

Arbitrage et droit de la régulation*

Marie-Anne Frison-Roche

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

1. – Peut-on insérer une clause compromissoire dans un contrat dont l'objet interfère avec le droit qui a pour objet l'organisation d'un secteur régulé, par exemple en matière financière, ou en matière énergétique ? Pour le faire en sécurité, il faut tout d'abord que le système juridique le tolère, c'est-à-dire que le litige, dont la survenance aura ou non été visée préalablement par une clause compromissoire, soit arbitrable même si ce droit de la régulation est en cause. Ces secteurs économiques régulés, c'est-à-dire ouverts à la concurrence mais non entièrement abandonnés à celle-ci¹, sont la finance, l'assurance, la banque, les télécommunications, l'électricité et le gaz, les transports².

2. – Plus encore, au-delà de ce stade, certes crucial mais seulement préalable, de la recevabilité du mécanisme arbitral, celui-ci peut-il concourir heureusement à la régulation globale de ces secteurs économiques, c'est-à-dire être non seulement conforme à l'intérêt des parties au contrat mais encore servir le système général ? Le mécanisme d'arbitrage mis en place par la Commission européenne pour assurer le suivi de la bonne exécution des engagements pris par des entreprises ayant obtenu une

* Nous remercions maître Eduardo Silva Romero d'avoir bien voulu donner son autorisation pour reproduire ici une contribution de l'ouvrage collectif *Le contrat d'arbitrage*, à paraître aux éditions Legis.

1. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron. p. 610-616.

2. Pour un exposé un peu plus problématisé de ce qu'est le « droit de la régulation », v. *infra* n° 6 et s. Sur la problématique, v. E. Gaillard, « La voie de l'arbitrage dans les secteurs régulés », in *Forum de la régulation, Régulation et règlement des différends*, 26 avril 2004, Sciences-Po. V. aussi *Les Échos* du 12 novembre 2004.

autorisation de concentration en est le plus net exemple. S'il en est ainsi, la régulation d'un secteur mettant en œuvre de très multiples sources du droit, le régulateur se caractérisant par l'usage de quasiment tous les types de pouvoirs³, alors non seulement des arbitrages pourront concourir à la bonne régulation des secteurs mais encore le mécanisme sera encouragé par les régulateurs.

3. – La difficulté actuelle de trouver la connexion, peut-être même l'harmonie, entre arbitrage et régulation explique ou justifie l'absence de clauses compromissaires dans de nombreux contrats qui croisent directement la régulation des secteurs, notamment dans les contrats passés entre le gestionnaire d'un réseau de transport, par exemple d'électricité ou d'impulsion téléphonique, et les opérateurs qui achètent ou vendent ces produits et doivent les faire transporter. L'absence de clause compromissoire, alors même qu'on peut rencontrer des clauses attributives de compétence, peut s'expliquer par le fait que ces contrats sont imprégnés de la notion d'accès, qui est au cœur des régulations économiques et de l'ouverture à la concurrence⁴, et que ce souci de régulation rendrait l'arbitrage étranger à l'opération en cause.

4. – Cette impression est peut-être davantage liée au vocabulaire qu'au fond des choses. En effet, lorsqu'on veut réfléchir sur les rapports entre l'arbitrage et la régulation, on se heurte à la définition des termes. Commençons par le mieux assis, le plus convenu, à savoir « l'arbitrage », qui vise la constitution d'un tribunal et la mise en place d'une procédure dont les éléments essentiels sont contractuellement décidés par les parties au litige mais qui aboutit à un acte de nature juridictionnel, rendu par des arbitres privés qui tranchent le différend en tant que juges. On trouve pourtant l'affirmation selon laquelle le pouvoir de règlement des différends, qui a été depuis quelques années confié aux régulateurs sectoriels⁵, serait un pouvoir d'« arbitrage ». Ainsi, le régulateur des télécommunications⁶ ou celui de l'énergie qui tranchent un

3. *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, vol. 2, Dalloz-Presses de Sciences-Po, série « Droit et économie de la régulation », 2004, spéc. P.-A. Jeanneney, « Le régulateur producteur de droit », p. 44-51 et B. de la Taille, « La pluralité des producteurs de droit entre l'Europe et les États », p. 52-53. Sur ce pluralisme juridique qui caractérise le droit de la régulation, parce que non seulement le régulateur exerce de très nombreux pouvoirs mais encore parce que de très nombreux acteurs exercent des pouvoirs, souvent similaires entre eux, chacun en ce qui les concerne, l'ensemble formant une sorte de maillage de pouvoirs à travers lequel la régulation se concrétise, v. par ex., M. Thatcher, « Concurrence ou complémentarité ? À propos de la délégation des pouvoirs », in *La Régulation, Nouveaux modes ? Nouveaux territoires*, *RF adm. publ.*, n° 109, 2004, p. 49-52.

4. Sur cette perspective qui amène à parler de « contrat de régulation », v. M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.* 2004, p. 451-469, spéc. p. 466.

5. M.-A. Frison-Roche, « Le pouvoir de règlement des différends, entre régulation et juridiction », in cet ouvrage, *infra*.

