un opérateur dont l'État détient le contrôle (54 %), cependant qu'une partie de son capital est coté ? Le débat ne risque-t-il pas d'être biaisé, entre l'organe de régulation et l'opérateur historique, le premier condamné à se prévaloir d'une indépendance qui peut à tout moment lui être chichement comptée, dès lors qu'il s'agit d'une autorité administrative, pendant que le second aura toujours beau jeu de mettre en avant ses liens avec l'État. Il n'est pas indifférent de relever sur ce point, l'attitude actuelle du président de France Télécom, hier si favorable à l'émancipation de son entreprise et qui est aujourd'hui le seul dirigeant d'industrie de réseau à affirmer que la privatisation de son entreprise n'est pas à l'ordre du jour (21). Nous sommes ici au cœur des préoccupations du droit public, celle de l'organisation de l'intervention de l'État, de ses formes autant que de ses freins.

Mais plus significatif encore : la stratégie précédemment décrite a aujourd'hui pour conséquence inattendue, de favoriser les initiatives de collectivités territoriales (régions, départements, communautés urbaines) dans la construction d'infrastructures d'accès haut débit, dont elles anticipent, sans doute avec raison, qu'elles pourraient jouer un rôle majeur dans leurs politiques d'industrialisation ou de désenclavement (22). Introduit par la loi du 25 juin 1999 (23), il y a tout juste deux ans, l'article L. 1511-6 du Code général des collectivités territoriales a fait l'objet d'une réforme majeure l'été dernier, par la loi du 17 juillet 2001 (24) qui en a assoupli sensiblement les dispositions. Elles étendent

(18) A.J.D.A. numéro spécial, octobre 2001.

(19) Ivan Luben, *Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications*, op. cit., p. 121.

(20) Thierry Tuot, *Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ?*, op. cit., p. 135.

(21) *Le Monde* du 24 janvier 2002, p. 20, Dossier Entreprises - Déréglementation.

(22) *Le phénomène n'est pas propre à la France ou à l'Europe. On le retrouve aux États-Unis v. par exemple, le cas de la ville d'Evanston dans l'Illinois*, *Business Week* du 8 octobre 2001, p. 60.

(23) Loi n° 99-533 du 25 juin d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (J.O.R.F. du 29 juin 1999, p. 9515).

(24) Loi n° 2001-624 portant diverses dispositions d'ordre social éducatif et culturel, J.O.R.F. du 18 juillet 2001, p. 11502.

(25) C.E., 30 mai 1930, *Chambre de commerce en détail de Nevers*, S. 1931. III, p. 73, concl. Josse, récemment appliqué au secteur des télécommunications, Trib. adm. Nancy, 18 mars 1999, *Communauté urbaine du Grand Nancy*, L.D.P.A., mai et juin 1999. Sur l'ensemble de cette question, v. notamment, Marie-Yvonne Benjamin, *Collectivités locales et télécommunications. Pouvoirs et obligations des collectivités*, D.A., juin 1999, p. 8. V. également, Katia Duhamel, *Les collectivités locales et les télécommunications, Initiatives, droit et contrats*, Éditions locales de France et Imprimerie nationale éditions, Paris, 1999, préface de Bruno Lasserre.

(26) Sur ces conditions, v. notamment, Elie Cohen et Michel Mongeot, *Enchères et gestion publique*, La Documentation française, 2001.

(27) Décisions n° 2000-442 D.C. du 28 décembre 2000 et n° 2001-456 du 27 décembre 2001. Sur ces décisions, v. notamment, Jean Dufau, *Le domaine public hertzien : un concept juridiquement contestable*, *Le Moniteur des travaux publics* du 9 mars 2001, p. 96 ; Christian Nzaloussou, *À propos des redevances d'utilisation des fréquences U.M.T.S. en France (la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2000 relative à la loi de finance pour 2001)*, *Revue internationale de droit économique*, 2001-2, p. 225 ; Claire Estryn et Claudine Guerrier, *Le spectre des fréquences radioélectriques, bien public ou bien commercial*, *Petites Affiches* n° 138 du 12 juillet 2001, p. 11.

(28) Ce qui n'est que le prolongement des qualifications retenues par les lois du 17 janvier 1989 et 26 juillet 1996.

(29) C.E., 2 juillet 1999, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*, req. n° 189412.

(30) Roland Drago, *Nature juridique de l'espace hertzien*, in *Mélanges de Juglart*, 1986, p. 363.

(31) V. notamment la controverse entre Didier Truchet et Bertrand Delcroix, in R.F.D.A. 1989, p. 251 et Christian Lavialle, *Droit administratif des biens*, 1996, p. 64, qui évoque « le paradoxal domaine hertzien ».

(32) V. notamment nos observations in *Le régime juridique des installations terminales de réception d'émission diffusées par satellites de télécommunications*, *Bulletin de l'I.D.A.T.E.*, 1988, n° 34, p. 26 et in *Radiocommunications par satellites et régime juridique du spectre hertzien en France*, *Le Communicateur*, Automne 1990, p. 111.

les conditions dans lesquelles les collectivités locales ou leurs établissements publics de regroupement peuvent procéder au déploiement d'infrastructure de télécommunications destinées à supporter des réseaux ou services de télécommunications. C'est ainsi que dans la nouvelle rédaction, comparée à l'ancienne, on relève qu'il leur suffit désormais de procéder par voie de consultation publique, dont on peut penser qu'elle se déroulera dans des conditions identiques qu'à celles requises dans les procédures d'expropriation. De toute évidence, le législateur n'a pas souhaité reproduire l'exigence antérieure de preuve de la carence de l'initiative privée imposée par la jurisprudence du Conseil d'État (25), qui soulevait tant de difficultés pratiques. Leur font écho les dispositions du nouveau Code des marchés publics, en vigueur depuis le 9 septembre dernier, qui évoquent expressément aux articles 82 et suivants, la mise à disposition d'infrastructures de réseaux de télécommunications par les collectivités territoriales. Et si l'on peut avancer que les initiatives locales dont il s'agit sont imputables à l'insuffisance — quand il ne s'agit pas de carence — des opérateurs existants, qu'ils soient historiques ou nouveaux entrants, on ne peut sans une très grande ingénuité soutenir que l'on avait espéré que l'opérateur historique participe à la réduction de son influence sur le marché, en ouvrant très largement le marché local des télécommunications. Une chose est certaine : ne pouvait-on pas imaginer une autre attitude des pouvoirs publics nationaux que celle qui a consisté à laisser la concurrence se vider de son intérêt, au profit d'une situation de monopole de fait. Il est ainsi logique et sans doute

souhaitable que les collectivités locales viennent sur le devant de la scène, compenser les insuffisances de l'État régulateur, par leurs propres initiatives, même si elles sont maladroites ou désordonnées. C'est paradoxalement de ces initiatives, conduites parallèlement avec celles de la Commission des Communautés européennes, que l'on peut espérer l'ouverture à la concurrence du marché local des activités de télécommunications. Paradoxalement en effet, si l'on songe que la politique de dérégulation n'aura peut-être jamais eu que ce seul résultat, d'avoir permis de chasser l'État par la porte pour permettre aux collectivités locales d'entrer par la fenêtre.

24. Prétendrait-on qu'il s'agit là de situations exceptionnelles, que l'on pourra revenir à l'exemple des conditions d'attribution des licences de téléphonie mobile de troisième génération (26). Il confirme l'influence toujours très présente des règles du droit public dans le champ de l'économie et de la régulation et la plasticité de ses règles. On n'a sans doute pas fini de commenter les décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur les deux dernières lois de finance (27). Elles sont rédigées de façon rigoureusement complémentaire, ce qui tendrait à prouver qu'elles ne sont pas l'effet d'un hasard circonstanciel. S'il y est rappelé dans l'une comme dans l'autre que « l'utilisation des fréquences sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'État » (28), il y est aussi apporté des précisions d'autant plus significatives pour les publicistes, qu'elles sont contradictoires avec le régime traditionnel des occupations privatives du domaine public. La première

re juge que « la délivrance de l'autorisation ouvre, pour une période de quinze ans, le droit d'occupation des fréquences » et « qu'elle confère ainsi à son bénéficiaire, dès son intervention, un avantage valorisable », ce qui va à l'encontre du principe de la non-patrimonialisation des autorisations d'occupation privative du domaine public, par nature précaires et révoquables. La seconde admet que les redevances d'occupation de l'espace hertzien puissent être « fonction du chiffre d'affaires réalisé par l'occupant », ce qui constitue une interprétation pour le moins extensive du principe selon lequel le montant des droits payés par l'occupant est fonction des avantages qu'il retire du domaine public (29).

25. En deux décisions, s'est ainsi mis en place un statut original, pour une large part dérogatoire, de l'occupation de l'espace hertzien. Il est le seul compatible avec les nécessités de l'exploitation bénéficiaire de réseaux coûteux en capital et aléatoires en retours sur investissement : l'autorisation est garantie pour une durée de 15 ans et les prélèvements de l'État propriétaire, plafonnés dans leur montant.

La qualification de dépendance domaniale retenue pour la première fois dans l'histoire du régime du spectre (30), par la loi du 17 janvier 1989 avait pu paraître contestable au regard des principes traditionnels de l'occupation privative du domaine public (31). L'article 714 du Code civil n'offrait-il pas l'avantage du régime très libéral des « choses communes », dont on aurait pu tirer une pratique de l'occupation de l'espace hertzien, très comparable à celle de l'espace aérien (32). Des autorisations d'usage à

contenu variable auraient ainsi pu être accordées aux opérateurs sur le modèle des libertés de l'air, selon des modalités qui auraient pu concrétiser les constructions les plus élaborées que l'on entreprend aujourd'hui pour faire face à une situation de blocage juridique et institutionnel (33).

26. Si l'on assouplit le régime du spectre radioélectrique pour en rendre les conditions d'occupation compatibles avec les exigences de son exploitation commerciale, plus rien ne s'oppose alors à ce que l'on maintienne ce régime juridique de droit public. En autorisant expressément la valorisation du spectre des fréquences et implicitement aussi, sa commercialisation, le Conseil constitutionnel en a fait ainsi l'égal des régimes très libé-

raux, souvent donnés en exemple, d'Australie et de Nouvelle-Zélande ; régime égal, sinon supérieur puisqu'il garantit, en outre, la protection des intérêts légitimes de l'État (intérêt général, sécurité intérieure, ordre public).

27. On a par là-même confirmation que le droit public est très accessible aux exigences de l'économie, en offrant un cadre approprié à la régulation. Pour tout dire, il est lui-même, quand il n'a pas toujours été, un droit de la régulation par la recherche des équilibres entre l'intérêt général et les intérêts particuliers autant que de la bonne gouvernance de la société et de son économie (34). On a montré ailleurs (35) que le droit public des contrats fait une large place à la dimension économique. Voici que de l'exemple des contrats,

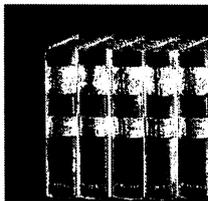
l'on peut conclure en sens identique pour tout un secteur d'activité économique, celui des télécommunications. Sans doute également, pour l'ensemble des industries de réseaux.

Plus vraisemblablement, la perversion du droit public ou son déclin, ce qui revient au même, ne sont qu'illusions à l'âge de la régulation ; un peu comme ces « rivages », dans une magnifique formule d'André Gide, qu'il faut accepter de « perdre de vue » pour « découvrir de nouveaux pays ». « Pendant très longtemps » ajoutait-il. Très longtemps seulement !

(33) V. notamment, Elie Noam, *Beyond spectrum auction. Taking the next step to open spectrum access*, *Telecommunications Policy* 1997, n° 5, p. 361, pour lequel il faut libéraliser complètement le régime de l'espace hertzien et introduire un système d'échanges de capacités au moyen de jetons qui ouvriraient un droit d'usage temporaire et cessible.

(34) Sur ce point, v. notamment nos observations, in *Les nouvelles régulations économiques*, A.F.D.A. du 20 juin 2001, p. 560. Voir plus récemment nos commentaires in *Telecom Business Life*, mai 2002 de l'article 8 de la directive-cadre adoptée le 12 février 2002 et publiée le 24 avril 2002 mettant en place un marché secondaire des fréquences radioélectriques.

(35) La prise en compte du critère économique et financier dans les contrats publics, *Bulletin juridique des contrats publics*, n° 9/2000, p. 82.



LE SECTORIEL ET LE GÉNÉRAL DANS LE DROIT DE LA RÉGULATION

JACQUELINE DE GUILLENCHMIDT

Conseiller d'État
Membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel

L' intitulé de cet exposé laisserait entendre qu'il existe une branche autonome du droit, le droit de la régulation, avec des principes généraux, applicables de façon homogène aux différents secteurs concernés par ce droit. Mais pour qu'il y ait autonomie d'une branche du droit, il faut, selon le doyen Vedel, que « la matière considérée bien que ne mettant apparemment en œuvre que des principes empruntés à des branches existantes, en (fasse) une combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté ».

Le caractère de nouveauté de la régulation semble exister aujourd'hui, bien que les premières autorités datent maintenant de près d'un demi-siècle. La régulation est en effet souvent présentée comme la forme la plus moderne et la plus performante de l'intervention de l'État dans la gestion de certains secteurs de l'activité publique ou économique. Elle se définit moins cependant par des règles de droit qui lui seraient propres que par l'originalité de ses méthodes. Celles-ci, fondées sur la négociation, la concertation et le dialogue avec les opérateurs économiques, sont mises en œuvre par des « autorités » indépendantes de l'État mais agissant en son nom, en vue d'un objectif à atteindre, celui de pourvoir au bon fonctionnement d'un système complexe.

Les matières dans lesquelles intervient la régulation sont très diverses. Leur technicité justifie largement l'existence d'une régulation propre à chacun d'eux : il n'y a guère de points communs entre la communication audiovisuelle, la protection des don-

nées personnelles ou l'électricité, par exemple.

Ainsi, l'organisation et la réglementation spécifique de chaque secteur sont le socle d'une régulation que l'on peut qualifier de verticale. Mais il existe par ailleurs une régulation que l'on pourrait qualifier d'horizontale en ce qu'elle intervient dans l'ensemble des secteurs économiques, qu'ils fassent ou non l'objet d'une régulation spécifique. C'est par exemple la régulation opérée par le droit de la concurrence. Il y aurait bien ainsi en matière de régulation un droit spécial et un droit général dans le sens que l'on donne, en science juridique, à ces deux qualificatifs.

Historiquement, les premières ébauches de régulation datent en France (1) de la fin des années soixante ; il s'agit de celle relative à la concurrence et de celle relative aux opérations de bourse. La vocation de ces régulations est d'intervenir dès lors que des comportements anti-concurrentiels sont relevés ou que la protection due à l'épargnant est mise en échec sur les marchés de valeurs mobilières. Mais les pouvoirs des instances qui en étaient chargées étaient faibles, les conflits étant tranchés plus directement par les juridictions.

Les régulations plus récemment mises en place sont des régulations de type sectoriel. On constate que leur essor est dû à une double évolution. La première est liée au souci, dans des domaines où les libertés individuelles peuvent se trouver malmenées, de faire coexister, mieux que ne le feraient les structures traditionnelles de l'État, souvent suspectes de partialité, la liberté individuelle, la protec-

tion de la personne d'une part et l'intérêt général d'autre part. C'est le cas de la C.N.I.L. ou de la commission des interceptions téléphoniques, par exemple. Il s'agit de domaines où les implications économiques, si elles restent présentes, ne sont pas la préoccupation essentielle du régulateur.

La deuxième évolution est liée à la libéralisation de secteurs industriels fonctionnant pour la plupart en réseaux, tels l'électricité, les télécommunications et demain sans doute le gaz et l'énergie nucléaire. La pression croissante du droit communautaire a conduit ces secteurs marqués par le monopole d'entreprises d'État à entrer dans l'économie de marché. La régulation revêt ici un caractère avant tout économique, elle est le corollaire indispensable de la libéralisation décidée à Bruxelles. Les autorités de régulation sont les garantes du bon fonctionnement de ces nouveaux marchés.

La communication audiovisuelle, quant à elle, relève de ces deux types de régulation. À l'origine, en 1982, date de la création de la Haute autorité de la communication audiovisuelle, l'activité de régulation consistait essentiellement en la mise en œuvre de dispositifs de nature à garantir la liberté de la communication audiovisuelle et à assurer le pluralisme de l'expression politique et culturelle. Elle consistait également en l'autorisation donnée à des opérateurs privés d'occuper, par la voie d'attribution de fréquences, une partie du spectre hertzien, partie intégrante du domaine public de l'État.

