



DROIT DE LA RÉGULATION

(1) Parmi une doctrine très abondante, tant le sujet est vieux et central, v. par exemple G. Wiederkehr, *Qu'est-ce qu'un juge ?*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 575-586. V. aussi D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 236, LGDJ 1994.

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

(3) L'article L. 36-B du Code des postes et des communications électroniques, tel que réformé en dernier lieu par la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, rappelle dans sa première partie la compétence d'origine de l'Autorité : « En cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques, l'Autorité de régulation des télécommunications peut être saisie du différend par l'une ou l'autre des parties ». Mais la seconde et nouvelle partie de l'article étend considérablement la compétence du régulateur, puisqu'il dispose qu'« En cas d'échec des négociations commerciales, l'Autorité de régulation des télécommunications peut également être saisie des différends relatifs à la mise en œuvre des obligations des opérateurs prévues par le présent titre, ainsi que celles du chapitre III du titre II ».

RÉGULATION ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : PRÉSENTATION DU THÈME ET SYNTHÈSE DU 10^e FORUM DE LA RÉGULATION

Le 10^e Forum de la régulation s'est tenu à Sciences Po le lundi 26 avril 2004, sous la direction scientifique de la Chaire régulation de Sciences Po et de l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, en partenariat avec le journal *Les Échos*. Le thème en était la place du règlement des différends dans les secteurs régulés, l'articulation qui est en train de s'opérer entre la théorie de la régulation et ce nouvel office des régulateurs et, l'insertion de ces dispositifs innovants dans le système juridique général, notamment dans l'organisation juridictionnelle.

Présentation du thème

Si l'idée et la pratique de la résolution des litiges sont très familières au juriste et renvoient au cœur de l'office du juge, notamment du juge civil (1), elles sont plus nouvelles pour les régulateurs. Tous ne sont d'ailleurs pas dotés d'un tel pouvoir, par exemple l'Autorité des marchés financiers n'est pas en charge de trancher les litiges entre les intervenants sur le marché (2). C'est plutôt dans le domaine des industries de réseaux, notamment dans les secteurs des télécommunications depuis 1996 (3) et de l'énergie depuis 2000 (4), que le législateur a confié aux régulateurs le pouvoir de résoudre les différends, et ce dans le cas bien particulier de l'accès des concurrents au réseau. Cette primauté du souci de l'accès à un réseau d'infrastructure explique sans doute que la loi du 6 août 2004 sur la protection des données personnelles, qui renforce les pouvoirs de la CNIL, ne lui a pas conféré semblable pouvoir (5). Pourtant, l'idée se répand que le règlement des différends entre les compétiteurs est une fonction utile en soi, sans n'être plus nécessairement qu'un prolongement de la gestion et de la surveillance de l'interconnexion des réseaux par le régulateur. C'est dans cette perspective que la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électri-

ques et aux services de communication audiovisuelle a accru très fortement le pouvoir de l'Autorité de régulation des télécommunications (6) et transformé ce qui n'était qu'une compétence très marginale du Conseil supérieur de l'audiovisuel (7) en un pouvoir presque général (8).

Ainsi, d'un côté, nous disposons d'une expérience suffisante pour apprécier rétrospectivement la façon dont les régulateurs ont exercé leur pouvoir de règlement des différends, aussi bien le régulateur des télécommunications (9) que celui de l'énergie (10), ainsi que la manière dont la Cour d'appel de Paris exerce son pouvoir de contrôle. Mais de l'autre côté, cette expérience manque en matière d'audiovisuel et il n'est pas même certain qu'une autorité de régulation doive par méthode reprendre des raisonnements déjà utilisés par les autres régulateurs. Deux perspectives nourrissent cette indétermination. En premier lieu, les spécificités sectorielles rendent délicats les emprunts de solutions d'un secteur à l'autre. Ainsi, la logique de l'accès au réseau ne se retrouve guère en matière audiovisuelle. En second lieu, et engendrant une incertitude plus grande encore, on peut se demander si, de loi en loi, de pratique décisionnelle à une autre, la nature de ce pouvoir de règlement des différends n'est pas en train de changer, ou à tout le moins de

servir des finalités plus diversifiées qu'auparavant.