6. L'expression est expressément utilisée par Élisabeth Rolin, alors directrice juridique de l'Autorité de régulation des télécommunications, dans sa description du pouvoir du régulateur de régler les différends (« Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in *Juges et régulateurs*, n° spéc., *Petites Affiches*, 23 janv. 2003, p. 26 et s., p. 26). Le terme est encore utilisé pour présenter le pouvoir de règlement des différends de la Commission de régulation de l'électricité (A. Coque, « De l'installation de la Commission de régulation de l'électricité et de ces compétences en matière de prévention des risques », *Petites Affiches*, 4 janv. 2000, p. 4 et s.).

différend sur l'accès aux réseaux agiraient comme des arbitres, voire comme des amiables compositeurs⁷.

5. – La qualification est d'autant plus surprenante qu'il s'agit d'un office dans lequel il n'y a aucun contrat lançant et organisant la procédure, mais au contraire un pouvoir que le régulateur exerce avec force pour organiser l'accès des concurrents aux infrastructures du secteur et sur le principe duquel le consentement du défendeur n'est en rien sollicité⁸. La jurisprudence elle-même utilise à la légère cette appellation pour désigner d'une façon générale le simple fait de régler des différends, même hors de toute technique d'arbitrage⁹ : ainsi, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 janvier 2004, *Estel*¹⁰, désigne le pouvoir de l'Autorité de régulation des télécommunications comme la « mission d'arbitrage des différends relatifs aux tarifs des prestations offertes par les opérateurs en situation de concurrence sur le marché des télécommunications ».

6. – À cette première incertitude, qui relève davantage de l'imprécision de vocabulaire que d'une ambiguïté de fond, fait face une véritable difficulté sémantique du côté du droit de la régulation. En effet, la « régulation économique » est une notion relativement récente, au moins dans les pays de droit romain. Elle exprime une nouvelle manière de mener une action publique pour créer et maintenir des équilibres économiques. De nombreuses disputes substantielles se sont déroulées tout d'abord quant à l'existence même d'un droit de la régulation¹¹, puis sur la définition de ce droit¹². Par provision, nous désignerons ici le droit de la régulation comme le droit des secteurs économiques régulés, le plus souvent repéré comme tel en raison de la présence au cœur du système d'un régulateur indépendant, sous la forme fréquente d'une autorité administrative. Cela concerne donc les secteurs bancaire, financier, assurantiel, énergétique, des télécommunications et des transports.

7. – Pour l'instant, on dispose de peu d'expérience et de peu de décisions arbitrales dans ces secteurs, dès l'instant qu'il s'agit de contrats portant sur des opérations économiques interférant directement avec la régulation des secteurs. Pourtant, non seulement rien ne s'oppose à utiliser la voie de l'arbitrage dans ces secteurs, mais

7. R. Mettoudi, *Les fonctions quasi juridictionnelles de l'Autorité de régulation des télécommunications*, Thèse Nice, dact., 2004.

8. M.-A. Frison-Roche, « Le pouvoir de régler les différends, entre office de régulation et office juridictionnel », préc.

9. Il s'agit là sans doute d'un héritage du droit public, dans lequel l'appellation d'arbitrage est utilisée pour de nombreuses procédures qui ne sont que des modes spéciaux de règlement des différends, sans que la base volontaire et contractuelle de l'arbitrage soit présente. Cela contribue à rendre difficile le repérage de l'arbitrage en droit public (sur ce point, v. J.-M. Auby, « L'arbitrage en matière administrative », *AJDA* 1955, p. 81-89).

10. CA Paris (1^{re} ch., sect. H), n° rép. 2003/12433.

11. V., par ex., Droit de la régulation : questions d'actualité, n° spéc. des *Petites Affiches*, 3 juin 2003.

12. V. not. M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, chron., p. 126-129. Pour des approches assez variées et des pistes bibliographiques, v. « La régulation : nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? », *RF adm. publ.*, n° 109, 2004.

tout y conduit. La pratique contractuelle le montre, qui utilise l'arbitrage comme alternative à l'absence d'un régulateur public. Par exemple, dans un contrat international en matière de télécommunications, parce que les parties au contrat ne peuvent compter sur l'intervention potentielle du régulateur dans la mesure où celui-ci n'est que national, les parties insèrent fréquemment une clause compromissoire. Le tribunal arbitral international a alors vocation à remplir un office dont le régulateur international, s'il avait été établi, aurait été le naturel acteur.

8. – Les litiges dans les secteurs régulés, même s'il ne s'agit pas de la part des opérations économiques ordinaires dans ceux-ci (par exemple de simples contrats de vente et d'achat d'énergie) mais bien de la part des activités expressément régulées (par exemple les protocoles d'accès aux réseaux ou les contrats d'intermédiation financière), sont arbitrables. Cela découle non seulement de l'affirmation désormais couramment faite que l'arbitrabilité ne connaît aujourd'hui quasiment plus de limite¹³, mais encore parce que les deux branches du droit plus assises sur lesquelles le droit de la régulation s'articule et auxquelles il emprunte, à savoir le droit de la concurrence et le droit administratif, se sont elles-mêmes ouvertes à l'arbitrage.