Cette régulation prendra dans ce domaine d'activité un

(1) Aux États-Unis, les premières mesures en ce sens sont bien antérieures.

caractère plus économique, à partir de 1984, avec l'accès au marché de la publicité des nouveaux opérateurs de radio et un peu plus tard de télévision.

L'articulation pratique entre la régulation générale, entendue comme celle qui est l'apanage d'autorités de régulation à vocation horizontale ou qui relève de l'action étatique d'une part, et la régulation sectorielle d'autre part, est encore imparfaitement résolue et sera au cœur de notre réflexion. Nous laisserons de côté ce qui concerne le statut des autorités de régulations elles-mêmes qui tendent à s'homogénéiser ainsi que les questions de procédures qui vont vers une harmonisation croissante sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

À partir d'exemples tirés de la communication audiovisuelle, nous essaierons d'abord de déterminer ce qui, dans le mode d'intervention, est propre respectivement à la régulation sectorielle et à la régulation générale. Nous analyserons ensuite les moyens de nature à limiter les risques d'interprétation divergente ou de conflits de compétence. Enfin, nous concluons sur la nécessaire complémentarité entre les différentes autorités de régulation.

I. les modes d'intervention des régulations sectorielle et générale obéissent à des philosophies différentes

On pourrait dire, en simplifiant quelque peu, que les autorités de régulation sectorielles, en ce qu'elles jouent un rôle non négligeable dans l'organisation d'un marché, interviennent large-

ment « a priori » de l'action des opérateurs. Les autorités de régulation générale interviennent, elles, plutôt « a posteriori » de l'action des opérateurs.

A. Modes d'intervention des autorités sectorielles

1. Il appartient aux pouvoirs publics de déterminer les choix généraux de la politique qu'ils entendent faire prévaloir dans tel ou tel secteur d'activité. Une fois ces choix opérés, les autorités de régulation sectorielles jouent un rôle fondamental dans leur mise en œuvre. Elles sont chargées, par exemple, de répartir la ressource, autrefois objet d'un monopole étatique, entre les opérateurs, de créer les conditions optimales pour que de nouveaux acteurs puissent avoir accès à un marché ouvert à plus de concurrence.

Ainsi, en 1981, le législateur a posé le principe nouveau de la liberté de la communication audiovisuelle qui doit se combiner avec celui du pluralisme de l'expression politique et culturelle ainsi que l'exigence d'une diversité des opérateurs. C'est ensuite à l'autorité de régulation de l'audiovisuel qu'est revenue la tâche d'attribuer les fréquences hertziennes à des opérateurs privés en respectant les nombreux critères posés par le législateur.

L'introduction de la télévision numérique de terre décidée par le législateur par la loi du 1^{er} août 2000 va suivre ce même processus. Schématiquement, cette nouvelle technologie de diffusion permettra, après codage des données et leur compression numérique, de diffuser sur un même canal hertzien, six chaînes de télévision, alors que la diffusion en mode analogique ne permet de diffu-

ser sur un même canal qu'une seule chaîne. L'objectif poursuivi est d'offrir un champ élargi à la diffusion de la culture, du divertissement et de l'information et aussi de favoriser l'industrie de programmes en lui offrant de nouveaux débouchés. C'est là bien entendu un choix éminemment politique.

Il reviendra ensuite au Conseil supérieur de l'audiovisuel de mettre en application les principes généraux ainsi définis par la loi en attribuant cette nouvelle ressource hertziennne aux candidats ayant répondu à appel à candidatures (lancé en juillet 2001). Ce faisant, comme elle l'avait fait pour les fréquences radiophoniques par exemple, l'autorité de régulation participera à l'organisation du marché de la diffusion numérique terrestre de la télévision. Elle répartira la ressource en fonction des critères énumérés par la loi, qui sont au nombre de huit, entre des services de télévision gratuits ou payants, des services généralistes ou thématiques, des groupes existants et de nouveaux acteurs.

2. L'autorité sectorielle ne se borne pas à sélectionner des opérateurs, elle organise aussi le cadre juridique de leur activité. Dans la suite de tout appel à candidature pour les attributions de fréquences et de la sélection des candidats, l'autorité définit les modalités selon lesquelles les attributaires de fréquences devront exploiter la ressource qui leur est confiée. Pour les opérateurs de communication audiovisuelle, ces modalités sont consignées dans une convention signée à la fois par le Conseil supérieur de l'audiovisuel et l'opérateur. Ce dernier s'engage ainsi pendant toute la durée de sa convention à respecter les

obligations mises à sa charge en matière de qualité de contenu, de la place faite aux productions françaises et européennes, de déontologie de l'information, par exemple.

Cette contractualisation des relations entre opérateurs et autorité de régulation est la caractéristique la plus remarquable du mode d'intervention des autorités sectorielles.

Lorsqu'elle organise les appels à candidatures pour l'attribution de fréquence U.M.T.S. ou la boucle locale radio, l'A.R.T. intervient selon des modalités qui semblent proches de celles du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

3. Cette intervention en amont se manifeste aussi parfois par le pouvoir accordé à certaines autorités sectorielles de prendre des dispositions de caractère normatif. Cette délégation de pouvoir réglementaire est admise par le Conseil constitutionnel à la condition qu'elle soit strictement limitée dans son objet. Elle présente l'avantage de permettre à l'autorité de régulation d'adapter quasiment en temps réel la réglementation aux progrès techniques. Cependant, si souhaitables que puissent être ces délégations de pouvoir réglementaire, elles sont fort peu nombreuses. Le C.S.A. par exemple n'en bénéficie que pour l'organisation des émissions de la campagne officielle instituées pour certaines élections politiques.

B. Mode d'intervention de l'autorité de régulation générale

Du fait du caractère horizontal de ses compétences, l'autorité de régulation générale intervient principalement a posteriori puisqu'elle juge les comportements des

opérateurs afin de rectifier ce qui peut perturber le marché dans un secteur donné.

Le Conseil de la concurrence a pour objectif premier de sanctionner les atteintes au principe de la liberté des prix et de la concurrence : c'est à lui qu'il appartient de connaître des atteintes portées à ces principes. Certes, il peut enjoindre aux opérateurs de modifier les clauses d'un contrat mais il ne peut, à l'instar du Conseil supérieur de l'audiovisuel, fixer *ab initio* le cadre juridique dans lequel ceux-ci exerceront leur activité. Cependant, par les injonctions qu'il donne aux opérateurs, assorties ou non de sanctions pécuniaires, il peut rétablir les équilibres qui seraient rompus par des comportements anticoncurrentiels.

À aucun moment cependant l'autorité chargée de la concurrence n'a le pouvoir de prendre des dispositions à caractère général et impersonnel. Tout au plus peut-elle faire des recommandations au gouvernement.

C. Le cas des sanctions prononcées par les autorités de régulation sectorielle

La distinction que nous venons de faire n'est cependant pas aussi tranchée qu'elle peut le sembler. En effet, les autorités de régulation sectorielle ont la capacité de prononcer des sanctions contre les opérateurs qui manqueraient à leurs obligations.

De telles décisions restent cependant marginales et ne constituent pas, loin s'en faut, le mode le plus fréquent d'intervention de l'autorité auprès des opérateurs.

Dans le cas du C.S.A., il s'agira principalement de

sanctionner la méconnaissance des clauses des conventions signées par les opérateurs : non-respect de certains quotas comme ceux relatifs à la diffusion par les services de télévision d'œuvres audiovisuelles françaises ou européennes des dispositions du décret du 27 mars 1992 qui prohibent la publicité clandestine, ou encore de manquements à l'honnêteté de l'information.

II. Interférence de la régulation générale dans le cours de la régulation sectorielle

L'architecture du système ci-dessus décrit implique qu'une autorité de régulation générale est inévitablement amenée à intervenir dans l'activité des autorités de régulation sectorielle. Le législateur a pris en compte ces interactions pour les organiser.

Dès son article 1^{er}, la loi du 30 septembre 1986 relative à la communication audiovisuelle confie au Conseil supérieur de l'audiovisuel la mission de « veiller à favoriser la libre concurrence et l'établissement de règles non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services ».

L'article 17 de cette même loi lui donne la faculté d'adresser des recommandations au gouvernement sur le développement de la concurrence dans les activités de communication audiovisuelle. De même, il peut solliciter l'avis des autorités compétentes — Conseil de la concurrence et ministre chargé de l'Économie — pour connaître des pratiques restrictives de concurrence et en matière de concentration économique. C'est un pouvoir de dénonciation de ces pratiques qui

lui est confié, mais on ne peut pas dire qu'il en abuse puisque, semble-t-il, il ne l'a jamais utilisé.

En revanche, le Conseil supérieur de l'audiovisuel est amené à coopérer avec le Conseil de la concurrence et cette coopération est organisée par l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986. La loi du 1^{er} août 2000 et celle du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques en ont accru l'efficacité.

Ainsi l'autorité sectorielle est obligatoirement saisie par le Conseil de la concurrence de toute concentration ou pratique anticoncurrentielle qui concerne un éditeur ou distributeur de service. C'est essentiellement une expertise technique qui est apportée au Conseil de la concurrence, le C.S.A. ne se prononçant pas sur la qualification juridique des faits litigieux.

Il peut également saisir le Conseil de la concurrence de tout fait susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle.

Par exemple, des litiges surviennent fréquemment entre un distributeur par satellite de chaînes de télévision que celui-ci a lui-même choisies pour figurer dans son « bouquet » et celles qu'il a refusé d'y accueillir. Les chaînes écartées se plaignent parfois de leur éviction, arguant du fait que la préférence est injustement donnée à des chaînes avec lesquelles l'opérateur de « bouquets » entre-tiendrait des liens économiques privilégiés. Le C.S.A. est alors parfaitement en mesure d'expliquer le fonctionnement général de la télévision distribuée par satellite, les relations qui existent entre les différentes entreprises d'édition de chaînes. Il peut donner tout éclairage à

l'autorité de régulation de la concurrence sur le « marché pertinent » qu'il convient de prendre en considération.

Ce système fonctionne bien parce que ce faisant, l'autorité sectorielle, chargée de la communication audiovisuelle, reste dans sa propre sphère de compétence et n'empiète pas sur le domaine de l'autorité générale.

Dans d'autres domaines, la loi a considéré que les deux autorités pouvaient intervenir concomitamment mais avec des approches différentes : c'est le cas en matière de position dominante.

La loi du 30 septembre 1986 pose des règles précises pour éviter qu'un même opérateur ne se trouve en position de porter atteinte au pluralisme sur le plan national ou local. Rappelons en effet que le Conseil constitutionnel a reconnu que le pluralisme était un objectif de valeur constitutionnelle. Ainsi, il est interdit à une même personne de posséder plus de 49 % du capital d'une société titulaire d'une autorisation hertzienne en télévision ou d'être titulaire de plusieurs autorisations nationales. Un dispositif assez complexe interdit par ailleurs aux opérateurs de se trouver dans plus de deux des quatre situations précisément décrites et qui concernent l'ensemble des médias — presse écrite, radio, télévision (articles 41-3 et suivants de la loi). Ces positions dominantes sont tenues pour condamnables du fait de leur existence même, en raison de l'atteinte qu'elles portent au principe du pluralisme de l'expression. À côté de la liberté de diffusion des messages, la liberté de la communication audiovisuelle se décline aussi par la possibilité offerte aux individus d'accéder librement à la

diversité la plus large possible d'éditeurs de services audiovisuels.

Ces interdictions se cumulent avec la règle générale posée par l'article 420-2 du Code de commerce qui traite des positions dominantes en droit commun et ne les condamne que si l'opérateur en abuse au détriment de ses concurrents.

On retrouve ici la distinction entre droit de la régulation générale qui ressortit à la compétence du Conseil de la concurrence et droit de la régulation sectorielle qui ressortit à la compétence de l'autorité sectorielle du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Pour être efficaces, les découpages de compétence doivent être suffisamment précis et cohérents. C'est le cas de ceux institués par le législateur pour les autres autorités sectorielles, notamment pour les plus récentes, l'A.R.T. et la Commission de régulation de l'électricité. La loi du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications a ainsi déterminé avec minutie les échanges d'avis et saisine réciproque sur les clauses types des cahiers des charges relatives à la concurrence, la procédure de conciliation, les abus de position dominante, ou les pratiques anticoncurrentielles. Cette collaboration d'autorités générale et sectorielle semble être, de l'avis même des intéressés, tout à fait satisfaisante.

III. Existe-t-il d'autres solutions à une bonne régulation que le renforcement de la complémentarité entre les autorités sectorielle et générale ?

Les complémentarités ainsi décrites entre

autorités de régulation n'ont certes pas que des avantages. Les échanges d'avis contribuent sans nul doute à l'allongement des délais de procédure alors que la rapidité, surtout en matière économique, est un gage d'efficacité.

Une alternative à la complémentarité des autorités de régulation pourrait consister à donner aux autorités sectorielles des compétences en matière de concurrence, ce qui a l'apparence de la simplicité et de la cohérence.

Cette hypothèse avait été envisagée il y a quelques années en ce qui concerne la communication audiovisuelle par une extension des prérogatives du C.S.A. en matière de concurrence... Cependant, une telle réforme encourait le risque de contrariété de décisions avec celles rendues par le Conseil de la

concurrence sur des questions analogues, risque aggravé par la circonstance que la juridiction d'appel est différente, Conseil d'État dans un cas, Cour d'appel dans l'autre.

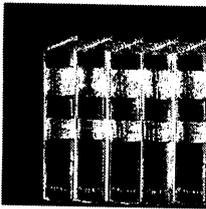
Certains pays ont adopté une autre approche en dotant l'autorité chargée de la concurrence de pouvoirs en matière de régulation sectorielle. C'est ce qu'a tenté l'Allemagne pour le secteur de l'électricité : le *Bundeskartellamt* y cumule des fonctions de régulation générale (compétences similaires au Conseil de la concurrence ; pouvoir de sanction des comportements anticoncurrentiels) mais aussi des pouvoirs de régulation sectorielle.

Dans ce cas, le cumul de compétences risque de se traduire par une confusion des pouvoirs ou de masquer une absence de pouvoirs créés.

L'Allemagne a elle-même conscience des limites d'une telle approche et prend ainsi de plus en plus en compte le modèle pluraliste, à l'instar du système français ou britannique.

Il semble donc que la coopération entre autorités sectorielles et autorités à vocation générale soit le système le mieux adapté et le plus porteur d'avenir pour une bonne régulation. Il faut veiller cependant à ce que certaines conditions soient remplies, notamment la reconnaissance de la pleine autonomie de chaque autorité — ce qui suppose que l'office de régulation soit davantage reconnu en tant que tel —, l'absence de relation de subordination entre les différentes autorités et néanmoins l'affirmation du principe de l'indivisibilité de l'application du droit de la concurrence.





LES FORMES INSTITUTIONNELLES IMPLIQUÉES PAR LE DROIT DE LA RÉGULATION

ALAIN SEBAN

Maître des requêtes au Conseil d'État
Commissaire du gouvernement

Dans le livre II de « De l'esprit des lois », intitulé « Des principes des trois gouvernements », Montesquieu montre que derrière les formes des institutions, il faut rechercher le principe qui les fait mouvoir. Est ainsi posée la question de la légitimité des pouvoirs.

Depuis 1848, cette question est définitivement réglée en France, en ce sens qu'il n'y a pas de légitimité, du moins dans l'ordre du pouvoir politique, hors du principe électif. Un pouvoir doit soit procéder directement de l'élection, soit être responsable devant un pouvoir élu. Aussi la justice, qui ne répond à aucune de ces deux conditions, est-elle qualifiée par la Constitution non de pouvoir, mais d'autorité.

I. Un pouvoir fondé en dehors de la démocratie élective

Faut-il donc, comme y invite la similitude des termes, rapprocher la légitimité des « autorités » de régulation et celle de l'« autorité » judiciaire ? Ou bien ces autorités sont-elles de véritables pouvoirs, démembrés du pouvoir exécutif dont elles exercent certaines prérogatives ?

Si l'on observe les traits principaux du régime des autorités de régulation, je crois qu'on ne peut les regarder comme des pouvoirs, et qu'elles sont donc exactement qualifiées d'« autorités ». Trois aspects méritent d'être relevés à cet égard :

— Le pouvoir des autorités de régulation ne procède ni directement ni indirectement de l'élection. S'il est vrai que, le plus souvent, la nomina-

tion de leurs membres procède d'autorités de caractère politique — gouvernement, présidents des assemblées — il n'y a pas là de fatalité. Par exemple, la nomination de la plupart des membres du C.M.F. fait intervenir, sous forme il est vrai d'un simple avis, les « organisations professionnelles ou syndicales représentatives ».