Le mouvement d'inversion de l'attraction entre régulation et office civil de résolution des litiges

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

Une telle analyse engendre quatre conséquences.

— Tout d'abord, le régulateur ne doit pas exercer son pouvoir de règlement des différends si le litige concerne autre chose que l'accès au ré-

seau (11). Sa compétence est de nature exceptionnelle.

— Ensuite, et cela n'est pas contradictoire avec la précédente restriction dans le champ de compétence, le pouvoir de règlement des différends doit être exercé avec puissance et interventionnisme, comme l'implique le souci de l'intérêt global du fonctionnement de secteurs basés sur l'accès au réseau de transport, cet intérêt du secteur dont le régulateur a la charge. Le pouvoir très extraordinaire du régulateur de fixer les prix d'accès lorsqu'ils sont contestés, ce qui revient à une sorte de pouvoir de tarification individuelle, illustre cette idée.

— Plus encore, le différend n'est pas abordé seulement en lui-même, pour ramener l'ordre dans le rapport particulier des parties en présence, mais, au-delà de ce litige particulier, il doit être replacé dans la perspective primordiale du bon fonctionnement et du déploiement du secteur. S'il en est ainsi, le régulateur devrait par méthode pencher systématiquement en faveur du nouvel entrant, gage de développement de la concurrence.

— Enfin, si le règlement des différends est un mode plein de régulation, la conséquence en est que le juge saisi par une partie d'un recours contre la décision du régulateur doit rester en retrait et n'opérer qu'un contrôle minimum (12). Si l'on veut ne pas renoncer à un contrôle ample mais que l'on demeure pourtant dans cette idée d'une consubstantialité entre office de régulation et manière d'exercer le pouvoir de règlement des différends, la solution pourrait être d'internaliser l'organisation du recours dans le secteur lui-même, sans plus recourir à un ordre juridictionnel qui lui

est extérieur. Après tout, dans le fonctionnement de l'OMC, l'organe permanent d'appel, qui contrôle le pouvoir exercé par l'organe des différends, est interne à cette organisation, ce qui préserve le droit au recours sans donner compétence à une juridiction internationale extérieure.

Mais l'attraction semble désormais se retourner, le règlement des différends étant moins pensé comme un outil de régulation que comme un emprunt à un impératif très général de trancher les litiges entre les concurrents, dont les droits et obligations doivent être effectifs. L'hypothèse expliquerait les évolutions législatives précitées et la tendance des régulateurs à interpréter largement leur champ de compétence (13), avant même que le législateur ne l'élargisse. Si l'inversion d'attraction se confirme, la façon dont les régulateurs sectoriels exercent leur pouvoir de règlement des différends doit emprunter davantage aux règles communes des procès et à l'exercice ordinaire du pouvoir juridictionnel. Deux conséquences d'un règlement des différends pratiqué dans cette perspective-là en découlent plus précisément.

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

...
Cela concerne aussi bien l'utilisation partagée des infrastructures, déjà visée dans la version précédente du texte, qu'une série d'hypothèses nouvelles, par exemple la fourniture des listes d'abonnés.

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

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

(6) Telle que rappelée à la note n° 3.

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

(8) Il en résulte un nouvel article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 : « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut être saisi par un éditeur ou par un distributeur de services, par une des personnes mentionnées à l'article 95 ou par un prestataire auquel ces personnes recourent de tout différend relatif à la distribution d'un service de radio ou de télévision, y compris aux conditions techniques et financières de mise à disposition du public de ce service, lorsque ce différend est susceptible de porter atteinte au caractère pluraliste de

l'expression des courants de pensée et d'opinion, à la sauvegarde de l'ordre public, aux exigences de service public, à la protection du jeune public, à la dignité de la personne humaine et à la qualité et à la diversité des programmes, ou lorsque ce différend porte sur le caractère objectif, équitable et non discriminatoire des conditions de la mise à disposition du public de l'offre de programmes ou des relations contractuelles entre un éditeur et un distributeur de services ».