9. – Il ne suffit pas de s'en tenir à cette recevabilité. Elle est vraie concernant le droit de la régulation comme pour les autres branches du droit, en raison du raisonnement aussi simple que solide, solide parce que simple : l'ordre public n'est pas un obstacle pour que les arbitres s'avancent dans une branche du droit¹⁴, il est une charge que les arbitres doivent supporter en concrétisant dans l'exercice de leur office l'ordre public éventuellement impliqué par la règle et par la situation¹⁵. Mais, au-delà de cet argument, à l'égard duquel le droit de la régulation est donc comme tout le reste, il convient de se demander si l'arbitrage ne concourt pas lui-même à la régulation¹⁶, s'il ne serait pas particulièrement adéquat pour ces secteurs économiques qui sont et demeureront en balance entre la concurrence et un autre principe.

13. V. not. E. Gaillard, La voie de l'arbitrage dans les secteurs régulés, préc.

14. V. d'une façon générale et par exemple, M. de Boissesson, *Le droit interne et international de l'arbitrage*, GLN Joly, 1990, n° 586 et s., p. 501 et s. ; P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage international*, Litec, 1996, n° 559 et s., p. 345 et s.

15. Par ex., en matière de propriété intellectuelle, v. A. Chavanne, « Arbitrage, propriété industrielle et ordre public », in *Mélanges Vincent*, Dalloz, 1981, p. 51 et s. ; M. Vivant, « L'arbitrabilité de la propriété intellectuelle », *Lamy Droit des affaires*, n° 72, juin 2004, p. 5 et s. L'OMPI est lui-même doté d'un centre d'arbitrage et de médiation.

16. Dans ce sens, v. Ph. Marini et F. Fages, « La réforme de la clause compromissoire », *D.* 2001, chron. p. 2658 et s.

I. L'ARBITRAGE DANS LE DROIT DE LA RÉGULATION PAR TRANSCRIPTION DES RÈGLES DÉGAGÉES DANS DES BRANCHES DU DROIT PROCHES

10. – Le droit des secteurs régulés correspond à une façon de gouverner des secteurs économiques en faisant une place, certes variable et de fait et de droit, au principe de concurrence. Cela est surtout exact pour les industries de réseaux, comme les transports, l'énergie, l'audiovisuel ou les télécommunications. Quel que soit le secteur, la régulation interfère avec des politiques publiques : les régulations ne sont jamais purement techniques, elles visent une certaine construction d'un secteur, par exemple une volonté d'accès des démunis aux biens essentiels, une lutte contre la « fracture numérique », un choix de favoriser une épargne plus populaire, etc. Institutionnellement, le régulateur prend de plus en plus la forme d'une autorité publique, y compris dans des systèmes de *Common Law*. Le droit de la régulation semble encore proche du droit public, dont il serait l'épigone. Si l'on considère que le droit des secteurs régulés est une sorte de mixte entre le droit de la concurrence et le droit public, alors il faut mais il suffira de mesurer l'arbitrabilité en droit de la concurrence et en droit public pour obtenir de ces prémisses la conclusion qui s'impose en droit de la régulation. Mais avant d'aller puiser dans le droit applicable à ces branches du droit plus fortement constituées que ne l'est pour l'instant le droit de la régulation, il convient de confronter tout d'abord les principes de l'arbitrage avec l'idée d'auto-régulation.

A. L'ARBITRAGE À TRAVERS L'HYPOTHÈSE DE L'AUTORÉGULATION

11. – L'auto-régulation est un mode de régulation particulier en tant qu'il repose sur la capacité d'un système à engendrer sans intervention extérieure les adaptations et les règles nouvelles dont il a besoin. L'auto-régulation est liée à l'idée même de système et, si l'on devait passer d'un vocabulaire à un autre, l'on dirait volontiers qu'il y a auto-régulation si le système juridique ou économique ou social est « autopoïétique », c'est-à-dire fabrique par ses seules forces les règles et les décisions qui lui assurent son développement.

12. – Pour en rester au vocabulaire de l'auto-régulation, on a pu ainsi soutenir que le marché lui-même pouvait par des réactions propres rétablir son équilibre compromis, par exemple par l'entrée de nouveaux concurrents lorsque les conditions de la compétition sont affectées par des comportements anticoncurrentiels¹⁷. Plus encore, on soutient encore fréquemment que le système bancaire, voire financier, peut être

17. V. not. E. Brousseau, « Les marchés peuvent-ils s'auto-réguler ? », in B. Ferrandon (dir.), *Concurrence et régulation des marchés*, La Documentation française, 2003, p. 64-70.

autorégulé, notamment par l'organisation professionnelle des intermédiaires et par la déontologie¹⁸. On trouve encore des affirmations comme quoi Internet peut être régulièrement et efficacement régulé par la seule conscience éthique et le sens de l'intérêt commun des entreprises qui tiennent les accès à ce réseau¹⁹.

13. – Si l'on pense que les marchés ou les secteurs économiques sont autorégulés, ou peuvent l'être, ou doivent l'être, l'instrument de régulation ordinaire étant le contrat, alors l'arbitrage, qui prolonge cette logique dans le conflit, devient la voie royale ! L'arbitrage est ce qui exprime la puissance juridictionnelle mais qui dessine celle-ci au plus près de l'intérêt des parties qui se mettent d'accord sur leur désaccord ; il participe directement au modèle d'une autorégulation, menée par les acteurs eux-mêmes, même lorsqu'ils cessent d'être en bons termes, sans qu'une autorité juridique exogène — par exemple l'État — doive être sollicitée. Cela est particulièrement pertinent pour la régulation bancaire. Ainsi, des défaillances de banques ont été traitées hors de la brutalité du droit étatique, notamment par de très multiples arbitrages avec les créanciers, ce qui a servi l'impératif de stabilité du secteur et d'évitement de la crise systémique, enjeu central de la régulation bancaire.