De toutes façons, la nomination ne peut guère être assimilée à une élection indirecte. Ce qui assure la légitimité des fonctionnaires n'est pas tant leur nomination par le politique que leur subordination à celui-ci. Or, de ce point de vue, la situation des autorités de régulation est claire : elles ne sont pas juridiquement subordonnées au pouvoir politique, et de grandes précautions sont prises pour qu'elles ne puissent le devenir dans les faits.

— Les autorités de régulation n'ont pas de responsabilité politique. Certes, elles ont souvent des comptes à rendre au pouvoir politique, sous forme par exemple d'un rapport à remettre au Parlement, au gouvernement ou au chef de l'État. Mais le pouvoir politique ne peut pas les sanctionner s'il n'est pas satisfait de la manière dont elles remplissent leur office. Il n'existe aucune procédure qui puisse conduire les autorités de régulation à faire valider leur action, directement ou indirectement, par les électeurs puisqu'elles ne procèdent pas de l'élection.

— Si l'on peut enfin observer que le pouvoir des autorités de régulation a sa source dans des lois votées par le Parlement et des décrets pris par le gouvernement, et qu'il se rattache ainsi aux pouvoirs démocratiques qui,

d'ailleurs, peuvent à tout instant supprimer une autorité de régulation ou en modifier le régime, on ne saurait confondre la légalité et la légitimité : un pouvoir légal peut être un pouvoir illégitime, et toute autorité légale n'est pas un pouvoir politique.

C'est donc en dehors de la démocratie électorale qu'il faut rechercher le principe de légitimité des autorités de régulation, trait original que ces organismes ne partagent qu'avec les juges, du moins avec la plupart des juges, car certains — aux prud'hommes ou dans les ordres professionnels — sont élus. Ce trait original distingue les autorités de régulation de certains organismes publics ou privés délégataires de missions de service public dont on pourrait songer à les rapprocher, comme les ordres professionnels ou les fédérations sportives. Ceux-ci tiennent en effet une partie de leur légitimité du principe électif, quoique circonscrit à la population de leurs ressortissants.

Certains s'étonnent de cette situation (1) et d'autres cherchent à imaginer des moyens de rattacher les autorités de régulation au corps électoral d'une manière ou d'une autre, ne serait-ce qu'en veillant à ce que des élus, par exemple des parlementaires, siègent dans leur collège. Le même souci est d'ailleurs parfois exprimé à propos des juges, et on entend parfois préconiser des mécanismes comme l'élection des juges ou le *recall*, tels qu'on les voit dans une certaine mesure aux États-Unis, et tels qu'ils avaient été imaginés dans la Constitution du 3 septembre 1791 et dans la Constitution montagnarde du 24 juin 1793.

(1) V. p. ex. André Chandernagor, conclusion du colloque, *La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché*, organisé par l'association Droit et Démocratie au Palais du Luxembourg le 22 janvier 2001, *Petites Affiches* n° 185 du 17 septembre 2001, p. 40.

II. Les deux sources du pouvoir de régulation

On peut effectivement y réfléchir — encore que ces techniques soient assez étrangères à notre culture institutionnelle — si l'on pense qu'il faut transformer les autorités de régulation en pouvoirs. On est en effet en droit de penser qu'il n'y a pas de place, dans un régime démocratique, pour des autorités qui ne procèdent pas de l'élection. On peut aussi prendre acte de ce qu'il existe des autorités qui ne sont pas des pouvoirs. Encore faut-il clarifier la source de leur légitimité. S'agissant des autorités de régulation, Marie-Anne Frison-Roche (2) a mis en évidence deux principes de légitimité différents et même, en partie, antagonistes :

— le principe d'efficacité : la légitimité des autorités de régulation résulte du fait qu'elles remplissent efficacement leur mission ;

— le principe de régularité : la légitimité des autorités de régulation résulte du respect de garanties formelles.

A. Du principe d'efficacité découlent deux préceptes principaux :

— Compétence des personnes : il convient tout d'abord que les personnes qui composent l'autorité de régulation, c'est-à-dire non seulement les membres du collège, mais aussi le personnel, soient compétentes. Cela passe notamment par des dispositions concernant leur mode de désignation et de recrutement et les conditions auxquelles elles doivent satisfaire pour être nommées.

— Adéquation des compétences : en second lieu, le principe d'efficacité implique que l'autorité de régulation

soit dotée de tous les pouvoirs utiles à sa mission. Il suppose en outre que ses compétences forment un ou des bloc(s) homogène(s) en évitant les entrecroisements de compétences avec d'autres autorités, notamment le gouvernement. Il n'y a pas de restriction a priori quant aux pouvoirs qui peuvent être dévolus à une autorité de régulation, sauf en ce qui concerne le pouvoir réglementaire, strictement encadré par le Conseil constitutionnel : pouvoir réglementaire, pouvoirs de décision individuelle, compétences consultatives portant soit sur des projets de textes législatifs ou réglementaires, soit sur des projets de décisions individuelles, pouvoir de proposition, pouvoir d'enquête, pouvoir de sanction, règlement de différends...

B. L'irruption du principe de régularité dans le droit de la régulation a été particulièrement commentée dans les années récentes. Un intérêt peut-être excessif a notamment été porté aux questions touchant à l'impartialité objective, et notamment au rôle du rapporteur. Mais ce n'est pas le seul aspect de la régularité procédurale, ce concept recouvrant également des aspects tels que l'impartialité subjective, le respect des droits de la défense, la motivation et, plus généralement, la transparence procédurale, etc.

Schématiquement, on peut distinguer deux types d'exigences :

— Des exigences portant sur les règles constitutives de l'autorité de régulation : elle doit être organisée de manière à assurer son indépendance, qui est la base de l'impartialité :

- cela suppose en particulier que les personnes qui la com-

posent ou qui travaillent pour son compte ne dépendent ni financièrement, ni pour leur carrière, du secteur régulé. Cette exigence suppose de définir un régime d'incompatibilités, ainsi que des règles concernant ce qu'on appelle vulgairement le « pantouflage ». Elle peut poser quelques problèmes pratiques lorsqu'on cherche par ailleurs à recruter des professionnels compétents ;

- les procédés de nomination doivent garantir sinon l'indépendance, en tout cas le pluralisme. En outre, une fois nommés, les membres de l'autorité ne doivent plus pouvoir être révoqués. Leur mandat ne doit en principe pas pouvoir être renouvelé ;

- en matière financière, il est également nécessaire que le budget de l'organisme, lorsqu'il lui est alloué par l'État, soit élaboré selon des règles qui ne mettent pas le régulateur en situation de négocier avec le gouvernement (3). Pour la même raison, l'engagement des dépenses doit échapper au contrôle financier a priori.

— Des exigences portant sur les règles de fonctionnement de l'autorité de régulation, c'est-à-dire sur ses procédures :

- la collégialité des décisions ;

- le respect des droits de la défense ;

- la motivation des décisions ;

- l'impartialité, prise à la fois sous l'angle subjectif — c'est-à-dire l'absence d'intérêt personnel — et objectif — c'est-à-dire la préservation des apparences de l'impartialité ;

- l'égalité des armes, lorsque plusieurs parties sont intéressées à une décision.

(2) Marie-Anne Frison-Roche, *Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ?*, *Revue d'économie financière*, n° 60, p. 85 et s.

(3) *Ce qui pose en pratique des difficultés épineuses* : voir T. Tuot, *C.J.E.G.*, février 2001, p. 52, à propos de la C.R.E.

L'intérêt parfois mêlé d'agacement que ces questions ont suscité tient beaucoup au fait que les aspects procéduraux ont été envisagés sous l'angle de la notion de procès équitable, c'est-à-dire une notion qui concerne le droit proces-suel judiciaire. Or, nous avons plutôt tendance à rattacher les autorités de régulation à la notion d'autorités administratives indépendantes, considérées peut-être un peu vite comme des démembrements du pouvoir exécutif. L'irruption de notions empruntées à la procédure judiciaire dans un droit perçu avant tout comme administratif a d'abord surpris ; peut-être les praticiens du droit administratif en ont-ils été d'autant plus déçus que le mouvement est parti des juridictions judiciaires, Cour d'appel de Paris et Cour de cassation, ce qui a pu renforcer le sentiment d'une volonté de « judiciarisation » des procédures administratives. Mais on peut aussi trouver naturel cet emprunt à la procédure judiciaire, car la légitimité des autorités de régulation est pour partie de la même nature que celle des autorités judiciaires. Encore faut-il ne pas oublier que cette légitimité participe également de celle des autorités administratives, ce qui implique que les exigences procédurales soient interprétées avec la souplesse nécessaire. C'est ce que je voudrais maintenant montrer.

C. La légitimité d'une autorité de régulation ne saurait reposer uniquement sur l'efficacité parce que nous vivons dans un État de droit. Or rien n'est plus contraire à l'État de droit que l'idée que la fin justifie les moyens ; dans un État de droit, les moyens mis en œuvre doivent être légaux, et la justice est là pour s'en

assurer, selon des modalités dont on peut relever ici le manque de cohérence d'une autorité de régulation à l'autre, et dans certains cas s'agissant des diverses attributions d'une même autorité.

L'efficacité doit donc être bornée par la légalité. Mais cette limite n'implique pas par elle-même que les garanties procédurales du procès équitable s'appliquent au niveau de l'autorité de régulation. En effet, ces garanties peuvent être reportées au niveau du contrôle exercé a posteriori par le juge. En l'état actuel de sa jurisprudence, c'est la conception de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les garanties du procès équitable. Selon l'arrêt du 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique* : « L'article 6, § 1 (article 6-1), s'il consacre le droit à un tribunal [...] n'astreint pas pour autant les États contractants à soumettre les « contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil » à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des « tribunaux » conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous les rapports à ces mêmes prescriptions ; un tel système peut se réclamer de la tradition juridique de beaucoup d'États membres du Conseil de l'Europe » (4). En revanche, indique la Cour, il est nécessaire que les décisions d'un tel organe puissent faire l'objet d'un recours « de pleine juridiction »

devant un tribunal satisfaisant aux prescriptions de l'article 6, § 1.

La Cour européenne des droits de l'homme refuse donc d'entrer trop avant dans l'intimité de ces « organes administratifs ou corporatifs » institués pour « des impératifs de souplesse et d'efficacité ». Peu importe les violations de l'article 6, § 1, qui peuvent avoir lieu devant ces organismes si ces violations sont « rattrapées » par un recours effectif devant un tribunal satisfaisant à toutes les prescriptions de l'article 6, § 1, et devant qui la personne concernée peut donc bénéficier de son droit au procès équitable. En effet, l'article 6, § 1, on a tendance à l'oublier, donne droit à un procès équitable, pas à un procès équitable à chaque degré d'une procédure qui en comporte plusieurs. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg va assez loin puisqu'elle refuse même de s'intéresser à un vice aussi grave qu'un défaut d'indépendance ou d'impartialité comme le montre par exemple son arrêt du 19 décembre 1997, *Helle c/ Finlande* : « La Cour rappelle [...] que d'après sa jurisprudence constante, une violation de l'article 6-1 de la Convention ne peut être fondée sur le manque allégué d'indépendance ou d'impartialité d'un organe juridictionnel, ni sur le manquement par cet organe à une garantie procédurale essentielle si la décision rendue était soumise au contrôle subséquent d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridiction et offrant les garanties de l'article 6 » (5).

La position de la Cour européenne des droits de l'homme se comprend très bien, mais elle peut paraître un peu idyllique. Il est difficile de

(4) *Série A*, n° 43, § 51.

(5) N° 15711996/7761977, § 46.

dire que cela n'a aucune importance que l'autorité de régulation ait déjà décidé puisque le juge va réexaminer tout cela avec toutes les garanties souhaitables. En effet, en pratique, en raison de l'autorité et de la compétence du régulateur, le juge risque d'attacher une sorte de présomption de validité à sa décision. En tout cas, les parties peuvent raisonnablement le craindre, ce qui soulève alors une question au moins sur le plan des apparences de la régularité. C'est pourquoi la jurisprudence de la Cour de Strasbourg fait une exception à sa jurisprudence lorsque certaines irrégularités commises avant la saisine du juge « risque[nt] de compromettre gravement le caractère équitable du procès » selon la formule de l'arrêt du 28 octobre 1993, *Imbrioscia c/ Suisse* (6). Cette solution est encore peu développée, mais elle ouvre, me semble-t-il, une piste intéressante dans le cadre de la Convention.

Mais que l'article 6, § 1 soit ou non applicable, on sait que le Conseil d'État a, de longue date, dégagé sous forme de principes généraux du droit des règles de procédure qui s'appliquent à des autorités administratives et non juridictionnelles. C'est le cas du principe général des droits de la défense (7), du principe d'impartialité (8), et même, dans des cas limités il est vrai, de l'obligation de motivation (9).

Par conséquent, on constate que, quel que soit le souci qu'on a de l'efficacité de la régulation, on doit nécessairement demander au régulateur de s'entourer de certaines garanties formelles.

D. Mais la légitimité d'une autorité de régulation ne saurait reposer non plus unique-

ment sur des garanties formelles. Certes, à la différence du principe d'efficacité, le principe de régularité peut suffire à légitimer certaines autorités dans un État de droit démocratique : c'est ce principe qui fonde la légitimité des juridictions de droit commun, qu'elles soient administratives ou judiciaires. Dans un pays comme le nôtre, je ne crois pas qu'on puisse dire que la légitimité du juge se trouve dans sa compétence ; le juge n'a pas en principe une compétence technique bien précise, et même en matière juridique, ce n'est pas nécessairement un praticien chevronné, comme dans les pays anglosaxons. Par ailleurs, même si cela évolue avec par exemple la notion de « délai raisonnable » et le développement d'une « culture de l'urgence », le juge n'a pas tellement à se préoccuper de l'efficacité pratique de sa décision. La légitimité du juge est bien plutôt dans les garanties procédurales qui entourent son intervention.

Mais justement, si l'on voulait tirer la légitimité des autorités de régulation entièrement du côté procédural, il serait alors beaucoup plus simple et plus logique de demander au juge de jouer le rôle de régulateur.

La légitimité de la régulation repose donc nécessairement sur les deux piliers de l'efficacité et des garanties formelles ; elle suppose de concilier ces deux principes ou, en d'autres termes, de réaliser entre eux une forme de compromis. La légitimité des autorités de régulation ne peut être univoque : il s'agit nécessairement d'une légitimité composite, qui repose à la fois sur le principe d'efficacité et sur le principe de régularité. Le centre de gravité de ce compromis se situe

nettement du côté des garanties formelles pour les sanctions, et du côté de l'efficacité pour toutes les autres activités du régulateur.

III. Un niveau élevé de formalisme en ce qui concerne les sanctions

A. Les principales garanties procédurales

— Par son arrêt d'Assemblée du 3 décembre 1999, *Didier*, le Conseil d'État a admis que les autorités de régulation doivent, lorsqu'elles exercent leur pouvoir de sanction, respecter les garanties fondamentales de l'article 6, § 1 de la C.E.D.H., au nombre desquelles le principe d'impartialité. Le principe de cette solution rejoint celui que la Cour de cassation a appliqué à la Commission des opérations de bourse par son arrêt d'Assemblée plénière du 5 février 1999, *Oury* (10). Cela signifie que les autorités de régulation doivent présenter des garanties procédurales équivalentes à celles des juridictions, à l'exception de la publicité de l'audience (11).

— En raison de cette jurisprudence, la question de la transformation en juridictions des autorités de régulation lorsqu'elles infligent des sanctions ne présente qu'un intérêt pratique limité. Elle peut même entraîner un affaiblissement des garanties des justiciables, dans la mesure où, alors que le Conseil d'État est juge de plein contentieux à l'égard des sanctions administratives prises par les autorités de régulation, il n'est jamais juge d'appel mais uniquement juge de cassation à l'égard des juridictions administratives spécialisées, comme c'est

(6) Série A, n° 275.

(7) C.E., Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Tromprier-Gravier*, Rec., p. 133, R.D.P. 1944, p. 256, concl. B. Chenot, note G. Jèze.

(8) C.E., Sect., 20 juin 1958, *Louis*, Rec., p. 368 ; Cons. const., déc. n° 89-260 D.C. du 28 juillet 1989, Rec., p. 71.

(9) C.E., Ass., 27 novembre 1970, *Agence maritime Marseille-fret*, Rec., p. 704 ; R.D.P. 1971, p. 987, concl. M. Genot.

(10) Bull. A.P. n° 1, *Gaz. Pal.*, 24-25 février 1999, p. 8, concl. M.-A. Lafortune.