(9) Pour ce qui est du règlement des différends par l'Autorité de régulation des télécommunications, on consultera tout particulièrement l'étude d'É. Rolin, *Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications*, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, coll. *Droit et économie de la régulation*, Dalloz, Presses de Sciences Po, 2004, p. 149-173. V. aussi R. Mettoudi, *Les fonctions quasi juridictionnelles de l'Autorité de régulation des télécommunications*, Thèse Nice, 2004.

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

(11) C'est la conception restrictive que l'on retrouve notamment dans les décisions de la Commission de régulation de l'énergie. Pour l'explicitation, v. L. Richer, *Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie*, préc., p. 397 et s.

(12) Sur cette prudence, dont la nécessité est exprimée par les juges eux-mêmes, v. *Juges et régulateurs*, *LPA* 2003, n° spécial, n° 17, spécialement l'intervention du président de la juridiction de recours britannique : Ch. Bellamy, *Le juge, contrôleur du régulateur*, p. 38-40.

(13) Dans ce sens, R. Mettoudi, préc., n° 574 et s., p. 302 et s.

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

Comment expliquer cette inversion d'attraction ?

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

pour trancher ces litiges, ceux-ci doivent continuer à relever des régulateurs, mais symétriquement si l'on établissait un organe juridictionnel composé de magistrats spécialisés, ou si l'on articulait plus efficacement le travail des juges et des experts, alors le pouvoir de trancher les litiges pourrait être retourné aux juges de droit commun.

Une seconde explication tient davantage à l'évolution économique des secteurs. En effet, contrairement au pouvoir de sanction, le pouvoir de règlement des différends se développe et consiste à établir les droits et obligations des personnes les unes par rapport aux autres. Ce rapport personnel est ici le plus souvent issu de contrats. La contractualisation des secteurs a accompagné l'ouverture à la concurrence, contrat de vente, contrat de transport, contrat de distribution, contrat de responsable d'équilibre, etc. Il s'agit de contrats au sens juridique du terme et pas seulement du fait que l'organisation publique emprunte de plus en plus à la figure du contrat, celui-ci n'étant alors qu'une métaphore pour exprimer le recul de l'unilatéralisme dans l'action administrative (14). Ainsi, même si les contrats dans les secteurs régulés sont eux-mêmes imprégnés du souci de régulation (15), il demeure que plus il y aura de contrats et plus la nécessité d'un office civil pour tenir en équilibre les droits et obligations respectifs des parties, et non plus seulement un office répressif, se fera sentir. Or la maturité concurrentielle des marchés concernés accélère ce mouvement général de contractualisation, alors que des concurrences encore embryonnaires sur certains secteurs le provoquent moins. Dans ces conditions, au fur

et à mesure que la compétition ordinaire et son corollaire contractuel s'installent, le pouvoir de règlement des différends pourrait à terme se substituer au pouvoir de sanction, dans un phénomène de « civilisation » des secteurs régulés, qui les éloigne d'une organisation de police administrative.

La double partition des secteurs suivant la finalité du règlement des différends par le régulateur

S i l'on accorde de l'attention à cette seconde explication, alors le critère d'attribution d'un pouvoir de règlement des différends et du choix de ses modalités change. Il ne s'agirait plus d'opposer les secteurs dans lesquels le réseau de transport du produit est crucial et ceux qui sont moins dépendants de cette réalité, mais d'opposer les secteurs dans lesquels le principe de concurrence est désormais suffisamment installé pour passer à l'articulation ordinaire du contrat et de la juridiction civile, et ceux pour lesquels cette maturité est encore à venir, voire n'est pas pleinement envisageable, notamment en raison des risques persistants du secteur (16).

Dans la première perspective, on oppose les régulateurs d'industrie de réseaux et les autres (17). Dans la seconde, on oppose les secteurs encore peu développés concurrentiellement et les autres. Les résultats pratiques ne sont pas les mêmes. L'on peut pourtant superposer les deux divisions car elles ne sont pas contradictoires l'une et l'autre. En effet, on peut trouver des secteurs avec un fort effet de réseau et sur lequel la concurrence est encore, de fait, faible (électricité), des secteurs

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

(15) Sur cette évolution, v. M.-A. Frison-Roche, *Contrat, concurrence, régulation*, RTD civ., 2004, sous presse.