14. – Si l'on mesure aisément le lien très fort entre l'arbitrage et l'autorégulation des secteurs, l'arbitrage étant le moyen par excellence pour les acteurs d'ajuster les règles et de maintenir les équilibres de leurs relations, on ne peut pas s'arrêter là, d'une part parce que les relations entre opérateurs peuvent elles-mêmes être déséquilibrées et justifier une intervention plus impérieuse que celle de l'arbitrage²⁰ et d'autre part parce que l'autorégulation est une perspective remise en cause. Les secteurs correspondant à des industries de réseaux, comme les transports ou l'énergie, n'ont d'ailleurs jamais été pensés à travers l'autorégulation. Pourquoi ? Parce que, dans ces secteurs, il existe un acteur économique très dominant, par exemple EDF pour ce qui est du

18. Pour une analyse approfondie des différentes hypothèses, v. J.-B. Zufferey, (*Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-)* *réglementation en matière bancaire et financière. Thèses pour un état des lieux en droit suisse*, Helbing & Lichtenhahn, 2004. V. aussi E. Lulin, « *Voluntary regulation : la règle privée face à la loi* », *Sociétal* 2002, n° 36, p. 9-14 ; F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », in *La régulation : nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, préc., p. 23-36.

19. L. Cohen-Tanugi, *Le nouvel ordre numérique*, Odile Jacob, 1999 ; B. du Marais, « Autorégulation, régulation et corégulation des réseaux », in *Le droit international de l'Internet*, Bruylant, 2002, p. 293-308.

20. Si l'on adoptait une définition plus large de la régulation, pour y inclure tous les mécanismes de rééquilibrage des rapports de force (M.-A. Frison-Roche, « Les différentes définitions de la régulation », in *La régulation : monisme ou pluralisme ?*, n° spéc. *Petites Affiches*, 18 juill. 1998, p. 5 et s.) alors, parce que la perspective est différente et se détache du souci des secteurs régulés, l'articulation avec l'arbitrage serait elle aussi à analyser différemment. En effet, l'on pourrait alors affirmer que l'arbitrage et, notamment, la clause compromissoire accroissent le déséquilibre plutôt qu'il ne le combat. C'est pourquoi, concernant les pratiques restrictives de concurrence, la doctrine estime que le pouvoir du ministre de l'Économie d'agir à la place de la victime ne doit pas être entravé par une clause compromissoire ou un compromis (pour une démonstration dans ce sens, v. A. Penneau, « La sanction civile des contrats commerciaux déloyaux par l'effet de l'action de substitution d'une autorité publique », *D.* 2003, chron., p. 1278 et s.).

secteur électrique, alors que l'autorégulation suppose des acteurs qui peuvent équilibrer leur propre rapport de force.

15. – C'est pourquoi le critère de l'aptitude d'un secteur à être autorégulé n'est pas tant la spécificité technique d'un secteur (notamment industrie de réseaux, ou industrie financière), mais plutôt l'existence ou non d'un opérateur trop dominant pour que l'autorégulation ne se résume pas à l'écrasement du secteur par le seul jeu de sa volonté, la perspective contractuelle ne concrétisant que l'abdication de la volonté des autres. C'est pourquoi le secteur des télécommunications dans lequel les opérateurs historiques ont significativement perdu de leur puissance au bénéfice des nouveaux opérateurs, notamment grâce à la création *ex nihilo* de nouveaux marchés comme celui du téléphone mobile justifie désormais davantage le recours à l'arbitrage que des secteurs encore dominés par l'entreprise naguère monopolistique.

16. – Plus encore, l'autorégulation repose beaucoup sur le comportement des acteurs, notamment de ce que l'on pourrait appeler des acteurs systémiques, par exemple les gestionnaires des réseaux de transport, ou les établissements de crédit, ou les intermédiaires financiers, ou les fournisseurs d'accès sur Internet, ou les auditeurs qui garantissent les informations données au marché. Ce comportement serait éthique en ce qu'il produirait des règles et des décisions qui ne seraient pas conçues à leur profit mais au bénéfice de tous et pour le bien du secteur. L'autorégulation croise ainsi fortement la déontologie, parce que toutes les autorégulations reposent sur la notion très forte de profession, la profession sachant garder les secrets comme diffuser les informations, à bon escient et pour l'intérêt de tous²¹.

17. – Or, de nombreuses affaires ont porté des coups sérieux à cette autorégulation, non pas tant sur l'aptitude à émettre de nouvelles règles, mais dans l'assurance que celles-ci seraient dans l'intérêt du secteur et de tous ses acteurs, y compris les plus faibles. Dès lors, les régulations sont de moins en moins laissées à elles-mêmes. Par exemple, les régulateurs financiers sont de plus en plus des autorités administratives, et l'Autorité des marchés financiers créée par la loi française du 1^{er} août 2003 est une « personne de droit public » qui a absorbé le Conseil des marchés financiers, lequel était une association de droit privé composée des représentants des acteurs du marché²². D'une façon plus générale, les Parlements entendent reprendre la main, notamment à propos de la régulation financière et du contrôle des informations données aux investisseurs, en passant « de l'autorégulation à la loi²³ ». L'autorégula-

21. V., par ex., M. Canto-Sperber, « Philosophie morale et éthique professionnelle », in *Secrets professionnels*, Autrement, 1999, p. 103-117.