(11) C.E., 9 avril 1999, *G.I.E. Oddo Futures*, req. n°s 182.421 et 184.097, aux Tables du Recueil ; Cass. com., 9 avril 1996, Bull. civ. IV, n° 115, p. 96 ; R.J.A. 5/1996, p. 438, concl. M.-C. Piniot.

le cas aujourd'hui pour la Commission bancaire, par la volonté du législateur : de ce fait, il n'est pas possible d'avoir devant le Conseil d'État un nouveau débat sur les faits.

— Le non-respect de la présomption d'innocence a été sanctionné par la Cour d'appel de Paris dans des affaires où le président de la C.O.B. s'était publiquement exprimé sur des instances disciplinaires en cours (12). Le Conseil d'État, de son côté, a appliqué à la Cour des comptes une solution similaire (13), sans doute transposable aux autorités de régulation. Dans un arrêt de Section du 20 octobre 2000, Société Habib Bank Ltd (14), il a également censuré une sanction prise par la Commission bancaire en relevant que, dans les termes où elle était rédigée, la décision par laquelle le président de cet organisme avait fait connaître sa décision d'engager des poursuites disciplinaires avait « méconnu la règle d'impartialité en présentant pour établis les faits dont elle faisait état et en prenant parti sur leur qualification d'infractions à différentes dispositions législatives et réglementaires ».

— Dans la ligne ouverte par l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 2 mars 1999 précité, le rôle du rapporteur a enfin été circonscrit de manière précise. Dans l'arrêt d'Assemblée du 3 décembre 1999, Didier (15), concernant le Conseil des marchés financiers, le Conseil d'État a jugé que le rapporteur ne peut participer au délibéré lorsqu'il a participé à l'engagement des poursuites, ou bien lorsqu'il a joué le rôle d'une sorte de juge d'instruction. La Cour de cassation a ensuite retenu une approche

similaire dans un arrêt qui concerne la procédure disciplinaire des avocats (16).

B. Le pragmatisme du juge demeure cependant réel

Deux exemples peuvent illustrer ce propos.

— La jurisprudence concernant la participation du rapporteur au délibéré pouvait a priori sembler conduire de manière assez naturelle à une séparation fonctionnelle au sein des autorités de régulation entre autorités de poursuite et autorités de jugement. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 7 mars 2000, Société KPMG (17), l'avait exigé s'agissant de la C.O.B., et cette séparation avait été mise en place peu après par le décret n° 2000-721 du 1^{er} août 2000 qui faisait du directeur général de la C.O.B. l'autorité de poursuite, tandis que le président dirigeait les débats de la formation disciplinaire. Le risque était que cette séparation fonctionnelle à l'intérieur d'un même organisme paraisse assez artificielle et qu'à terme, l'on en vienne à exiger soit la scission, soit la pénalisation de la répression, puisque c'est après tout devant le juge pénal que la séparation des poursuites et du jugement est le mieux assurée.

Le Conseil d'État a cherché à parer à ce risque par l'arrêt de Section du 20 octobre 2000, Société Habib Bank Ltd. Cet arrêt affirme d'abord que l'auto-saisine en matière disciplinaire ne méconnaît pas l'article 6, § 1, ce qui est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation (18). De ce préalable, le Conseil d'État déduit qu'il n'est pas nécessaire de séparer fonctionnellement l'engagement des poursuites et leur

jugement. Le Conseil se borne à interdire, comme je l'ai déjà mentionné, que la motivation de la décision d'auto-saisine révèle un pré-jugement : elle doit être rédigée avec prudence, en des termes qui ne donnent pas à penser que la culpabilité de la personne poursuivie et la matérialité des faits sont déjà établis (19).

Une première approche de cette jurisprudence serait de dire que les arrêts, Didier et Société Habib Bank se contredisent : le premier exige une séparation des fonctions alors que le second valide la confusion des mêmes fonctions pour autant que certaines précautions d'ordre oratoire soient prises. Mais il me semble plutôt que les deux arrêts sont non pas contradictoires, mais complémentaires : l'arrêt Société Habib Bank permet de sauver la logique de l'arrêt Didier en évitant qu'on la pousse trop loin ; et l'on ne saurait dire que les contraintes que l'arrêt Société Habib Bank met à l'auto-saisine sont faibles, car on ne peut pas les comprendre séparément de celles que pose l'arrêt Didier.

On voit à travers ce premier exemple que l'approche de la régulation par le juge est empreinte de pragmatisme. Les solutions ne sont pas déduites d'une construction logique a priori, mais le juge cherche à trouver un équilibre d'ensemble qui lui paraisse satisfaisant entre une certaine souplesse de fonctionnement et les garanties des justiciables.

— Un second exemple montre que le Conseil d'État peut parfois assouplir de manière remarquable les règles de fond de prononcé des sanctions : dans un arrêt de Section du 22 novembre 2000, Société Crédit agricole Indosuez Cheuvreux (20), le Conseil d'État a refusé de

- (12) *Cass. com.*, 18 juin 1996, *Bull. civ. IV*, n° 179 ; 1^{er} décembre 1998, *Bull. civ. IV*, n° 283 ; Paris, 7 mai 1997 (2 esp.), *Gaz. Pal.*, 7 décembre 1996, p. 619, *concl. Y. Jobard, Rev. dr. bancaire et bourse* 1997, p. 199, *D.* 1998, *somm.* p. 65, *obs. I. Bon-Garcin, D.* 1998, *somm.* p. 77, *obs. Y. Reinhard. V. également Paris*, 2 juillet 1999, *Petites Affiches du 15 octobre 1999*, p. 4, *note C. Ducouloux-Favard (mention au rapport public de la C.O.B.)*.
- (13) *C.E.*, *Ass.*, 23 février 2000, *Société Labor Métal, Rec.*, p. 83, *concl. A. Seban ; A.J.D.A.* 2000, p. 404, *chron. M. Guyomar et P. Collin ; R.F.D.A.* 2000, p. 435, *concl. A. Seban*.
- (14) *J.C.P.* 2001. II. 10459, *concl. F. Lamy ; A.J.D.A.* 2000, p. 1001, *chron. M. Guyomar et P. Collin*, p. 1071, *note P. Subra de Bieusses*.
- (15) *Rec.*, p. 399 ; *R.F.D.A.* 2000, p. 584, *concl. A. Seban ; A.J.D.A.* 2000, p. 126, *chron. M. Guyomar et P. Collin ; J.C.P.* 2000. II. 10267, *note F. Sudre*.
- (16) *Cass. civ. 1^{re}*, 23 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 151, p. 99 ; *A.J.D.A.* 2000, p. 762, *obs. P. Sargos*.
- (17) *J.C.P.* 2000. II. 10408, *note R. Drago*.
- (18) *Cass. civ. 1^{re}*, 13 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 391, p. 273, à propos de la discipline des avocats.
- (19) Voir dans le même sens : *C.E.*, 27 juillet 2001, *Société Mercury Capital Markets*, n° 224.100.
- (20) N° 207.697, à paraître au *Recueil, R.J.D.A.* 3/2001, p. 242, *concl. (contraires) A. Seban ; C.J.E.G.*, février 2001, p. 68, *concl. ; Rev. dr. bancaire et financier*, janvier-février 2001, p. 28, *obs. M.-A. Frison-Roche ; Petites Affiches du 27 avril 2001*, p. 18, *note J.-F. Barbieri*.

faire application du principe de la personnalité des peines aux sanctions pécuniaires infligées par une autorité de régulation à une personne morale, tout en l'appliquant aux sanctions disciplinaires. Cette décision est intéressante en ce qu'elle contredit la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les sanctions infligées par la Commission des opérations de bourse (21), tout comme d'ailleurs les sanctions pénales (22). Il ne fait pas de doute que cette divergence est inspirée par le souci d'assurer une meilleure efficacité des pouvoirs des autorités de régulation.

IV. Un régime juridique moins formaliste mais susceptible d'évoluer pour les autres décisions

A. Un formalisme allégé caractérise le régime des décisions qui ne présentent pas le caractère de sanctions. Elles ne bénéficient notamment pas des garanties du procès équitable.

Comme l'article 6, § 1 met exactement sur le même plan les « accusations en matière pénale » et les « droits et obligation de caractère civil », et qu'en conséquence, la Cour de Strasbourg ne distingue en rien leurs régimes procéduraux, on pouvait s'attendre à ce que la solution des arrêts Didier et Oury pour les sanctions ressortissant à la « matière pénale » au sens de l'article 6, § 1 soit également appliquée lorsque les autorités de régulation statuent sur des « droits et obligations de caractère civil » au sens de l'article 6, § 1.

Or, il n'en est rien. Le Conseil d'État l'a jugé dans une décision du 22 juin 2001 Société Athis (23) concernant le retrait par la C.O.B. de l'agrément d'une société

de gestion de portefeuille, à titre de mesure de police et non de sanction ; cette mesure entraine incontestablement dans le champ d'application de l'article 6, § 1, *ratione materiae*, mais le Conseil d'État écarte l'application de ces stipulations au motif qu'elles « n'énoncent aucune règle ou principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé de décisions par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi » (24)

Le Conseil d'État a peut-être pensé qu'appliquer les garanties de l'article 6, § 1 dans ce cas-là risquait d'entraîner trop loin dans la voie de la « juridictionnalisation » des procédures administratives.

B. Une évolution est possible vers un formalisme plus strict : si la jurisprudence concernant l'action de l'administration est traditionnellement peu formaliste, en dehors de la matière des sanctions administratives, c'est peut-être en partie parce que la légitimité de l'administration traditionnelle agit sous la direction et la surveillance des autorités politiques désignées démocratiquement. Or, on l'a dit, cet argument ne vaut pas pour les autorités de régulation, dont la légitimité tend à se rapprocher de celle des juridictions. Du coup, on peut se demander s'il ne convient pas de leur appliquer un régime procédural plus strict même lorsqu'elles ne sont pas appelées à prendre des sanctions.

— Une décision récente est peut-être annonciatrice d'une évolution en ce sens. Il résulte d'une jurisprudence ancienne et constante que le principe général des droits de la dé-

fense s'applique aux sanctions mais non aux mesures de police. Or un retrait d'agrément peut être l'un ou l'autre, suivant les motifs qui le sous-tendent, et il est souvent très difficile de le classer dans la bonne catégorie (25). Mais le Conseil d'État vient d'harmoniser le régime procédural applicable aux retrait et refus d'agrément, ce qui est de nature à améliorer la sécurité juridique pour les régulateurs. Il décide en effet qu'un refus d'agrément — qui a nécessairement un caractère de mesure de police — doit faire l'objet d'une procédure contradictoire : C.E., 21 novembre 2001, Société Financière Rembrandt, n° 231.230, à paraître au Recueil, à propos du Conseil des marchés financiers. Cette solution s'étend logiquement à un retrait d'agrément prononcé à titre de mesure de police.

— Il est possible que, progressivement, on voie apparaître des situations dans lesquelles des décisions qui ne sont pas des sanctions seront soumises à un régime plus strict parce qu'elles conditionnent une décision de sanction à intervenir. Par exemple, la Commission bancaire peut nommer un administrateur provisoire à qui sont transférés tous les pouvoirs de direction et de représentation de la banque. Cette nomination, qui était autrefois une décision juridictionnelle, est désormais une décision administrative qui s'effectue sans formalisme particulier. Or, elle conditionne très largement la procédure de sanction ultérieure, dans la mesure où la contradiction ne s'exercera qu'entre la Commission bancaire et l'administrateur provisoire qu'elle a elle-même désigné, les anciens dirigeants et les actionnaires de la banque étant entièrement évincés.

(21) Cass. com., 15 juin 1999, Bull. civ. IV, n° 127.

(22) Cass. crim., 20 juin 2000, Bull. crim. n° 237, p. 702.

(23) N° 193.392, à paraître au Recueil. Dans une décision du 28 juillet 2000, Jessua (n° 210.798, à paraître au Recueil), le Conseil d'État avait déjà rejeté un moyen tiré de la violation de l'article 6, § 1 par le C.M.F. statuant sur l'approbation du programme d'activité d'une entreprise d'investissement au motif que cette instance est un organisme administratif et non un tribunal. C'était déjà marquer nettement le refus d'appliquer la jurisprudence Didier dans un cas où le C.M.F. se prononce sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6, § 1, puisque le droit d'exercer une profession présente incontestablement ce caractère.

(24) Le caractère absolu de cette motivation, qui reproduit la jurisprudence antérieure à l'arrêt Didier, semble contredire directement ce dernier, mais il ne semble pas qu'il faille retenir cette lecture extensive de la décision.

(25) Mesure de police : C.E., 23 mai 1997, Société Amérique Europe Asie, Rec., p. 196 ; 12 mars 1999, S.A. Jacqueline du Roure, Rec., p. 60 ; 22 juin 2001, Société Athis, préc. Sanction : C.E., 20 décembre 2000, Société A Conseil Finances, n° 221.215, à paraître au Recueil.

C'est une formule qui laisse un certain sentiment de malaise et qui est peut-être amenée à évoluer, étant précisé toutefois qu'elle résulte de la loi.

— Enfin, on peut signaler l'incidence de la jurisprudence Procola sur les autorités de régulation. Dans l'arrêt du 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, la Cour européenne des droits de l'homme a censuré le cumul d'attributions consultatives et contentieuses par le Conseil d'État luxembourgeois. On avait pu penser que cet arrêt, très commenté, resterait sans postérité jusqu'à ce que la Cour de Strasbourg ne vienne récemment nous le rappeler à propos d'une affaire concernant le Royaume-Uni, dans laquelle le « bailli » avait présidé la juridiction administrative qui avait examiné un recours dirigé contre une décision prise sur la base d'un plan d'aménagement adopté par un organisme présidé par le même « bailli » (26) : une telle hypothèse peut se rencontrer à chaque fois qu'un régulateur sanctionne la méconnaissance d'un règlement qu'il a édicté. Cette approche peut évidemment avoir des conséquences importantes sur les pouvoirs des autorités de régulation et leur organisation, dès lors que tant la Cour de cassation que le Conseil d'État les ont soumises à l'article 6, § 1, pour une partie de leurs activités.

Conclusion

Depuis quelques années, les juridictions administratives et judiciaires sont à la recherche d'un équilibre satisfaisant entre efficacité et formalisme. Recherche nécessairement un peu tâtonnante, parce qu'elle avance au gré des litiges et non en

fonction de la hiérarchie des problèmes et des priorités, et aussi en raison du dialogue nécessaire et fructueux entre les deux ordres de juridiction. Ce processus expose bien entendu à mécontenter aussi bien les praticiens que les juristes :

— les praticiens, qui trouvent parfois que les juges leur imposent un formalisme excessif et qui se plaignent en outre de la révélation progressive des règles du jeu ;

— les juristes, qui trouvent pour les uns que le juge fait des compromis dont la pure logique ne rend qu'imparfaitement compte, et pour les autres que les garanties de forme sont bien... formelles !

Il serait hasardeux de se livrer à des pronostics sur l'évolution de la jurisprudence, mais on peut avoir le sentiment qu'avec les décisions rendues depuis trois ans, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont balayé les grandes questions procédurales que soulève le droit de la régulation et fixé un cadre désormais assez clair. Il reste cependant à savoir si la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation vont suivre des décisions comme Société Habib Bank ou Société Athis.

En revanche, sur le fond des décisions prises par les autorités de régulation, on peut imaginer que le juge, compte tenu de l'importance des enjeux, pourra être tenté d'entrer peut-être plus qu'il ne le fait aujourd'hui dans le débat technique, quitte à user largement de ses pouvoirs d'instruction, en particulier l'expertise. Peut-être peut-on trouver confirmation de ce sentiment dans une décision comme l'arrêt de Section du 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company (27), par lequel le Conseil d'État se reconnaît un contrôle complet sur le point de savoir

si une décision prise par l'administration dans l'exercice de son pouvoir de contrôle des concentrations économiques porte une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie compte tenu des propositions de la société pour compenser les effets anti-concurrentiels du projet ; on voit le Conseil d'État, dans une décision très fortement motivée, se livrer à une étude approfondie de la notion de « marché pertinent » ou d'« effet de gamme », qui montre que le contrôle normal n'est pas une vaine formule, et que la Section du contentieux ne répugne pas à entrer dans une discussion technique, pour autant qu'on lui en soumette les termes de manière claire et complète.

(26) C.E.D.H., 8 février 2000, *Mc Gonnell c/ Royaume-Uni*. V. également C.E.D.H., 25 juillet 2000, *Tierce et autres c/ Saint-Marin*.

(27) *Rec.*, p. 119.

Michel Gentot — Pourriez-vous être un petit peu plus précis sur les conséquences que pourrait avoir sur le fonctionnement des autorités administratives indépendantes l'arrêt Procola c/ Luxembourg du 28 septembre 1995, que vous avez par ailleurs fort bien analysé ?