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

(17) V. supra.

construits également sur des réseaux mais avec une concurrence plus effective (télécommunication ou gaz), des secteurs pour lesquels les réseaux d'infrastructure essentielle sont moins reconnaissables et avec un degré de concurrence variable (degré fort pour l'audiovisuel, sans doute plus incertain pour le secteur bancaire).

Cette grille d'appréciation dessine alors au plus près ce que doit être le pouvoir de règlement des différends, secteur par secteur.

Pour prendre des exemples, la primauté de l'opposition fondée sur l'existence ou non d'un réseau impose un pouvoir de règlement des différends très fort pour le régulateur de l'énergie, mais ce pouvoir doit demeurer circonscrit à des difficultés d'accès car l'énergie n'est pas prête à se couler dans une organisation de marché ordinaire. À l'inverse, la primauté de l'opposition fondée sur l'existence d'une concurrence mature ou non suggère que le pouvoir de règlement des différends soit conféré au régulateur de l'audiovisuel et soit étendu pour le régulateur des télécommunications, sans souci exclusif de l'effectivité de l'accès, parce que le principe de concurrence prend solidement place dans ces secteurs.

Se détournant de l'idée d'un modèle unique, et sur un mode plus analytique, suivant que le pouvoir de règlement des différends managé par le régulateur s'ajustera plutôt à la première opposition ou plutôt à la seconde, les conséquences en découleront. En effet, s'il s'agit encore de réguler l'interconnexion et l'accès à un réseau d'infrastructure essentielle, la résolution du litige demeure un mode de régulation, ce qui implique que l'on re-

tienne un office restreint mais puissant, destiné à perdurer et peu contrôlé par le juge du recours, tandis que s'il s'agit de fournir le corollaire naturel d'organisation d'un marché construit sur une multitude de contrats, on se référera à un office plus neutre, moins interventionniste et plus solidement contrôlé par le juge du recours, en attendant que la maîtrise de la technicité des secteurs par les juridictions ne fassent finalement revenir cet office civil dans le giron des tribunaux.

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

Synthèse du Forum de la régulation

L'expression de « règlement des différends » a fait fortune à travers l'Organisation mondiale du commerce. Depuis 1996, l'organe de règlement des différends (ORD) exerce un pouvoir qui fait reculer les nations les plus puissantes. C'est pourquoi **Kerry Albeury**, membre du service juridique de l'OMC, a ouvert le forum par la question : **Le règlement des différends de l'OMC peut-il constituer un modèle pour les régulateurs ?** L'oratrice souligne dans un premier temps que l'OMC est l'œuvre des États membres, que ceux-ci composent ensemble l'ORD, lequel demeure donc un organe politique, de même que ce sont toujours des États qui s'affrontent comme parties au

différend. Il y a eu depuis sa création plus de 300 demandes de consultation. Cela distingue très nettement l'OMC de l'architecture des secteurs régulés dans lesquels un régulateur indépendant du gouvernement règle les litiges entre entreprises.

Cependant, les textes régissant l'intervention de l'ORD et la pratique des panels et de l'organe permanent d'appel sont dignes d'étude à plusieurs titres. Tout d'abord, il s'agit de litiges bilatéraux dans un cadre multilatéral, la solution entre les parties devenant de fait importante pour tous. Ensuite, l'ORD prend soin dans ses rapports de délimiter strictement ses pouvoirs, pour ne pas empiéter sur le rôle politique des autres organes, notamment le Conseil général des États. Ce souci a été très nettement exprimé dans le rapport de l'ORD sur le premier cas de télécommunications d'avril 2004.

Enfin, la procédure devant l'ORD est conçue comme une recherche permanente d'accord entre les parties, legs de la nature diplomatique du GATT, mais emprunte également à un modèle juridictionnel marqué. Ce souci diplomatique demeure dans la négociation entre États des traités de l'OMC, ce qui les incite à laisser des ambiguïtés dans les textes pour parvenir à un accord. Mais le règlement des différends étant une tâche plus juridique, la nécessité d'appliquer des textes ambigus sans s'autoriser à les modifier par une interprétation créative devient un exercice difficile, qui justifie le souci précité des panellistes de demeurer dans le cadre étroit de leur compétence. Cela illustre les difficultés permanentes dans l'OMC d'ajuster le politique et le juridique. Ces éléments caractéristiques du règlement

des différends peuvent être instructifs en matière de régulation, parce qu'on retrouve la même tension entre le politique et le juridique.