22. Sur cette dimension, v. par exemple, N. Decoopman, « La nouvelle architecture des autorités financières », *JCP* 2003, I, 169; G. Rameix, « L'Autorité des marchés financiers », in *La loi de sécurité financière*, n° spéc. *Petites Affiches*, 14 nov. 2003, p. 12-14; M.-A. Frison-Roche, « Les contours de l'Autorité des marchés financiers », in *Mélanges AEBDF*, Banque Éditeur, vol. IV, 2004, p. 165-180.

23. Pour reprendre le titre même du rapport de la Commission des lois à propos du fonctionnement des organes sociétaires, notamment lorsque la société est cotée, c'est-à-dire qu'elle devient sujet de la régulation financière : P. Clément, *Gouvernement d'entreprise : liberté, transparence, responsabilité. De l'autorégulation à la loi*, rapport d'information n° 1270, AN, déc. 2003.

tion semble en recul. Faut-il en conclure que l'arbitrage, qui lui était naturellement attaché, doit subir le même sort ?

B. L'ARBITRAGE À TRAVERS L'ANALOGIE ENTRE LE DROIT DE LA RÉGULATION ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE

18. – La voie serait d'autant plus fermée que, si l'on cherche à rattacher le droit de la régulation économique à une branche du droit plus installée, l'hommage que la régulation fait à la concurrence, notamment si l'on considère que la réussite d'un système de régulation est de faire passer d'une organisation monopolistique à un marché ouvert et effectivement concurrentiel, conduit à dupliquer dans le droit de la régulation la place que le droit de la concurrence fait à l'arbitrage. Le lien entre régulation et concurrence est fort puisque, en Europe, c'est l'ouverture à la concurrence de secteurs naguère tenus par des entreprises publiques monopolistiques, notamment dans les industries de réseaux, qui a déclenché la mise en place de nouvelles régulations et que c'est l'avènement d'une concurrence concrète qui signe la réussite du procédé.

19. – Dans ces conditions, l'ordre public de direction, qui habite le droit de la concurrence alors qu'il ne s'agit que de garder le dynamisme et l'équité de la compétition sur un marché, redouble lorsqu'il s'agit de construire la concurrence. Le droit de la régulation est construit sur un ordre public de direction au carré. Cela le rend-il réfractaire à l'arbitrage ? Lorsqu'on observe l'évolution de l'arbitrage dans le droit de la concurrence, le dessin est plus fin, voire inverse.

20. – En effet, si l'arbitre ne peut prononcer de sanctions pour des comportements anticoncurrentiels, il peut en revanche annuler une clause contraire à une prescription du droit de la concurrence²⁴. Le temps où l'on se posait encore la question est révolu²⁵. Pour reprendre la formulation ferme et claire de l'arrêt *Labinal*, les « conséquences civiles du droit de la concurrence sont arbitrables ». Cette distinction entre le déploiement des règles et l'effet de ce déploiement est familière à l'ordre public international. Ce pouvoir du tribunal arbitral de tirer toute conséquence civile d'une violation du droit de la concurrence²⁶ est l'instrument d'un devoir des arbitres, celui de faire respecter par le biais de l'annulation de la clause litigieuse l'ordre public

24. V. not. Paris, 14 oct. 1993, *Aplix*, *Clunet* 1993, p. 981 ; Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, *Clunet* 1993, p. 957-989, note L. Idot, *Petites Affiches*, 1^{er} mars 1995, obs. S. Rottman ; Paris, 1^{re} ch. sup., 28 avr. 1988, *Matra c/Alkan* et 20 janv. 1989, *SPD c/DPF*, *Rev. arb.* 1989, p. 281-308, note L. Idot ; Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Renault c/Société V 2000*, *Rev. arb.*, 1997, p. 537, note E. Gaillard.

25. V. par exemple G. van Hecke, « Arbitrage et restrictions de la concurrence », *Rev. arb.* 1973, p. 3-16.

26. On peut par exemple citer l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 1^{re} ch., sect.G., audience solennelle, du 19 octobre 2001 (répert. n° 2000/08447), qui rappelle que « l'arbitre dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles du droit de la concurrence, tant national qu'euro péen, ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle sous le contrôle du juge de l'annulation » (8^e page).

concurrentiel²⁷. Si l'on considère que le droit communautaire de la concurrence est plus proche d'une perspective de régulation que ne l'est le droit français ou l'*antitrust nord-américain* parce que l'Europe sert une volonté de *construire* un marché, dans la visée politique de constitution d'un marché européen unifié²⁸, alors la compatibilité entre le droit communautaire et l'arbitrage²⁹, y compris lorsque les arbitres statuent en amiables compositeurs³⁰, est une raison forte d'accueillir l'arbitrage dans le droit des secteurs régulés.