Alain Seban — Je me place toujours dans la perspective de l'extension de l'article 6 aux procédures qui ne sont pas des procédures de sanction. L'arrêt Procola permet de réfléchir à l'interférence entre des procédures qui sont d'une part juridictionnelles, donc soumises par essence à l'article 6, et d'autre part purement consultatives, de nature administrative. Il me semble que c'est l'un des grands enjeux procéduraux pour les autorités de régulation de savoir dans quelle mesure l'article 6 va contaminer les décisions administratives prises en matière de droits et obligations de caractère civil. Pour l'instant, le Conseil a posé un garde-fou assez ferme avec l'arrêt Société Atis, il faut maintenant se demander si les juridictions de l'ordre judiciaire vont suivre et si la Cour européenne des droits de l'homme suivra elle aussi. Pour l'instant les arrêts Didier, Oury vont semble-t-il plutôt au-delà de sa jurisprudence, mais ils peuvent lui donner quelques idées...

Marie-Anne Frison-Roche — Sans anticiper sur les politiques jurisprudentielles du juge judiciaire, il est peu probable que celui-ci reprenne cette distinction entre la matière pénale, saisie par l'article 6, et la matière civile, qui en serait exemptée. Cela tient certes à une affection que les tribunaux judiciaires semblent avoir pour ce texte mais aussi, et comment le critiquer, au respect de la lettre même de l'article 6 qui applique expressément l'exigence du procès équitable et de l'impartialité du tribunal à la matière civile.

Par ailleurs, Alain Seban estime à juste titre que bien des questions procédurales sont désormais réglées. Il en demeure tout de même une qui n'a pas reçu de réponse. Elle tient au pouvoir d'action. À la fois, l'exercice de ce pouvoir d'action pose difficulté par rapport à l'exigence d'impartialité objective et l'on peut être tenté d'en ôter la disposition à l'autorité de régulation. Mais dans le même temps, la régulation ne peut se faire efficacement que si l'autorité peut se saisir elle-même sans attendre le bon vouloir soit de l'administration centrale soit des opérateurs. Le droit d'auto-saisine, corrélation naturelle du pouvoir autonome d'enquête, est ce qui permet une régulation effective du système. Il faut donc le sauver d'une attaque à laquelle la puissance de l'article 6 l'expose. Ce fut d'ailleurs l'objet des décrets du 1^{er} août 2000 concernant la C.O.B., redistribuant dans l'institution entre le président et le directeur général l'exercice de cet indispensable pouvoir pour échapper à sa privation brutale par le seul fait de l'article 6. Ainsi, la potentialité de l'application de l'article 6 au droit d'action a entraîné une modification institutionnelle importante. On peut s'attendre à d'autres effets.

Alain Seban — Sans vouloir lancer un débat à la tribune, je pense être plus optimiste que vous sur l'imagination du juge judiciaire, notamment au vu de l'arrêt Hadad de la chambre commerciale de la Cour de cassation en 1996, qui affirme qu'il faut respecter toutes les garanties de l'article 6-1 sauf l'audience publique, parce que c'est une garantie de forme, alors que je ne vois pas dans l'article 6-1 de distinction entre les garanties de forme et les garanties de fond. Tout est mis exactement sur le même plan. Pourquoi ne distinguerait-il pas aussi entre les accusations en matière pénale et les droits et obligations de caractère civil ?

Marie-Anne Frison-Roche — La comparaison n'a pas pleine pertinence parce que c'est une chose d'interpréter les silences et les creux d'un texte, la publicité des audiences ayant toujours subi des inflexions au regard notamment d'autres intérêts, c'en est une autre d'affirmer le contraire de ce que dit un texte, puisqu'il s'agissait dans le

présent cas du principe même d'applicabilité de l'article 6, lequel pose à la lettre qu'il régit la matière civile, ce qui rend difficile l'affirmation grammaticalement contradictoire selon laquelle il ne la concerne pas. Je renvoie ici à vos justes propos selon lesquels le principe d'efficacité ne doit pas détruire l'État de droit.

Jean-Yves Chérot — Le principe d'impartialité des autorités administratives est un principe général du droit administratif qui concerne non seulement les autorités indépendantes mais toute l'administration. Quelle est exactement la portée du principe d'impartialité en tant que principe général du droit ? Quelles sont les conséquences que l'on a tiré de ce principe d'impartialité et en quoi seraient-elles différentes de celles que l'on tire de l'impartialité visée à l'article 6-1 de la C.E.D.H. ?

Alain Seban — Le principe d'impartialité, vous avez raison, est un principe général du droit. Je crois qu'on ne l'a jamais affirmé comme tel mais cela a toujours été très clair dans la jurisprudence ; je pense notamment à un arrêt de section de 1958, Louis, concernant le Conseil supérieur de l'éducation nationale ; je pense aussi à la décision du Conseil constitutionnel concernant la C.O.B. qui, à l'instar de toute autorité administrative, doit respecter le principe d'impartialité. Est-ce qu'il a un contenu différent suivant qu'on le déduit de l'article 6-1 ou d'un principe général du droit interne ? Je ne le crois pas. D'ailleurs, un arrêt d'Assemblée relativement récent du 6 avril 2001, Société Razel Frères, qui concerne les chambres régionales des comptes, illustre bien ce raisonnement. Devant la Cour des comptes, en matière de gestion de fait, l'article 6-1 n'est pas applicable, mais on applique les principes concernant le rôle du rapporteur de la jurisprudence Didier, dans la mesure où on ne veut pas donner au principe général d'impartialité, principe général du droit interne, une extension différente de celle du principe d'impartialité déduit de l'article 6-1. Donc, le champ des deux principes est a priori le même ; simplement l'article 6-1 est évidemment un peu plus puissant, puisqu'il permet d'écarter des textes de droit interne au niveau législatif.

Michel Gentot — Je ne vois pas en effet de jurisprudence ayant expressément indiqué qu'il s'agissait d'un principe général du droit ; en revanche, il y a une centaine d'arrêts que beaucoup connaissent ici sur le détournement de pouvoir, sur le fait que l'administration ne peut se servir de ses pouvoirs à des fins étrangères à l'intérêt du service. Le fait que l'administration ne doit pas commettre de détournement de pouvoir, est un principe général du droit et d'une certaine manière, chaque fois que l'administration se conduit de manière partielle à l'égard de ceux qui la saisissent, elle commet un détournement de pouvoir.

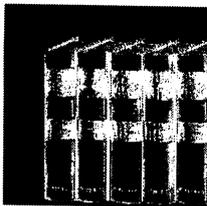
Lucien Rapp — Il s'y ajoute, Monsieur le président, le fait que sur le terrain du droit des marchés publics, il existe par exemple un délit de favoritisme qui est une manière d'affirmation implicite du principe d'impartialité si tant est que l'on puisse parler de principe. Quant à affirmer que les procédures de passation doivent être objectives, transparentes et non discriminatoires, n'est-ce pas encore aller dans le sens du devoir d'impartialité de l'administration ? Mais je concède volontiers à mon tour que je n'ai pas le souvenir d'avoir vu affirmé solennellement ou même revendiqué par un justiciable, un principe d'impartialité au sens de l'excellente question que soulève Jean-Yves Chérot.

Marie-Anne Frison-Roche — On peut chercher, au-delà de la présence ou de l'absence d'un même mot, à trouver dans diverses règles et des solutions variables l'existence d'un même objet pour ramener l'unité de l'explicite et l'implicite dans un même sens. Cela permet à l'occasion de donner un coup de griffe, en montrant par exemple que la jurisprudence européenne sur l'impartialité n'aurait pas d'intérêt puisqu'on dispose déjà d'une notion complète et efficace dans le droit public interne, qu'on pourrait donc se passer de la notion européenne, voire qu'on doit s'en passer. Mais, même à obtenir l'unicité du vocable, est-on bien sûr de l'unicité du contenu ? En effet, comme

le soulignait le président Michel Gentot, il y a convergence des sens concernant l'impartialité subjective, à travers notamment la sanction du détournement de pouvoir. Mais retrouve-t-on pareillement l'impartialité objective dans le droit interne ? Il s'agit en effet d'exiger une impartialité « qui se donne à voir » : l'organe en cause doit en permanence donner les apparences de l'impartialité, c'est-à-dire fournir en permanence par son organisation même et son fonctionnement l'assurance de son impartialité. L'apparence est alors non pas ce qui est la surface des choses mais l'obligation de faire venir à cette surface la profondeur des organisations. Il faut assumer le paradoxe, aussi vrai en droit qu'en esthétique : rien n'est plus profond, solide et vrai que l'apparence. La charge de preuve de l'impartialité repose donc sur l'organe lui-même. Alors que l'impartialité subjective est présumée, l'impartialité objective ne l'est pas puisque l'institution en cause doit la donner à voir. Le cumul des fonctions peut venir en contradiction avec l'impartialité, non pas en tant que tel mais par la représentation qu'il engendre chez les tiers qui l'observent, essentiellement le justiciable concerné. En effet, si celui-ci peut douter de l'impartialité de ceux qui les jugent, parce que l'organisation de l'institution au sein de laquelle ils le jugent peut engendrer le soupçon de préjugé, alors c'est le seul fait de cette représentation, le seul fait du soupçon que celle-ci engendre, qui porte atteinte à l'impartialité objective. Qu'on soit content ou pas content de cette définition, de cette théorie, des implications de celle-ci, il faut prendre acte qu'elles ne recouvrent pas le sens que le droit interne attache à l'impartialité.

Michel Gentot — Vous avez tout à fait raison, mais cette théorie de l'apparence est encore contestée par de nombreux juristes français et beaucoup pensent encore en France que la réalité des choses importe plus que les apparences, et que les apparences sont souvent trompeuses, ce qui est beaucoup plus grave.





JEAN MARIMBERT

Directeur général de l'Autorité de régulation des télécommunications

Le thème d'intervention qui m'a été assigné présente un paradoxe apparent. En effet, la notion d'office connote, pour les juristes, un lien avec l'activité juridictionnelle, comme en témoigne l'expression consacrée « d'office du juge ». Dans les manuels et parfois les tables de classement des décisions juridictionnelles, elle est utilisée pour désigner l'ensemble des prérogatives et des obligations du juge dans l'exercice même de sa fonction juridictionnelle.

Dès lors, n'est-il pas singulier de transposer cette notion à des organismes de régulation qui ne sont pas des organismes juridictionnels mais des autorités administratives, soumises au contrôle du juge dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, quand bien même il s'agit d'organes administratifs originaux en ce que, par la volonté du législateur et tout en faisant partie intégrante de l'État, ils bénéficient de garanties d'indépendance par rapport au gouvernement, qui ne dispose à leur égard, de manière générale, ni de pouvoir de contrôle hiérarchique ni de pouvoir de tutelle ?

Ce qui est à première vue un paradoxe s'éclaire bien entendu lorsque l'on prend en compte l'étendue des attributions données par le législateur à certains organismes de régulation. Elle atteint son point maximum pour les autorités de régulation qui ont été créées pour accompagner, stimuler et orienter des processus d'ouverture de marché dans des activités de réseaux. À l'image de l'A.R.T. et de la C.R.E., de telles autorités bénéficient d'un cumul de certaines fonctions traditionnellement

associées à l'action administrative et d'autres fonctions plutôt associées à la puissance juridictionnelle, qu'il s'agisse de la prérogative quasi pénale ou para-pénale d'infliger des sanctions, ou bien de la faculté quasi civile de trancher des litiges qui pourraient être soumis concurremment au juge de droit commun.

Le principe même de cette situation de cumul a déjà été trop abondamment souligné et analysé ces derniers temps pour que je m'appesantisse sur lui dans le cadre de ce bref exposé. Il faut néanmoins retenir que cette situation a pour conséquence que les autorités indépendantes de régulation (A.I.R.) sont en quelque sorte des autorités administratives auxquelles on demande de se comporter assez largement comme des juges quand elles exercent certaines de leurs attributions. Je fais ici allusion bien sûr à l'assujettissement de certaines catégories de décisions des A.I.R. à un régime inspiré de celui auquel le justiciable a droit dans son rapport aux juridictions.

Sans revenir en détail sur la portée de ce régime, je rappelle qu'il découle pour une part d'exigences constitutionnelles internes qui ont conduit à transposer à l'ensemble des sanctions administratives « ayant le caractère d'une punition » — qu'elles soient prononcées ou non par une autorité indépendante — l'essentiel du régime protecteur applicable en matière pénale (1), et pour une autre part de l'influence grandissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au titre du droit au procès équitable que pose l'article 6 de la Convention,

aussi bien pour les « accusations en matière pénale » que pour les litiges concernant des « droits et obligations de caractère civil ». L'Autorité de régulation des télécommunications, pour ce qui la concerne, s'est efforcée de traduire dès juin 1999 dans son règlement intérieur l'essentiel des exigences susceptibles d'en découler du point de vue de la procédure.

Mais la manière dont les A.I.R. officient quand elles exercent leur pouvoir de sanction ou quand elles règlent des litiges ne peut être indifférente à leur identité, à la vocation propre des régulateurs et aux missions que le législateur a confiées à chacune des autorités concernées.

Il en découle une sorte de tension réciproque, permanente et globalement féconde entre le métier du régulateur et l'accomplissement de son office dans les domaines qui sont soumis à l'influence du régime du procès. Avoir de tels pouvoirs renforce, il ne faut pas l'oublier, la main du régulateur dans la poursuite de ses objectifs ; en même temps, il peut parfois avoir le sentiment que les contraintes, de procédure et de fond, qui encadrent l'exercice de ces pouvoirs pèsent sur l'efficacité ou la rapidité de son action.

Je voudrais dans les quelques minutes qui suivent donner un bref aperçu de cette tension beaucoup plus enrichissante que frustrante en définitive. Il s'agira pour moi de rappeler quelques éléments spécifiques du rôle imparti au régulateur, qui transcendent la distinction entre ses fonctions quasi juridictionnelles et les autres, et

(1) *Cons. const.*, déc. n° 82-15506 du 30 décembre 1982, *Loi de finances notification 1982 Dec/88*.

marquent en même temps la singularité du rôle du régulateur par rapport à celui du juge. Chemin faisant, je ferai mention de quelques points problématiques, voire de contradictions que le régulateur doit affronter pour concilier sa vocation première et le respect de ses obligations dans l'exercice de celles de ses prérogatives que je qualifierai, par commodité de langage et sans esprit de système, de quasi juridictionnelles.

I. L'office du régulateur est guidé par les finalités d'intérêt public définies par le législateur

L'office du régulateur dans ses fonctions de sanction ou de règlement de litige s'inscrit dans la perspective plus large des objectifs généraux que le législateur assigne à son action. Il peut s'agir de veiller sur la longue période à préserver des impératifs essentiels dans le cours de la vie économique et financière, comme s'y attache notamment la Commission des opérations de bourse au nom de la sécurité et de la fiabilité des transactions boursières et de la protection de l'épargne publique, ou encore bien entendu le Conseil de la concurrence au nom de la sauvegarde d'une concurrence loyale face aux atteintes que peuvent lui porter sur les marchés certains comportements d'ententes ou d'abus de position dominante ou l'évolution des structures mêmes des marchés. Il peut s'agir également de préserver et de concilier des valeurs constitutionnelles telles que la liberté de communication audiovisuelle avec le pluralisme des courants de pensée et d'opinion, ou encore la sauvegarde de l'ordre public,

comme s'y emploie le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Il peut également s'agir de favoriser des processus d'ouverture à la concurrence et de construction de véritables marchés dans des activités jadis vouées au monopole, et mon témoignage d'aujourd'hui est évidemment très influencé par mon appartenance à une des autorités évoluant dans cette dernière catégorie.

De tels régulateurs doivent situer constamment leur action dans un processus dont le cheminement est sinueux, pas complètement prévisible et parfois chaotique. Leur mission les conduit à s'interroger en permanence pour savoir quel impact leurs décisions sont susceptibles d'avoir sur le système d'interactions économiques qu'elles doivent faire évoluer et fortifier.

L'utilisation du pouvoir de sanction, comme la manière de trancher un litige, sont donc rapportées par le régulateur à cette finalité d'intérêt public : sanctionner ou non un manquement, trancher dans un certain sens un différend entre opérateurs, sont pour lui des actes de régulation. La sanction n'est pas seulement la rétribution d'une atteinte au droit des télécommunications, mais elle est aussi un signal adressé à l'ensemble du marché au-delà de l'auteur du manquement. Le règlement d'un différend n'est pas seulement le dénouement d'un litige commercial important et parfois crucial pour la partie qui a saisi le régulateur, mais c'est aussi l'expression d'une ligne de conduite proportionnée et équitable qui a vocation à être ensuite spontanément appliquée par les acteurs du marché placés dans des situations similaires ; quand ils n'ont pas car-

rément l'obligation de le faire, comme c'est le cas en matière d'interconnexion par l'effet du principe de non-discrimination qui aboutit de proche en proche à une diffusion générale des solutions retenues dans le cadre d'un règlement de litige.