Après cette analyse extérieure aux secteurs régulés et très instructive pour ceux-ci, **Michel Guénaire**, avocat à la Cour et spécialiste de droit public économique, a relaté **L'expérience du règlement des différends devant la commission de régulation de l'énergie**, afin d'en tirer des enseignements plus généraux. Il souligne que la compétence de la CRE est très strictement limitée aux litiges sur l'accès ou l'utilisation des deux réseaux de transport et de distribution. La CRE n'est pas « le gendarme multifonctionnel des litiges nés sur le marché de l'électricité » et elle s'insère entre le juge ordinaire du contrat, celui des actes administratifs et le Conseil de la concurrence. L'intervenant observe que, de par ses fonctions, le régulateur est en proximité avec le gestionnaire de réseau, ce qui peut poser difficulté lorsqu'un nouvel entrant conteste celui-ci devant le régulateur. L'expérience montre que la CRE statue assez rapidement et l'organisation de la procédure ménage les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Michel Guénaire a examiné les 14 différends qui, au jour du forum, avaient été tranchés par le régulateur. Douze résultaient de saisine par l'utilisateur du réseau, qu'il s'agisse de grandes entreprises publiques, comme la RATP ou la SNCF, confrontées à des problèmes d'accès au réseau, ou de petites entreprises, comme la Papeterie de Bègles, voulant vérifier les coûts d'accès. Huit des litiges concernaient un producteur et six un consom-

mateur devant se connecter au réseau. Six des cas avaient pour objet une difficulté de raccordement, question sensible donc. L'orateur a ensuite adopté une perspective plus synthétique. Il estime que le régulateur énergétique semble se sentir à l'étroit dans sa compétence et l'avis émis en septembre 2000 sur l'hypothèse du *trading* d'électricité montre un désir d'une régulation plus offensive et plus largement exercée. Le régulateur serait-il désireux d'exercer un office plus normatif ? Enfin, Michel Guénaire conclut sur la question qui lui paraît centrale : de quelle manière le monopole d'EDF sera-t-il significativement entamé et dans quelle mesure le règlement des différends va-t-il y contribuer ? N'est-ce pas plutôt le Conseil de la concurrence qui pourrait accélérer cette évolution ?

Sur ces interrogations ayant suscité beaucoup de débat avec la salle, la parole est donnée à **Yann Pétel**, médiateur du service universel postal. Il s'agit en effet d'exposer **un nouveau mode de règlement des différends : le médiateur du service universel postal**. L'orateur expose la spécificité de son office, non seulement en raison de la particularité du secteur postal mais encore parce qu'il s'agit avant tout de résoudre les conflits entre l'opérateur public et les utilisateurs et non pas avec les concurrents, même s'il peut s'agir d'un utilisateur économiquement important, comme un routeur. Le médiateur a pour fonction l'effectivité du service universel postal, c'est-à-dire non pas tant la constitution d'un marché que la satisfaction des clients.

L'orateur a souligné cependant qu'au-delà de la directive communautaire de 1997 qui en visait la nécessité, la loi française a étendu ses mis-

sions, traitant des réclamations de tous les clients relatives au service universel, mais aussi formulant un avis sur la rédaction des contrats types et défendant le service universel postal lui-même. À la fonction de règlement des différends, se sont donc greffées des fonctions d'analyse et de conseil.

En moins de deux ans, le médiateur postal a traité près de 400 réclamations, chiffre important puisque le médiateur agit comme une sorte d'organe d'appel après que le client s'est tout d'abord tourné vers La Poste. Les deux principaux thèmes sont d'une part la demande que La Poste remplisse ses obligations, notamment en matière de distribution, et d'autre part la demande d'indemnisation pour dysfonctionnement de La Poste, pour perte d'objet par exemple. Le médiateur n'a émis qu'une quarantaine de recommandations à l'égard de La Poste et l'orateur a souligné que leur publication était importante car il s'agit au-delà du cas particulier d'obtenir une évolution plus générale des règles et des comportements. Le médiateur observe que la question de la responsabilité a beaucoup évolué, en faveur des clients, alors que la détermination des obligations reste très complexe. Dans les recommandations émises, il ressort que le médiateur agit au cas par cas et prend grandement en considération le comportement du client et la manière dont La Poste a plus ou moins cherché à résoudre la difficulté.