21. – En revanche, l'on a souvent soutenu que l'arbitre ne pouvait interférer dans le contrôle des concentrations³¹, lieu de décision politico-économique par excellence et dont on peut considérer qu'il jouxte en cela la perspective de régulation. Pourtant la Commission européenne elle-même a inséré la technique de l'arbitrage pour améliorer le suivi des engagements pris par les entreprises qui se concentrent³². De la même façon, l'arbitrage est certainement possible concernant un contrat par lequel le gestionnaire d'une infrastructure essentiel organise l'accès d'un concurrent à celui-ci, à charge pour les arbitres d'y voir un abus de position dominante si cet accès n'est pas équitable. Cette théorie des facilités essentielles jouxte le droit de la régulation des accès et des ouvertures à la concurrence³³. Ainsi les liens que le droit de la régulation entretient avec le droit de la concurrence vont dans le sens d'un accueil analogique de l'arbitrage dans le droit de la régulation.

27. R. Bout, « Ententes et abus de domination devant l'arbitre », in *Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun*, PUAM, 1995, p. 59 et s. Comme le souligne Mathieu de Boisseson, préc., « ce serait trahir la mission confiée par les parties et la confiance des autorités publiques que de ne pas prendre en compte le droit de la concurrence dans la résolution du litige » (n° 589, p. 509). Par exemple, l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 1^{re} ch., sect. C, 7 déc. 1999, *BL Distribution* (n° répert. 1998/26979) rappelle qu'« une sentence dans laquelle l'arbitre refuse d'annuler un contrat conclu en violation du droit de la concurrence encourt l'annulation [...] parce que la solution ainsi donnée au litige heurte l'ordre public ».

28. Institut Montaigne, *Régulation : ce que Bruxelles doit vraiment faire*, Publications de l'Institut Montaigne, 2004.

29. R. Kovar, « Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », in *Le droit des relations économiques internationales. Mélanges B. Goldman*, Litec, 1982, p. 109-124; plus nettement encore J.-H. Moitry, « Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la *lex mercatoria*? », *Rev. arb.*, 1989, p. 3-36. Pour la jurisprudence, v. par ex., Paris, 1^{re} ch., sect. C, 7 déc. 1999, *BL Distribution*, préc.; Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, *Gallay* (pourvoi n° K96-16.746).

30. V., par ex., Paris, 1^{re} ch., sect. C, 16 mars 1995, *Gefradis* (n° répert. 93.16705), p. 6; 15 mars 1996, *Vert Distribution* (n° répert. 93.9441), p. 7 et s.; 6 oct. 1998, *Poloco* (n° répert. 1997/03770), p. 6 et s.

31. V. par ex. L. Nicolas-Vullierme, « Procédure en droit interne de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence-consommation*, fasc. 55, n° 50.

32. V. *supra* n° 2 et *infra* n° 32.

33. M. Bazex, « Entre concurrence et régulation : la théorie des facilités essentielles », *Rev. Concurrence*, n° 199, janv. 2001.

C. L'ARBITRAGE À TRAVERS L'ANALOGIE ENTRE LE DROIT DE LA RÉGULATION ET LE DROIT PUBLIC

22. – Mais le droit de la régulation n'est pas seulement le marchepied de l'ouverture à la concurrence, qui se retire une fois la transition accomplie. Des secteurs économiques très anciens sont régulés, comme la banque, la finance ou l'assurance, sans que non seulement l'on songe à supprimer un jour l'appareillage de régulation mais encore sans que la concurrence soit vraiment le premier objectif du système. En ces matières, il s'agit davantage de préserver d'un risque systémique et d'organiser la concurrence autant qu'il est possible de le faire sans contrarier cette gestion du risque. Cet équilibre peut se retrouver dans certaines industries de réseaux, notamment les secteurs énergétiques dans lesquels la prévention des risques, par exemple celui des pannes générales ou des pénuries d'approvisionnement, est un objectif aussi important que l'ouverture à la concurrence.

23. – À ce souci de risque du système, s'associe souvent une volonté politique de maintenir de force des équilibres entre le principe de concurrence et un autre principe qui n'en est pas nécessairement l'anticipation et qui peut être un principe a-concurrentiel (comme la pluralité des idées politiques dans la régulation de l'audiovisuel), voire un principe anticoncurrentiel (comme l'accès des consommateurs insolubles à l'énergie ou aux médicaments vitaux). C'est pourquoi le droit de la régulation est assez souvent rattaché au droit public économique. Cette référence va au-delà de la simple imprégnation par le souvenir. Celui-ci demeure, certes, institutionnellement vif dans les pays où la régulation accompagne la libéralisation des secteurs, puisque la régulation prend la suite d'un système de monopoles publics gouvernés par du droit public. Le droit nouveau conserve en creux les règles qu'il a écartées. Mais la référence au droit public est plus forte du fait d'une volonté politique qui encadre et fait vivre le droit de la régulation.

24. – Cette présence du politique, ce souci du systémique, ce souvenir d'une chasse gardée de l'État, sont-ils un obstacle à l'arbitrage ? On affirme aisément que l'arbitrage n'occupe en contentieux administratif qu'une place d'exception et marginale³⁴, la récalcitance de principe du droit public à l'égard de l'arbitrage étant bien établie³⁵. Quand on observe par ailleurs que des auteurs ont pu soutenir que les juridictions qui concrétisent le droit des régulations économiques sont de ce seul fait des juridictions administratives, même s'il s'agit de juridictions formellement judiciaires³⁶, l'argument est de poids.