C'est dire que le régulateur a davantage le respect du droit que la religion de la règle.

Tel est en tout cas un des enseignements que je tire de l'année que j'ai déjà passée au sein de l'A.R.T., au contact quotidien de ses services qui instruisent les dossiers et préparent les expertises nécessaires, de son collègue qui délibère collectivement et se prononce sur les choix. Tel est aussi l'état d'esprit qui se dégage des interventions publiques de son président.

Le droit est pour le régulateur toujours un repère, souvent un levier, parfois une contrainte. Il répugnera en tout état de cause à devoir conclure que l'état du droit lui impose une solution contraire à l'exigence du développement concurrentiel du marché dont il se sent le dépositaire sinon le garant en vertu de la loi.

Il ne s'accommodera pas aisément, avant toute chose, de devoir conclure d'emblée qu'il n'est pas compétent pour faire ce qui lui est demandé lorsque cela lui paraît justifié du point de vue de la construction d'un état concurrentiel. Et le juge a parfois eu à valider avec pragmatisme l'interprétation large que le régulateur avait cru devoir faire de ses compétences lorsqu'elle lui est apparue nécessaire pour exercer efficacement ses missions. L'arrêt du 28 avril 1998 de la Cour d'appel de Paris illustre bien cette approche téléologique de l'interprétation des pouvoirs

du régulateur, lorsqu'il déduit des termes de l'article L. 36-8 du Code des postes et télécommunications sur les règlements de différends que « l'Autorité est investie du pouvoir d'émettre des prescriptions, voire de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire, de manière à rendre effective la réalisation des travaux et des prestations nécessaires pour assurer la liberté d'accès aux services de télécommunications » (2).

Quant à la détermination des solutions de fond, le régulateur l'effectue en étant guidé par la recherche d'une issue qui soit à la fois équitable, favorable à la dynamique de construction d'un marché concurrentiel et compatible avec les évolutions technologiques. Il s'y emploie dans un contexte évolutif nécessitant souvent une interprétation raisonnée d'une règle de droit datant d'il y a quelques années.

II. Les pouvoirs « quasi juridictionnels » du régulateur s'inscrivent dans un registre d'intervention plus large

Les A.I.R. tiennent de la loi une gamme étendue de modes d'intervention. Elle va du pouvoir réglementaire, qui leur est parfois accordé dans la mesure limitée qu'autorise la jurisprudence du Conseil constitutionnel (3), jusqu'aux prérogatives de sanctions et de règlements de litiges. Mais entre ces deux extrêmes, se logent plusieurs catégories d'intervention qui englobent des décisions individuelles d'administration assez classiques (autorisations, agréments) et des modalités d'action plus originales parce que n'ayant pas de portée

décisionnelle directe, telles que les lignes directrices, les recommandations ou autres « positions ». Ces formes d'expression du régulateur correspondent bien à sa vocation en ce qu'elles lui permettent de donner aux acteurs du marché une certaine visibilité, c'est-à-dire des repères sur les fondements et les orientations qui sous-tendent l'action du régulateur dans un domaine considéré. Guider les anticipations des opérateurs et peser par ce biais sur leur comportement sont des approches qui relèvent naturellement de la mission du régulateur et qui sont même premières par rapport à l'usage de moyens d'action plus directs, contraignants, voire coercitifs.

La dynamique de son action peut conduire le régulateur à utiliser dans une même matière, sinon sur une même affaire, plusieurs des leviers que je viens d'évoquer, successivement en règle générale, mais parfois quasi simultanément. Pour ne prendre qu'un seul exemple, l'A.R.T. a été amenée à rechercher une stimulation du processus de dégroupage de la boucle locale du réseau téléphonique, prévu par les textes communautaires et nationaux, en empruntant plusieurs voies : celle du dialogue avec l'opérateur historique, celle de la concertation technique sous son égide entre l'opérateur historique et les opérateurs entrants, celle de la mise en œuvre pour la première fois en Europe de dispositions d'un règlement communautaire qui permet au régulateur d'imposer à l'opérateur historique des modifications de son offre de référence, et celle du lancement de procédures de sanction de sa propre initiative ou sur saisine d'un opérateur. Il

ne manquait plus à cette panoplie que le règlement de litige, mais cette lacune est en passe d'être comblée puisqu'un des opérateurs investis dans le dégroupage a déposé une demande de règlement de différend portant sur plusieurs aspects technico-économiques du processus.

Dans un processus de changement, cette capacité de jouer successivement ou alternativement sur plusieurs registres est un facteur de souplesse et d'efficacité, puisque le régulateur peut ainsi graduer son mode d'intervention et faire émerger par des voies complémentaires des éléments de solutions à l'équation globale qu'il doit résoudre.

Faut-il encore que le fait d'avoir envoyé des signaux sur un sujet donné par des voies non décisionnaires ne le fragilise pas quand il est saisi ensuite d'une demande de règlement de différend ou quand il prononce une sanction. En d'autres termes, qu'on ne lui oppose pas ses initiatives ou prises de positions antérieures comme autant de « pré-jugements » entachant la régularité de sa décision.

À cet égard, la jurisprudence apporte plutôt par son pragmatisme des éléments d'apaisement, en rapport avec les exigences de l'action régulatrice. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris, saisie par France Télécom d'un recours contre une décision de règlement de différend, a écarté un grief tiré de l'atteinte à l'impartialité du régulateur en relevant que si l'Autorité avait, dans un courrier antérieur au règlement de litige, détaillé l'ensemble des points qu'elle souhaitait voir figurer dans le projet de catalogue d'interconnexion de l'opéra-

(2) Paris, 1^{er} ch., 28 avril 1998, S.A. France Télécom c/ S.N.C. Compagnie générale des Eaux exerçant sous le nom de Compagnie générale de Videocommunication.

(3) Notamment décision n° 248-D.C. du 17 janvier 1989 sur la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

teur historique, les termes de son courrier ne reflétaient ni parti pris ni préjugé, et ne justifiaient pas un doute légitime sur l'impartialité de celui qui les avait écrits (4). Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État a admis qu'une autorité de régulation puisse s'auto-saisir dans le cadre d'une procédure de sanction, à la condition que l'acte d'auto-saisine ne soit pas formulé en des termes qui donneraient à penser que la cause serait déjà entendue (5).

III. Le rapport au temps, dimension essentielle du rôle du régulateur, doit composer avec le respect de certaines garanties dans l'exercice de son office quasi juridictionnel

Le rapport au temps est au cœur du métier du régulateur. Se situant dans un processus économique qui a ses rythmes propres, le régulateur ne peut en faire abstraction sans faillir à sa mission.

Mais les exigences et les attentes que le régulateur doit prendre en compte dans le cadencement de son action portent en pratique sur des horizons divers et d'une certaine manière opposés.

On met souvent en avant, et à juste titre, l'impératif de célérité pour souligner que le régulateur doit savoir décider en intégrant les rythmes courts du marché. Et il est vrai que trancher un litige en temps utile peut représenter une question de survie pour un opérateur, et en tout état de cause que les semaines ou les mois ont un coût d'opportunité qui peut être très élevé et qui n'est pas forcément le même pour une grande entreprise et une « jeune

pousse », pour l'opérateur historique ou pour un opérateur entrant cherchant à lui faire concurrence. Il est également vrai qu'une régulation a priori très réactive est parfois indispensable, par exemple pour éviter qu'un opérateur dominant ne cherche à tuer dans l'œuf la concurrence en pratiquant des tarifs prédateurs ou bien en enfermant ses concurrents dans un « *squeeze* » entre les tarifs des prestations intermédiaires qu'il leur fait payer et les tarifs au client final.

Lorsque ces situations sont appréhendées dans le cadre de procédures gouvernées par des règles inspirées du procès, le régulateur doit concilier leur respect avec l'impératif d'efficacité de son action. Il est évidemment hors de question pour lui de vouloir se soustraire à des principes aussi fondamentaux que ceux du contradictoire pour les litiges et des droits de la défense pour les procédures de sanction. Mais il appartient au régulateur de faire diligence dans la conduite de l'instruction, notamment en adaptant le calendrier de production des mémoires des parties en fonction des circonstances. Il lui incombe aussi d'accueillir, quand les circonstances le justifient, des demandes de mesures conservatoires, comme l'ont fait récemment, dans le domaine des télécommunications, tant l'A.R.T. (6) que le Conseil de la concurrence (7).

Au demeurant, il arrive que les textes aident à cette recherche en scandant eux-mêmes les délais d'exercice des pouvoirs. C'est ainsi que la loi impartit à l'A.R.T. un délai de trois mois renouvelable une fois en fonction des difficultés de l'instruction du litige, pour régler un diffé-

rend. En matière de sanction, c'est le droit communautaire, relayé très récemment par l'article 10 de l'ordonnance du 25 juillet 2001, qui fixe des délais d'un mois pour l'exécution d'une mise en demeure et de deux mois à compter de la notification de la mise en demeure pour le prononcé éventuel d'une sanction.

Mais il ne faut pas se cacher que cette conciliation bute encore sur certains points noirs. Le plus notable d'entre eux tient sûrement aux conséquences de l'exigence d'une mise en demeure préalable avant toute décision de sanction. Cette contrainte, conçue comme une garantie pour le contrevenant dans la mesure où elle lui donne une ultime chance d'échapper à la sanction, semble bien correspondre à une exigence constitutionnelle (8). Mais elle peut engendrer en pratique une sorte de prime à l'inertie, en encourageant les comportements consistant à commettre des manquements, puis à attendre l'approche de l'échéance fixée par la mise en demeure pour y mettre fin. La seule parade, à la vérité partielle, réside dans le déclenchement aussi précoce que possible de la mise en demeure après ouverture de la procédure de sanction, afin de réduire au maximum la période d'impunité. Mais les mois de manquement non sanctionnés peuvent peser lourd lorsqu'ils concernent des marchés importants par leurs enjeux commerciaux et financiers.

Si ce dilemme entre célérité et procédure n'est guère original, on souligne plus rarement qu'il y a des cas où, pour bien remplir son office de régulateur, celui-ci doit au contraire placer ses décisions dans un horizon de moyen terme. C'est ce qu'il

(4) Paris, 1^{re} ch., 27 juin 2000, France Télécom c/ Télécom Développement.

(5) C.E., Sect., 20 octobre 2000, Société Habib Bank Limited.

(6) Décision n° 01-851 du 31 août 2001 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires présentée par la société U.P.C. France.

(7) Décision n° 01-MC-06 du 19 décembre 2001 relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé2 et Cegetel.

(8) Cf. notamment la décision n° 88-248 D.C. du 17 janvier 1989.

fait notamment pour répondre à des attentes de visibilité et de prévisibilité dans des domaines où les enjeux financiers sont particulièrement lourds en termes de poids des investissements et d'impact des décisions du régulateur sur les résultats des opérateurs et, partant, sur leur valorisation boursière.

Les décisions récentes prise par l'A.R.T. pour imposer un programme sur trois ans de baisse des terminaisons d'appels sur le réseau des opérateurs mobiles, en vue de faire diminuer, pour le consommateur, le prix jugé trop élevé des appels fixes vers mobiles, illustrent bien ce type d'approche (9).

Il faut que le régulateur puisse développer de telles démarches stabilisatrices sans se voir opposer des griefs qui seraient inspirés par une conception trop statique de son office. On ne peut par exemple lui reprocher de faire prévaloir une application balisée sur le moyen terme du principe d'orientation vers les coûts prévu par des textes plutôt que de procéder successivement à une série de décisions annuelles ou infra-annuelles dont chacune serait fondée sur les circonstances de droit et de fait prévalant au moment où elles seraient prises.

La publication de lignes directrices s'inscrit dans cette même perspective d'éclairage des choix et des comportements. Dès lors qu'elle ne dispense pas le régulateur d'un examen individuel ultérieur de chaque dossier, elle opère une heureuse conciliation entre le besoin de visibilité des opérateurs et le souci de cohérence du régulateur, sans pour autant lui lier les mains par avance. Le régulateur n'a d'ailleurs pas intérêt à se placer lui-même dans

une situation de compétence liée, à la fois par ce qu'il ne saurait préjuger totalement l'issue d'un litige dont il pourrait être saisi dans la matière concernée, mais aussi parce qu'il doit être en mesure d'ajuster de façon réactive sa doctrine pour tenir compte des novations qui affectent fréquemment le contexte technologique et économique.

*
* *

Bien évidemment, ces spécificités de l'office du régulateur par rapport à l'office du juge mériteraient d'être relativisées.

Par exemple, si le juge n'est pas investi d'une responsabilité spécifique dans la gestion de processus de changement concernant un système de relations économiques, il n'est pas sourd aux finalités que poursuit le législateur ni indifférent aux contraintes liées à la gestion d'interactions complexes. De la même manière, le juge est de plus en plus conscient de l'importance du facteur temps et a entrepris de l'intégrer dans la manière dont il remplit son office, notamment dans le domaine du contentieux économique : les mesures conservatoires, le référé et la hiérarchisation des priorités pour le traitement des recours au fond illustrent cette réceptivité croissante de l'activité judiciaire au facteur temps.

Mais ces quelques remarques se voulaient surtout un appel à ne jamais oublier que le rôle des régulateurs est spécifique, qu'ils n'ont été créés ni pour imiter l'administration classique, ni pour plagier le juge, mais précisément pour construire une méthodologie d'action publique originale qui emprunte à ces deux genres classiques.

Ce serait donc trahir l'intention dont procède la régulation que de vouloir la ramener à de l'action administrative traditionnelle ou à l'inverse la tirer trop loin vers la fonction juridictionnelle.

Il va sans dire que ce témoignage d'un praticien évoluant au sein d'une autorité indépendante de régulation ne vaut absolument pas contestation du régime protecteur qui s'applique aux instances quasi juridictionnelles, et dont les fondements sont solidement établis.

Il est normal, et indispensable, qu'une A.I.R. qui sanctionne respecte scrupuleusement les droits de la défense, la proportionnalité, la personnalité et la non-rétroactivité des sanctions, et toutes les garanties fondamentales qui leur sont assimilables.

Il est normal, et indispensable, qu'une A.I.R. qui règle des litiges ne puisse statuer *ultra* ou *infra petita*, qu'elle s'assure de la recevabilité des demandes en veillant notamment à ce qu'elles aient bien donné lieu à une négociation préalable entre les parties pour ne pas contourner la phase contractuelle, ou encore qu'elle s'en tienne à l'argumentation des parties pour statuer, sauf à la requa-lifier.

Il est normal, et indispensable, dans un cas comme dans l'autre, que les règles du procès équitable soient respectées : impartialité du juge et au-delà de tous ceux qui concourent à l'élaboration de la décision, publicité des débats — sauf lorsque les parties y renoncent de leur propre gré — motivation des décisions, sous réserve de la sauvegarde des secrets protégés par la loi, et notamment du secret des affaires.

(9) Décisions n^{os} 01-970 et 01-971 du 16 novembre 2001 portant sur le niveau des charges de terminaison d'appel sur le réseau de France Télécom Mobiles S.A. et de la Société française de radiotéléphonie.

Enfin et par-dessus tout, il est normal et indispensable que les décisions du régulateur puissent être soumises à un contrôle juridictionnel effectif. Aux yeux de certains qui interprètent en ce sens l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il doit s'agir d'un recours de plein contentieux, alors que d'autres considèrent suffisant un entier contrôle de légalité sans que le juge ait nécessairement le pouvoir de substituer sa propre décision à celle du régulateur (10).

Dans l'ensemble, il faut relever que le contrôle juridictionnel de l'action du régulateur a su faire preuve jusqu'à ce jour d'un mélange de vigilance, d'intensité et de pragmatisme.

La vigilance s'est exercée tout particulièrement sur le res-

pect des garanties protectrices de procédures et de fond, à partir d'une lecture plutôt extensive de l'article 6 qu'il ne faudrait sans doute pas dépasser sous peine de mettre en péril la vocation même du régulateur.

L'intensité s'est manifestée dans le domaine du contrôle interne des décisions, dans la mesure où le juge du régulateur n'a pas et ne pouvait abdiquer devant la technicité en restant à la surface des choses et en ne sanctionnant que l'erreur manifeste.

Enfin, le pragmatisme s'est exprimé, on l'a vu, dans une interprétation constructive des pouvoirs du régulateur, limitée bien entendu par la lettre même des textes et par les exigences constitutionnelles touchant la répartition des compétences. Mais il se reflète aussi me semble-t-il dans l'acceptation par le juge

d'une certaine latitude du régulateur pour interpréter la portée du droit positif dans des matières dont les données techniques et économiques évoluent sans cesse, pour autant que les décisions attaquées servent bien la finalité que la loi assigne à la régulation.