À travers cela, le médiateur apprécie le caractère plus ou moins adapté de la réglementation postale et, son action est susceptible de, voire à vocation à, faire évoluer celle-ci. En cela, le médiateur, qu'on ne peut assimiler à un médiateur d'entreprise, est un

acteur de la régulation postale.

Ce souci de résoudre au mieux les conflits entre deux parties est classiquement exprimé par l'arbitrage. **Emmanuel Gaillard**, professeur et spécialiste d'arbitrage international, a traité : **La question de l'arbitrage dans les secteurs régulés**. Il a montré que dans la conception très dynamique que le droit a désormais adopté de l'arbitrage, ce mode de résolution des litiges est désormais accessible et adéquat concernant les secteurs régulés. Emmanuel Gaillard a tout d'abord exposé l'opportunité pour les acteurs des secteurs régulés d'adopter le cadre de l'arbitrage international ou interne de droit commun. Cela tient principalement à la flexibilité de l'arbitrage qui permet aux parties de choisir les modalités de la procédure et de l'office de l'arbitre au plus juste de leurs intérêts et de la raison pour laquelle l'arbitrage est requis. Ce recours à l'arbitrage n'est pas entravé par des difficultés d'arbitrabilité car, souligne l'orateur, la voie de l'arbitrage est admise quasiment sans limite, l'arbitre appliquant les règles de l'ordre public si celles-ci sont concernées par le contentieux. Dès lors, le fait que la régulation introduit de l'ordre public dans les secteurs économiques n'est pas un obstacle. Dans une deuxième partie de son exposé, Emmanuel Gaillard confronte les nécessités propres aux secteurs régulés à un autre modèle d'arbitrage, l'arbitrage propre à la protection des investissements étrangers. L'orateur expose le mécanisme de ces arbitrages CIRDI, sous l'égide de la Banque mondiale, qui résultent de plus de 2.000 traités internationaux bilatéraux. Par ceux-ci, les États s'engagent les uns par rap-

port aux autres à ne pas entraver, même par l'usage de leur souveraineté, la protection des investissements menés dans leur pays par des étrangers. Si un investisseur étranger estime que l'État a méconnu cet engagement, il peut demander un arbitrage. Emmanuel Gaillard a mis en valeur la grande spécificité de cet arbitrage, puisque la source en est publique, logée dans des traités entre États, mais que l'action en justice qui en découle est privatisée, mise à disposition des opérateurs. Cette articulation entre source publique et efficacité privée peut servir de modèle pour la résolution des conflits dans les secteurs régulés.

Enfin, l'orateur a fait référence à la technique d'arbitrage que la Commission européenne a nouvellement mis en place dans le cadre du contrôle des concentrations. En effet, le développement des engagements comportementaux pris par les entreprises pour satisfaire les exigences de la Commission rend problématique leur suivi, plus difficile que concernant les engagements structurels. La solution a été la possibilité pour les tiers, notamment les entreprises concurrentes, de saisir un tribunal arbitral qui, avec la même flexibilité que dans les autres modèles d'arbitrages, appréciera la conformité du comportement des entreprises à leur engagement pris à l'égard de la Commission.

Ce triple tour d'horizon a permis à Emmanuel Gaillard de conclure que l'arbitrage, et la flexibilité qui tout à la fois caractérise l'arbitrage et en fait l'efficacité et la beauté, est un mode adéquat de résolution des litiges dans les secteurs régulés, puisque ce mécanisme est aujourd'hui parfaitement articulé avec l'ordre public et a su marier public et privé, notamment par

une source publique d'engagement et un usage privé des voies d'action qui en découlent.