34. B. Pacteau, « Arbitrages en droit administratif », *J.-Cl. Procédure*, fasc. 1048. Même en décrivant l'évolution, l'auteur qualifie l'accueil actuel de l'arbitrage par le droit public comme une « institution incertaine et indéfinie d'un droit de l'arbitrage administratif » (n° 111 et s.).

35. A. Patrikios, *L'arbitrage en matière administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », n° 189, 1998 ; D. Foussard, « L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arb.*, 1990, p. 3 et s.

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

25. – Mais ce qui semble le plus fortement exclure le recours à l'arbitrage en droit administratif n'est pas tant la présence de l'ordre public, critère fondamental, que l'idée selon laquelle la constitution d'un tribunal arbitral, constitué de « juges privés », dessaisit l'ordre des juridictions administratives d'une compétence pour la transférer à un tribunal arbitral ressenti comme plus proche de l'ordre judiciaire³⁷. La raison est donc avant tout institutionnelle.

26. – Or, ce souci français de la défense de la dualité des ordres de juridictions est, en premier lieu, peu universalisable et inopérant en arbitrage international. Il est, en deuxième lieu, battu en brèche constamment lorsque le juge judiciaire applique le droit administratif³⁸. Il est, en troisième lieu, presque incongru en droit de la régulation, parce que les régulateurs, qui sont le plus souvent des autorités administratives, sont contrôlés par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, notamment lorsqu'ils exercent leur pouvoir de règlement des différends.

27. – Reste l'argument de l'ordre public. Il est aujourd'hui faible. Tout d'abord, cet argument n'est sans doute pas premier puisque l'arbitrage tend à être recevable pour les contrats publics internationaux³⁹, cette scission des solutions entre l'ordre international et l'ordre interne montrant bien que le premier critère est institutionnel — la défense de la dualité interne des ordres de juridictions — et non pas fondamental, la considération d'un ordre public pouvant être aussi forte dans un contrat public international que dans un contrat public interne. Ensuite, comme en matière de concurrence, l'ordre public ne doit pas être un obstacle à l'arbitrabilité dès l'instant que le tribunal arbitral se charge de le concrétiser, sous le contrôle du juge du recours.

28. – L'argument institutionnel tenant à la dualité des ordres de juridictions étant faible et le souci de l'ordre public pouvant être satisfait par l'arbitrage, il est logique que concrètement l'arbitrage trouve de plus en plus sa place dans le droit public. Il est tout d'abord remarquable que la loi du 8 avril 1946, celle-là même qui nationalisa les entreprises de gaz et d'électricité, a en même temps confié au Conseil supérieur de l'électricité et du gaz le soin d'arbitrer les litiges avec les autorités concédantes⁴⁰. Aujourd'hui, l'arbitrage est accessible concernant les marchés

37. Lequel peut intervenir formellement, notamment le président du tribunal de grande instance en cas de difficulté de constitution du tribunal (B. Pacteau, « Arbitrages en droit administratif », préc., n° 119).

38. A. van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, préface R. Drago, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », n° 183, 1996.

39. Selon le fameux arrêt *Galakis* (Civ. 1^{re}, 2 mai 1966, JCP 1966, II, 14798, note Ph. Ligneau, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 553-557, obs. B. Goldman). Sur les tensions que cela peut engendrer au regard de la jurisprudence de l'ordre des juridictions administratives, v. G. Teboul, « Arbitrage international et personnes morales de droit public. Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratif », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, AJDA 1997, p. 25-29. L'analyse de Georges Vedel conteste cette distinction ainsi faite entre l'ordre international et l'ordre interne, estimant que toute compétence découle, concernant les personnes publiques, du législateur national (« Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé », *Rev. arb.* 1961, p. 116-130).

40. J.-M. Auby, « L'arbitrage en matière administrative », préc., p. 84.

publics⁴¹ et, d'une façon plus générale, des décrets peuvent autoriser des établissements publics industriels et commerciaux à recourir à l'arbitrage. Le Conseil d'État lui-même souhaite l'extension de l'arbitrage lorsqu'il s'agit de litiges contractuels ou concernant les entreprises privées passant des marchés⁴².

29. – Ainsi, si l'on raccroche le droit de la régulation à ces deux colonnes du droit classique que sont le droit public et le droit de la concurrence, on trouve déjà les assises pour que l'arbitrage soit un mode recevable de règlement des litiges qui perturbent les secteurs régulés. Mais on ne peut se contenter d'un tel constat, tout d'abord parce que le droit de la régulation est beaucoup plus qu'un simple mixte de droit public et de droit de la concurrence, ensuite parce que, au-delà du premier pas de la recevabilité, il faut montrer que l'arbitrage est utile dans la régulation des secteurs concernés. L'enjeu de la démonstration est alors l'adéquation entre l'arbitrage et la régulation et non le simple fait qu'ils peuvent se supporter l'un l'autre.