Si bien qu'en définitive, si l'office du régulateur exige de lui qu'il pèse scrupuleusement ses décisions et parfois qu'il assume une certaine mesure de risque juridique, cet office ne constitue pas pour autant, et heureusement, une mission impossible. Veillons à préserver cet équilibre subtil de contraintes et de prérogatives, car c'est une des clés de la modernisation de l'action publique qui est aujourd'hui, et plus que jamais, à l'ordre du jour.

(10) *Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme*, de Jean-Claude Bonichot, in *L'A.J.D.A.* du 20 octobre 2001 (n° spécial sur les sanctions administratives), p. 73.

Laurence Boy, professeur à l'Université de Nice — À l'audition des exposés, il me semble, mais je peux me tromper, que M. Rapp était plutôt pessimiste quant à la possibilité qu'a eue l'A.R.T. de contrôler la toute-puissance de l'opérateur historique France Télécom, alors que l'exposé que l'on vient d'entendre semble montrer que malgré tout, compte tenu des contraintes de temps, court terme, long terme, il y a quand même eu des avancées. J'aimerais donc avoir l'opinion des uns et des autres. Pour ma part, ayant travaillé sur l'A.R.T., il me semble qu'à chaque fois, bien que France Télécom freinait, utilisait des méthodes dilatoires, arguant du manque de données techniques, de la nécessité de revoir les conditions financières, etc., il y a eu des avancées assez importantes. J'aimerais connaître l'opinion des deux.

Lucien Rapp — M^{me} Boy a décelé une différence d'appréciation qui n'est en réalité — du moins, je l'espère — qu'une différence de sensibilité. Quelques observations pour compléter les remarques que j'ai faites à propos du dossier de l'accès internet haut débit et tenter de dissiper tout malentendu. On conviendra volontiers qu'il s'agit d'un dossier important dont dépend pour une large part le succès de la politique de libéralisation mise en œuvre depuis le milieu des années 80. Je rappelle que la loi modifiée du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et le décret du 24 septembre 1987 sont les premiers textes d'ouverture à la concurrence en France et sans doute en Europe, si l'on veut bien excepter la Grande-Bretagne. Par ailleurs, l'accès haut débit est la clé du développement des usages du réseau internet dont on attend une amélioration de la productivité des entreprises et par conséquent, une meilleure compétitivité de l'économie française dans son ensemble. Or ce dossier montre un visage de l'État pour le moins surprenant, celui de l'État « schizophrène ». Il hésite entre le soutien légitime au régulateur qu'il s'est donné dans le secteur des télécommunications, l'A.R.T., et celui qu'il doit à l'opérateur historique dont il détient encore plus de la moitié des actions. Cette situation est d'autant plus délicate que l'État est appelé à détenir la majorité du capital de son entreprise publique tant que celle-ci comptera des fonctionnaires dans son effectif (on ne saurait oublier l'avis rendu par le Conseil d'État, le 18 novembre 1993) et que l'entreprise elle-même est, depuis 1998, par ailleurs cotée sur les marchés financiers internationaux et notamment, à la bourse de New York. Comment peut-on vouloir l'ouverture à la concurrence de la boucle locale, sans entamer durablement la position de l'opérateur historique sur son marché et, par conséquent, diminuer sa valeur attractive pour des épargnants ou des investisseurs institutionnels ? Voilà un véritable dilemme. Il s'y ajoute les difficultés actuelles de France Télécom liées à son endettement qui atteint des niveaux inquiétants et lui attire les reproches des agences de notation internationales, et à deux opérations d'investissement discutables, réalisées au cours des derniers mois qui vaut à l'entreprise les appréciations défavorables de nombreux analystes financiers. Le système de régulation mis en place par la loi du 26 juillet 1996 dans le secteur des télécommunications repose notamment sur l'existence de deux pôles de compétences : l'un technique, celui de l'A.R.T., et l'autre politique, celui du ministère chargé des Télécommunications, en l'occurrence le secrétariat d'État à l'Industrie. C'est ce système qui révèle actuellement ses limites, quels que soient les mérites de chacun, dès lors que le secrétariat d'État à l'Industrie assure la tutelle de l'opérateur historique et se trouve de ce fait en position contradictoire de devoir défendre les intérêts de l'État contre ceux de la nation. Le premier (l'État) a tout intérêt à ne pas trop affaiblir son entreprise publique quand la seconde (la nation) a intérêt au développement de l'internet haut débit. Au cas de rapport de force entre l'État et l'opérateur historique (et je rappelle que nous sommes depuis quelques semaines dans une situation de ce type), je m'interroge donc sur la capacité de l'A.R.T. à faire triompher son point de vue. Mon scepticisme est conforté par le récit que j'ai entrepris de faire dans ma démonstration, d'une stratégie très empirique de l'opérateur historique qui est par-

venu, en quelques mois, à « capturer » l'A.R.T., sans qu'elle en soit totalement consciente, en l'amenant exactement sur le terrain qui lui était le plus favorable, celui de l'internet commuté qui préparait l'avènement de l'A.D.S.L. Je souhaite vivement me tromper, mais j'émet de grandes réserves sur la pertinence d'une stratégie de l'affrontement de la part de l'A.R.T. et au-delà d'elle, l'avenir de l'internet haut débit en France si l'on continue dans cette voie. Or, c'est évidemment maintenant que se noue cet avenir. Les juristes que nous sommes ne peuvent manquer d'être surpris qu'un décret du 12 septembre 2000 (sur le dégroupage de la boucle locale) ne soit pas encore appliqué à l'heure où nous évoquons les questions de régulation dans le secteur des télécommunications. C'est sans doute un indice auquel nous devons être attentifs. Voilà ma sensibilité sur ce dossier, qui peut expliquer la différence d'appréciation que, Madame, vous avez relevée.

Jean Marimbert — Très brièvement, en ce qui concerne la question de la séparation des fonctions qui a été évoquée, je crois qu'effectivement il est tout à fait juste de rappeler que la Communauté a historiquement imposé à l'ensemble des États membres de bien séparer la fonction de régulation de la fonction opératoire, d'opérateur si vous voulez, mais qu'une variante de la séparation, une variante plus exigeante, s'impose dans les pays dont l'opérateur historique reste contrôlé au niveau capitalistique par l'État. C'est le cas en France notamment, même si cette situation devient de plus en plus minoritaire au sein de l'Europe, et d'ailleurs il résulte d'une décision de 1996 du Conseil constitutionnel qu'une loi serait nécessaire pour faire évoluer ce contrôle majoritaire. Dans ce cas de figure, il est extrêmement important, plus encore dans une période où les opérateurs historiques eux-mêmes peuvent souffrir, peuvent être fortement endettés par exemple, d'assurer au sein de l'État une dose d'indépendance suffisante à la fonction de régulation. Car pour dire les choses autrement, qu'advierait-il dans un contexte comme le contexte actuel, s'il n'y avait pas une autorité indépendante qui n'est pas placée sous l'autorité ministérielle, qui est collégiale au demeurant, et si les arbitrages à prendre en matière de régulation étaient laissés au gré des arbitrages internes à l'État classique ? Quel point de vue prévaudrait ? Celui de la direction en charge de la régulation, ou celui de la direction en charge des intérêts patrimoniaux de l'État ? Ceci n'est une critique vis-à-vis de personne, c'est une analyse objective : le poids pour l'État de cette considération patrimoniale est écrasant, plus encore dans les circonstances actuelles, et il est donc crucial que le régulateur ait un statut qui lui accorde une réelle indépendance par rapport au processus de décision classique gouvernementale au sein de l'État. Mais je reviens à la question du professeur Boy. Je suis mal placé, étant un peu juge et partie pour le coup, mais je rappellerai quelques éléments. En terme de résultats sur l'international et la longue distance, le marché a été ouvert et grosso modo, un peu plus d'un tiers, 35-36 % du marché a été pris par les opérateurs entrants. Nous sommes dans une bonne moyenne européenne, il y a mieux, il y a moins bien. L'enjeu actuel, le même dans tous les pays d'Europe, est évidemment l'ouverture du marché local. Nous y sommes entrés par l'extension de la présélection ; ainsi, le client pouvait déjà présélectionner un opérateur avec un numéro Cegetel, Télé 2, ou encore 9 Telecom pour ses communications longues distances et internationales ; depuis le 1^{er} janvier, cette présélection est étendue aux communications locales, c'est-à-dire aux communications à l'intérieur d'un département. Ne sous-estimons pas l'importance de ce pas en terme de volume de minutes, en terme de recettes pour les opérateurs, car cette décision est susceptible d'aboutir à des transferts de parts de marchés tout à fait importants. Mais il est vrai, je termine là-dessus et je reviens à ce que disait le professeur Rapp en ce qui concerne le couple dégroupage A.D.S.L., que pour la concurrence sur le local, l'étape suprême évidemment, au-delà de l'extension de la présélection, c'est l'étape qui donne aux opérateurs concurrents de l'opérateur historique accès au dernier kilomètre comme l'on dit, c'est-à-dire à la partie locale du réseau de l'opérateur historique. Les opérateurs entrants peuvent utiliser moyennant

location la dernière partie du réseau qui sépare les commutateurs de France Télécom de chez vous ou du siège d'une entreprise. Il s'agit là au fond de mutualiser l'utilisation d'un réseau construit à grands frais par les opérateurs historiques en Europe et qu'il serait évidemment hors de question économiquement et collectivement de demander aux opérateurs entrants de reconstruire. Ce processus de dégroupage, qui consiste à obliger les opérateurs historiques, en quelque sorte, à faire une place dans leurs installations aux opérateurs concurrents, vous imaginez qu'il ne peut pas se passer de façon totalement harmonieuse, et il ne se passe de façon harmonieuse dans aucun pays d'Europe et du monde. Les États-Unis ont commencé il y a 6 ans le dégroupage, ils n'en sont pas beaucoup plus loin que nous ; les Allemands ont commencé il y a 3 ans, alors que nous avons de fait commencé en automne 2000, et ils n'en sont pas beaucoup plus avancés que nous. Dans tous les pays, ce processus d'ouverture de la boucle locale à la concurrence touche au cœur des opérateurs historiques puisqu'il s'agit quelque part de mutualiser l'utilisation de la partie locale de leur réseau. Et dans ce processus-là, c'est vrai, l'honnêteté conduit à dire que nous ne sommes pas moins bons que la moyenne européenne, mais que pour autant toutes les difficultés ne sont pas résolues. Elles ne sont pas résolues parce que les décisions à prendre sont un mélange de décisions je dirais économiques, tarifaires, qui peuvent se prendre assez largement sur dossier, et de décisions très opérationnelles. On peut prendre de bonnes décisions tarifaires dont la mise en œuvre peut être éventuellement contrecarrée par des difficultés opérationnelles sur l'installation des équipements, le tirage des lignes, etc. et les meilleurs dosages économiques peuvent être éventuellement contrecarrés par des difficultés opérationnelles. Et il arrive, c'est dans l'ordre des choses, que les opérateurs historiques n'y mettent pas du leur. Je voulais pour terminer dire que la présentation qui a été faite tout à l'heure du cas de l'A.D.S.L. est un petit peu incisive, mais elle touche une réalité qui est commune à l'ensemble des pays d'Europe, c'est-à-dire un processus malaisé, un processus nécessaire mais particulièrement difficile par rapport aux autres aspects de l'ouverture à la concurrence.

Laurence Boy — Je pose la question peut-être plus spécifiquement à Marie-Anne Frison-Roche. Ces dernières années, on assiste de la part des assureurs à la volonté d'ouvrir la santé, les retraites, à la concurrence, et je me posais la question de savoir si éventuellement, mais il ne faudrait pas que je leur suggère, ils ne pouvaient pas faire appel à la théorie des facilités essentielles, en disant que pour pouvoir accéder aux marchés dérivés, ils ont besoin d'avoir accès aux fichiers que tient la sécurité sociale et qui permet d'avoir des informations absolument extraordinaires sur des éléments très particuliers de la vie des individus. Dès lors que l'on a accès aux fichiers informatiques de la sécurité sociale, on est en mesure de savoir qu'un tel passe son temps à aller chez le docteur, et il est clair que si cette personne demande une garantie maladie complémentaire, soit elle lui sera refusée, soit on lui donnera une surprime. Par conséquent, je pense qu'il y a un danger dans le secteur de la santé, du risque vieillesse, parce que la concurrence me semble-t-il ne peut pas jouer comme elle peut jouer dans d'autres secteurs car il y a des valeurs hors marché et des valeurs de cohésion sociale qui me paraissent très fortes.

Marie-Anne Frison-Roche — Les assureurs y ont déjà pensé et vous avez raison de souligner l'importance du rôle de la C.N.I.L. pour l'admission ou non d'une telle prétention. À travers cette interconnexion des fichiers, apparaît le thème de l'interrégulation. En effet, si beaucoup de difficultés du droit de la régulation ont déjà trouvé solutions, en matière procédurale notamment ou encore dans l'articulation entre le service public et le service universel, en revanche la constitution de l'interrégulation, et les problèmes afférents, est encore devant nous. C'est la conséquence d'une interpénétration de plus en plus forte des secteurs entre eux. On va vers de plus en plus de complexité, pratique et théorique. En effet, il est relativement simple de réguler au sens d'organiser le passage le plus profitable possible d'une économie administrée et

monopolistique à une économie libérale et concurrentielle. Il est déjà plus délicat de maintenir à long terme dans un secteur l'équilibre entre un principe de concurrence et d'autre chose que la concurrence. Il est encore plus périlleux de maintenir de tels équilibres lorsque les forces viennent de la connexion entre plusieurs secteurs, par la vente d'instruments financiers sur internet, ou la transmission d'images par le téléphone, etc. Il y a urgence de penser l'interrégulation en reflet de ces nouvelles puissances et fluidités économiques.

Sur le fond, vous opposez valeur de marché et valeur de non-marché, ici et par exemple de cohésion sociale, mais l'on pourrait aussi évoquer le pluralisme des opinions, ou plus fondamentalement encore l'indisponibilité de la personne et les libertés. À ce dernier propos, puisque la question des libertés resurgit dans des secteurs pleinement économiques, les deux sens de la régulation, le premier relatif à l'équilibre économique, le second portant sur les libertés publiques, vont se réunifier, ce qui pourrait accroître les missions, les pouvoirs et les difficultés des autorités de régulation en charge de leur double protection.

Cela dit, peut-on opposer si nettement les valeurs ? Et surtout postuler que le marché ne pourrait les servir, ce qui conduit à un radicalisme a priori, consistant à rejeter par principe toute activité concurrentielle en la matière ? La perspective régulatrice repose sur le point de départ inverse, à savoir l'idée que par exemple, et je me réfère ici à l'évolution de la jurisprudence communautaire, les organismes de protection sociale et d'assurance maladie sont des entreprises qui ont une activité économique et ne peuvent donc se soustraire purement et simplement à la logique du marché. À partir de là, parce que la santé, la protection de la vieillesse, la solidarité entre les générations, etc., ne sont pas des objets neutres de marché, ne peuvent être entièrement neutralisés par le mécanisme de marché, il faut une régulation. On organise alors l'entrée sur un marché dont l'activité sera fortement régulée plutôt que de maintenir des barrières à l'entrée qui d'une part peuvent ne pas toujours tenir face au droit communautaire et aux stratégies compétitives d'entreprises puissantes et qui d'autre part peuvent priver ces secteurs en prise avec des difficultés endémiques (d'équilibres financiers notamment) d'y puiser des forces pour évoluer.

Enfin, faute de dispositifs et d'autorité de régulation *ad hoc*, la C.N.I.L. peut jouer ce rôle de protection, voire de régulation à travers l'accès et l'exploitation des fichiers. Les fichiers sont en effet des facilités essentielles, comme la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de le rappeler en 1998 pour les fichiers d'abonnés au téléphone, et l'autorité qui peut régler leur accès contrôle en cela l'entrée sur le secteur, se posant ainsi en autorité de régulation. La perspective sera alors nécessairement l'interrégulation, dans des équilibres complexes à opérer entre des valeurs et des efficacités, l'efficacité ne suffisant pas à fonder des systèmes et des puissances économiques.