Cette considération première de l'intérêt des opérateurs, consistant en outre un gage d'efficacité du secteur considéré, justifie pleinement la nécessité d'obtenir une décision de type juridictionnel en urgence si la rapidité est requise. Cette perspective a été développée par **Jean-Louis Fourgoux**, avocat spécialiste de droit de la concurrence, qui s'est posé la question de **l'adéquation des mesures d'urgence**. Étant acquis que le temps de résolution peut être vital, l'orateur a constaté que les régulateurs hésitent souvent à user de leur pouvoir de prendre des mesures conservatoires. « Les régulateurs se méfient de la précipitation comme du diable ».

Cependant, l'évolution du Conseil de la concurrence peut servir de modèle en la matière, interprétant plus largement le pouvoir de prendre des décisions dans l'urgence. Les différents textes régissant les pouvoirs des régulateurs sont certes convergents puisqu'ils leur confèrent le pouvoir d'adopter des mesures provisoires mais, le plus souvent, celles-ci ne peuvent être demandées qu'accessoirement à une saisine au fond de l'autorité, ce qui complique la protection de l'opérateur. Par ailleurs, l'orateur a insisté sur le caractère limité de ces procédures d'urgence, puisque l'entreprise doit démontrer des « atteintes graves et immédiates » et que les mesures sont limitées à ce qui est rendu nécessaire par l'urgence. Des mécanismes tels que les astreintes ou des indemnités sont exclus.

Pourtant, la Cour de justice cherche à encourager le pouvoir des autorités à régler les

DROIT DE
LA RÉGULATION

situations d'urgence, l'orateur insistant notamment sur l'arrêt *Conorzio Industrie Fiammiferi* du 9 septembre 2003, qui précise que les mesures conservatoires ne sont pas des sanctions mais une restauration de la concurrence. Dans le même sens, Jean-Louis Fourgoux a conclu en soulignant toute la difficulté de conserver l'équilibre entre l'efficacité de la régulation et la protection des entreprises.

Enfin, **Alain Laccabarats**, président de chambre à la Cour d'appel de Paris, a clôturé ces successives présentations de mécanismes si divers, en analysant : **La superposition verticale et juxtaposition horizontale du règlement des différends par le régulateur et les modes ordinaires de résolution des litiges**. Il a consacré une première partie de ses propos pour rappeler la règle selon laquelle les autorités administratives indépendantes exercent leur prérogative sous le contrôle des juges et, généralement, en ce qui concerne le règlement des différends, sous le contrôle de l'autorité judiciaire. La Cour d'appel de Paris exerce un contrôle de légalité, essentiellement au regard des garanties de procédures, auquel s'ajoute un contrôle de pleine juridiction. L'orateur souligne que, contrairement au contentieux ordinaire, ce contrôle trouve des limites, soit parce que le juge n'a pas à entrer dans des raisonnements techniques et économiques, soit parce que, plus simplement, la technicité de la matière fait obstacle à ce qu'un contrôle soit exercé avec discernement et efficacité.

Alain Laccabarats a consacré le second temps de son intervention à la coexistence des modes de règlement des différends. Elle prend alors

trois formes. Les juridictions peuvent être substituées aux régulateurs car, pas plus que le Conseil de la concurrence, ceux-ci n'ont de compétence exclusive. Les juridictions peuvent aussi être saisies de manière complémentaire, soit du fait des opérateurs, qui par exemple ont besoin de mesures d'urgence, soit du fait des autorités elles-mêmes qui saisissent le juge, lorsque la loi le permet, par exemple en matière de régulation financière. Enfin, le régulateur peut intervenir en complément du juge, l'orateur prenant notamment l'exemple de la procédure d'avis sollicité auprès du Conseil de la concurrence ou de l'Autorité des marchés financiers. Il ressort de l'intervention que ces rapports se construisent à la fois solidement et sereinement, là où certains avaient pu craindre un phénomène néfaste d'ignorance ou de compétition.

*
* *

De ce 10^e Forum de la régulation, il est ressorti que le règlement des différends était une technique nouvelle dont on cherchait avec quelque embarras la nature ou la cohérence, mais que les opérateurs plébiscitaient et que les régulateurs n'hésitaient pas à exercer avec rapidité et hardiesse.

**Marie-Anne
FRISON-ROCHE**

Professeur des Universités à Sciences Po
Directeur du Forum de la régulation