Michel Gentot — Vous avez tout à fait raison. La question est parfaitement pertinente en ce qui concerne l'avenir et la C.N.I.L. s'en préoccupe. La question était encore évoquée hier à propos d'un décret d'application d'une récente loi visant à créer de meilleures conditions de réparation des accidents du travail pour les exploitants agricoles et qui propose un passage vers des groupements mutualistes ou des groupements d'assurance. Nous avons rappelé notre vœu de voir toutes les données sociales qui sont contenues dans les fichiers de sécurité sociale et qui sont en général accompagnées du numéro d'immatriculation qui nous identifie tous, soumis à un embargo dès lors que l'on déborde de la sphère sociale, puisque l'utilisation de ces connexions dans le cadre de la sphère sociale est admis depuis très longtemps. Mais où s'arrête la sphère sociale ? C'est là où nous avons un problème qui va être très délicat et que vous avez raison de soulever — mais je n'ai pas la solution — qui est le problème de la constitutionnalité d'une loi qui éventuellement autoriserait des opérations du type de celles auxquelles nous songeons, c'est-à-dire un accès des compagnies d'assurance à la gestion de prestations de type social. On a déjà une indication

avec la décision du Conseil constitutionnel sur la loi qui a permis l'utilisation du numéro d'immatriculation par la Direction générale des impôts et par la Direction de la comptabilité publique, la loi ayant été votée sans que la C.N.I.L. n'ait été le moins du monde associée à ce vote, voici maintenant 3 ans ; mais le Conseil constitutionnel a essayé de vider la disposition de son venin en érigeant au niveau des principes de valeur constitutionnelle un certain nombre de données de protection des données personnelles. Que fera le Conseil constitutionnel si, par hypothèse, le législateur venait à valider les opérations qui sont envisagées — si cette opération voyait le jour, ce qui n'est pas encore acquis ? Nous verrons.

Sébastien Bréville, Université de Paris I - Essec — Ma question s'adresse à Jean Marimbert en réaction à votre réponse à la première intervention de M^{me} Boy, où vous disiez qu'on ne pouvait pas demander aux nouveaux entrants de dupliquer le réseau local ; mais, sans cette éventualité, pourra-t-on à terme instaurer un régime proche de la concurrence pure et parfaite, alors que le réseau local appartiendra à un opérateur historique qui traînera toujours les pieds pour accorder l'interconnexion ?

Jean Marimbert — C'est tout l'enjeu de la régulation, parce qu'en fait, ce qu'il faut avoir à l'esprit, c'est que la voie qui a été choisie au niveau communautaire, sous présidence française, par le règlement du 18 décembre 2000, c'est la voie du dégroupage, c'est-à-dire le contraire de la séparation, la voie de la mutualisation. C'est la voie par laquelle les États membres, et en leur nom, les A.R.N., comme on dit dans le jargon du droit communautaire des télécoms, reçoivent un certain nombre d'attributions dont certaines sont coercitives pour essayer de faire en sorte que cette espèce de droit de location qui est donnée aux opérateurs entrants pour le dernier kilomètre, pour la boucle locale, devienne effectif. Et cela ne veut pas dire simplement qu'il y ait des tarifs qui permettent de rentrer dans le marché, mais cela signifie aussi que des conditions opérationnelles ne doivent pas entraver la mise en œuvre de ce beau principe. Nous sommes en plein dans ce défi. Autrement dit, je ne crois pas qu'on puisse postuler d'avance l'échec, en tout cas certainement pas en France où nous avons en tout et pour tout 16 mois de recul par rapport à la sortie du décret. C'est très peu : le décret est sorti le 11 septembre 2000, le règlement communautaire le 18 décembre 2000, la première décision de l'A.R.T. dans ce domaine, qui est vraiment l'entrée sur la première offre de référence, est intervenue début février 2001. Il s'est donc écoulé en réalité un peu plus d'une année depuis que l'ensemble des outils réglementaires sont en place. Je pense qu'il est prématuré de conclure en quelque sorte que la voie du dégroupage + régulation serait une voie vouée à l'échec. On entend beaucoup parler de séparation ces mois-ci, je n'ai pas de certitude intellectuelle pour ce qui me concerne, et l'Autorité à laquelle j'appartiens n'a pas pris de position officielle à cet égard, mais ce que je peux dire simplement c'est que nous travaillons dans un cadre législatif et réglementaire qui aujourd'hui repose sur une hypothèse qui n'est pas celle-là, et qui est celle de l'accès effectif, non discriminatoire, donné aux opérateurs entrants. Et c'est l'enjeu d'aujourd'hui. Néanmoins, pour aller dans votre sens, me semble-t-il, et cela rejoint aussi les remarques du professeur Rapp, aujourd'hui, la dégradation de la situation du marché a pour conséquence que les mois comptent beaucoup plus qu'il y a un an ou deux, que donc la longueur du processus d'entrée, en elle-même, peut être extrêmement discriminante, et pourrait amener éventuellement à un échec larvé, si on n'arrivait pas justement à dynamiser ce processus. En tout cas, ce que je peux vous dire, comme l'a indiqué Jean-Michel Hubert le 9 janvier, lors des vœux de l'A.R.T., c'est que pour nous l'objectif est clair : 2002 doit être l'année d'une amplification très significative du processus du dégroupage, au-delà des quelques métropoles qu'il concerne aujourd'hui en terme géographique, et au-delà de la clientèle encore aujourd'hui très limitée de très grandes entreprises qui sont les premières adeptes du dégroupage. 2002 est une année charnière.

Marie-Anne Frison-Roche — À ce propos, alors qu'on insiste fréquemment sur la parenté existant entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence, il faut souligner les liens entre le droit de la régulation et la propriété industrielle, voire du droit de la propriété pure et simple. En effet, lorsqu'on évoque la technique du dégroupage, il s'agit en réalité de mettre en place ce que le droit des propriétés intellectuelles désigne comme une « licence légale », c'est-à-dire l'obligation par la loi de donner accès à sa source de richesses en échange d'une rémunération équitable, celle-ci étant le plus souvent fixée par une autorité extérieure aux parties. Le rapport entre propriété et droit de la régulation doit être pensé comme le fut celui entre propriété et droit de la concurrence. À l'égard du droit de la concurrence, le rapport est simple puisque c'est en principe celui de la neutralité de la propriété. En matière de régulation, dans la même neutralité du caractère public ou privé de la propriété, c'est un nouveau statut de la propriété qui se dessine. En effet, l'appropriation privée des infrastructures est acquise dès l'instant que les tiers y ont accès. C'est vrai pour la boucle locale, c'est vrai aussi pour l'information financière. De cela, le droit de la régulation rapproche la propriété classique de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire une propriété que son titulaire ne peut plus retenir mais dont il peut tirer profit, une propriété qui n'est pas entamée par l'accès des tiers à la richesse mais qui est fondée sur celui-ci. La théorie des facilités essentielles, invention par laquelle le droit de la concurrence a fait mûrir le droit de la régulation, renouvelle ainsi la conception de la propriété, dans le sens d'un équilibre entre les intérêts légitimes des opérateurs et les droits fondamentaux des tiers, mieux que ne l'ont fait jusqu'ici le droit public et le droit de la concurrence.





CONCLUSION

De l'ensemble de ces interventions, savantes, innovantes, sur des sujets toujours à double tranchant que chacun a affronté, et je voudrais remercier chaque contributeur de nous avoir beaucoup appris, je voudrais tirer quatre observations et deux thèmes. Quant aux observations, la première a trait à la dogmatique, la deuxième à la complexité, la troisième à la mobilité, la quatrième à la puissance. Quant aux thèmes que l'on peut dégager, il s'agit d'une part de l'institutionnalisation et d'autre part de l'information.

Le problème de la dogmatique, tout d'abord. La difficulté est évoquée par une critique latérale et l'on ne peut l'ignorer. Des auteurs, Alain Supiot principalement, estiment que le droit par nature exprime la dogmatique, c'est-à-dire la part de l'humain non saisissable par le calcul. Au nom de cela, reproche est fait à l'approche de la régulation de méconnaître et d'attaquer cette dogmatique. L'objection s'adresse à la doctrine juridique propageant les théories de la régulation et détruisant ainsi ce qui fait que le droit n'est pas réductible à de l'ingénierie sociale. Il est vrai que le droit de la régulation est corrélé aux théories économiques de la régulation et qu'il se rattache au réalisme, au fonctionnalisme (régulation va avec système) et à l'utilitarisme. Il faut l'assumer. Mais n'oublions pas que l'utilitarisme de Bentham avait des fins morales. De la même façon, cette perception explique qu'on ait si facilement tendance à opposer droit de la régulation et valeurs humaines. Mais cela, il faut le récuser parce que la régulation, à supposer déjà que la concurrence détruit les valeurs humaines ce qui n'est pas évident, établit l'équilibre entre la concurrence et autre chose que la concurrence. C'est dans cet entre-deux que peuvent au contraire s'épanouir effectivement ces valeurs. Cette bataille dogmatique, elle est ouverte. N'en faisons pas l'économie.

Les autres difficultés naissent de la tension apparue très nettement dans les contributions entre la complexité, la mobilité et la puissance. Quant à la complexité, on ne peut s'en satisfaire en soi car la simplicité est au contraire un objectif méthodologique qui s'impose lorsqu'on peut se l'offrir. Plus encore, la complexité comporte un risque qu'il ne faut pas sous-estimer, celui de ne plus rien comprendre. Ainsi, dans l'affaire Enron, certains reconnaissent ne plus comprendre les produits financiers qu'ils ont eux-mêmes échafaudés. Or, à la lecture continue de l'ensemble des contributions, on a une impression de complexité technique grandissante.

Cette complexité a partie liée avec la mobilité. Pour que les règles et les décisions soient toujours prises au plus près de secteurs eux-mêmes très évolutifs, le droit de la régulation est très mobile. Or, le droit a pour fonction de créer de la sécurité, plus encore dans un monde libéral où la liberté de l'action et la prise de risque doivent être favorisées par des instruments réducteurs d'incertitudes, dont le droit est le premier. Cela vaut encore plus lorsque le risque de l'action économique est accru par la nécessité d'investissement capitalistique à long et très long terme, ce qui est le cas pour tous les secteurs régulés. L'enjeu du droit de la régulation est d'arriver à la fois à permettre l'innovation et l'adaptation tout en procurant de la stabilité et de la sécurité. Notons la difficulté. Elle peut se résoudre par l'articulation classique de principes, clairs et stables, avec des règles précises, techniques et changeantes. Mais qui fournira les principes ? Sans doute les autorités de régulation, à travers leur doctrine, appuyée sur les lois si le législateur reprend son rang un peu perdu de façonneur de principes. La difficulté peut encore trouver solution à travers des modes plus complexes et plus rhétoriques, où s'ajustent des discours.

L'évocation de la doctrine des autorités et du rôle politique de la loi amène au troisième élément qui noue la tension : la puissance. Tout d'abord, qui doit avoir le pouvoir de disposer de l'architecture du droit de la régulation ? Qui de fait l'exerce ? Plus encore, qui a la légitimité pour le faire ? Cette dernière question est récurrente,

sans cesse posée, surtout en France où les pouvoirs se légitiment par la source dont ils émanent. Thème classique, qui permet de douter de la pérennité des autorités de régulation et de tenir toujours à distance le juge. Ensuite, quel est le rapport de puissance à puissance qui gouverne les relations entre le régulateur, aidé par les instruments juridiques, et les régulés ? Les régulés deviennent de plus en plus puissants, non seulement par leur masse économique et financière, non seulement par l'asymétrie d'informations, mais encore parce que les entreprises des secteurs régulés sont mondiales alors que les régulations restent localisées. En cela, et l'on peut évoquer ici le phénomène de mondialisation, les rapports de régulation sont de plus en plus violents. Si l'on estime que les autorités de régulation, insérées dans des États de droit, détiennent la violence légitime, le droit de la régulation doit les doter des moyens de l'exercer, à travers notamment les pouvoirs nécessaires de sanction. Non seulement, elles doivent l'exercer pleinement mais encore à leur gré, au sens d'un pouvoir d'auto-saisine, toujours encadrées par les principes fondamentaux de procédure. En cela, ce droit de la régulation, obsédé par l'efficacité, qui est un droit par nature violent, ne tire sa légitimité que dans la limitation de sa violence. Cela explique des exigences de procédures parfois supérieures à celles auxquelles sont soumises les juridictions répressives, et la nécessité qu'il en soit ainsi.

À partir de ces quatre points, la dogmatique, la complexité, la mobilité et la puissance, dont l'enchevêtrement fait la difficulté, deux thèmes se dégagent. Le premier est celui de l'institutionnalisation. La question est restée toujours ouverte, à travers le rapport de l'existence d'un droit de la régulation avec l'existence d'une autorité de la régulation. Il est difficile de concevoir un droit de la régulation sans institutionnalisation mais il est aussi douteux de tirer d'autorité de régulation plus qu'un indice. Toujours est-il que, de fait, les secteurs en cause sont régulés par des autorités spécifiques. Or, cela a été souvent souligné, dès que l'on a une institutionnalisation, on subit une pulvérisation institutionnelle, des myriades d'autorités, qui risque de faire exploser le système, notamment sous son poids, son coût et sa complexité, alors même que les opérateurs économiques se concentrent de plus en plus capitalistiquement et par alliance et déploient leur activité sur différents secteurs. Dès lors, alors même qu'on se pose la question de l'unicité du droit de la régulation, on se retrouve face à la question de l'inter-régulation, les rapports entre droits de diverses régulations, entre le droit de la régulation et les branches matrices qui furent le droit public et le droit de la concurrence, entre le droit de la régulation et les droits communs, notamment le droit des contrats, le droit des biens ou le droit processuel.

Le second et dernier thème tient à l'importance de l'information. Quels que soient les opinions, les secteurs, et les impératifs, ce qui est central, c'est l'information. Elle est reprise de quatre façons par le droit de la régulation. Tout d'abord, notamment à travers la loi sur les Nouvelles régulations économiques, on observe l'idée, peut-être naïve, qu'il suffit que le droit contribue à faire sortir l'information pour que celle-ci soit bien utilisée, dans l'intérêt de ceux qu'elles protègent. Cela est vrai pour le marché financier mais cela vaut pour tous les autres secteurs, gouvernés par le principe juridique de transparence. Ainsi, les règles de régulation auraient pour but suffisant de faire sortir l'information, et une fois l'information sortie et diffusée, c'est aux agents d'en faire bon usage. La loi, nettement influencée par les théories économiques libérales, adhère ainsi à la rationalité des personnes aptes à mesurer et à défendre leurs intérêts.

La deuxième idée commune est que si l'on fait sortir l'information, on gagne à tous les coups en ce que l'information bénéficie à tout le monde. Il faut donc veiller à ce qu'elle soit commune, le droit se chargeant non seulement de l'émission mais de la circulation de l'information, l'autorité de régulation pouvant jouer ce rôle de pivot. Contrairement à la tendance de toujours penser que la protection d'un intérêt doit se payer par le sacrifice d'un autre, en matière d'information, tous seraient gagnants.

C'est une idée très forte du législateur que l'information serait toujours par nature profitable. On pourrait se réjouir du fait que pour une fois on ne pense pas en terme de compromis, mais ne faut-il pas justement avoir plus de mesure, notamment au regard de la défense demeurée nécessaire des secrets professionnels ?

La troisième idée est que le droit est désormais le réceptacle de l'information et son diffuseur : l'autorité de régulation a une tâche de réfléchissement. C'est ainsi que le Conseil des marchés financiers reçoit l'information, la retraite, puis la redonne au marché. L'autorité de régulation est le canal par lequel les informations sont récoltées, traitées, centralisées, éventuellement un peu reconstruites, et puis rediffusées.

La quatrième idée, c'est que le droit de la régulation est lui-même producteur de l'information. C'est-à-dire que l'on compte sur l'autorité de régulation pour engendrer elle-même de l'information et la diffuser. En termes plus académiques, l'autorité de régulation a en charge d'émettre une information, sous forme doctrinale ou plus contraignante, de façon à ce que les opérateurs du secteur le prennent en considération dans leurs propres comportements et leur capacité d'anticipation, tout cela dans un contexte de rationalité économique et de capacité de calcul partagée par tous.

Finalement, on se demande ce qu'il y a de juridique dans cette branche là du droit. Je crois que dans tous ces secteurs il y a une très grande incertitude — incertitude politique, économique — alors même que nous avons besoin d'investissements à long terme. Et l'on peut penser que la première tâche du régulateur, c'est de donner des informations, pas forcément complètes, pertinentes, mais au moins stables, de sorte que les opérateurs puissent s'y référer et que cela leur donne une stabilité que ni le pouvoir politique, ni la réalité économique ne peuvent leur donner. En cela, on aurait la production d'une certaine sécurité qui repose non plus tant sur la capacité du législateur à nous donner des règles simples et claires mais sur la capacité d'un régulateur d'utiliser l'artificialité du droit pour produire de la sécurité.

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à Sciences-Po