II. L'ARBITRAGE DANS LE DROIT DE LA RÉGULATION APPRÉHENDÉ À TRAVERS LES SPÉCIFICITÉS DU DROIT DE LA RÉGULATION

30. – Les difficultés pour démontrer que l'arbitrage est un mode de règlement des différends, qui peut non seulement être supporté par les systèmes de régulation économiques mais encore peut concourir à l'efficacité et la cohérence de la régulation, sont inverses à leur perception première. En effet, on soutient parfois qu'un mécanisme d'essence privée ne s'insère pas dans un système d'encadrement d'une activité économique ou qu'il livre les règles aux simples opérateurs, mais ces arguments traduisent davantage encore une incompréhension du droit de la régulation qu'ils ne révèlent une véritable contradiction. En revanche, les régulations des secteurs régulés, qu'il s'agisse des industries de réseaux ou des marchés financiers, reposent sur le principe de transparence. L'achoppement est alors plus net avec le principe de la confidentialité de l'arbitrage. Enfin, pour que l'arbitrage concoure à la bonne régulation d'ensemble du secteur, encore faut-il que les arbitres aient conscience de celle-ci et la prennent en considération dans l'exercice de leur office.

41. L'article 247 du Code des marchés publics permet à l'État de faire des arbitrages en la matière, l'article 361 donne une autorisation semblable aux collectivités territoriales.

42. Rapport du Conseil d'État, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993.

A. L'ADÉQUATION DE NATURE ENTRE ARBITRAGE ET RÉGULATION

31. – Cette adéquation de nature entre arbitrage et régulation permet de les associer profondément, de concevoir l'arbitrage comme une technique qui peut s'installer au cœur des secteurs régulés. Cela évite de penser leur rapport en termes de concession, le droit de la régulation ne devant alors que supporter à la marge, presque par effet de mode, l'arbitrage. Cette adéquation véritable peut être soutenue par les quatre arguments qui suivent.

32. – Premièrement, comme l'a démontré Emmanuel Gaillard⁴³, l'arbitrage opère une sorte de mixte entre dimension privée et dimension publique, notamment quant aux opérateurs concernés mais encore et surtout dans le mécanisme intrinsèque de l'arbitrage. Ainsi, l'arbitrage CIRDI, mis en place pour obliger les États à défendre les investissements étrangers opérés sur leur sol, résulte d'engagement des États mais l'activation au cas par cas de la voie de l'arbitrage est laissée à ces investisseurs privés. De la même façon, l'arbitrage concernant les engagements pris par des entreprises qui ont obtenu l'autorisation de la Commission européenne pour se concentrer est une façon de mêler intérêt public et ordre public avec intérêts des concurrents et action des opérateurs privés. Or, le droit de la régulation est lui aussi un mixte de privé et de public, opérateurs publics et opérateurs privés, charges de service public et ouverture à la compétition avec des entreprises privées, volonté politique de laisser jouer les libertés économiques et de maintenir de force des objectifs qui les dépassent, de sorte qu'appréhender le droit de la régulation à travers la distinction du droit privé et du droit public revient à le méconnaître. Ainsi, plus l'arbitrage va lui-même dans une sorte d'embrassement du public et du privé, en les mêlant dans une même procédure, et plus il sera un mode de règlement adéquat pour des systèmes régulés.

33. – Deuxièmement, il est très souvent souligné que l'arbitrage se distingue des règlements étatiques des litiges en ce qu'il est un mode plus souple, non pas en ce qu'il vaudrait compromis par rapport à ce qui serait une stricte application du droit par le juge étatique, mais en tant que les contours du litige, la procédure qui mènera à la sentence et les instruments juridiques utilisés par les arbitres pour ce faire sont simplement définis par les parties. Or, le droit de la régulation est souvent présenté plus aussi comme une façon plus souple pour l'État de mener des actions publiques⁴⁴. Dès lors, en lien avec le mouvement de contractualisation de l'action publique, l'État « post-moderne » utilise et intègre l'arbitrage parce qu'il associe les usagers et rend plus efficace les politiques publiques. La part des politiques publiques dans le droit de la régulation, le souci de celle-ci dans l'action des régulateurs⁴⁵, permet donc la forte

43. La voie de l'arbitrage dans les secteurs régulés, préc., et surtout *La jurisprudence du CIRDI*, Pédone, 2004, désormais ouvrage de référence.

44. V. not. J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et société. Travaux et recherches », n° 5, 1998, p. 21-46, spéc. 33 ; *L'État post-moderne*, 2^e éd., LGDJ, 2004.

45. J. Marimbert, *La politique de régulation*, document de l'OCDE, 27 mars 2003.

convergence entre arbitrage et régulation, l'un et l'autre étant des modes assouplis de gouvernement et d'élaboration de solutions efficaces.

34. – Troisièmement, l'arbitrage est le mode, devenu ordinaire en matière internationale, de régler un conflit entre contractants. La chronologie apparente est donc la formation d'un contrat tout d'abord, puis et éventuellement, en raison de difficultés dans sa mise en œuvre, la résolution du litige qui en résulte. Mais, parce que le droit est l'instrument par lequel les opérateurs peuvent anticiper⁴⁶, l'exécution et parfois même la perspective d'inexécution sont ce pourquoi le contrat se forme. En outre, si l'on admet que la responsabilité contractuelle — souvent en cause dans les arbitrages — est à rattacher à l'exécution contractuelle et non pas à la responsabilité proprement dite⁴⁷, alors le litige sur un contrat fait partie intégrante de l'organisation contractuelle du lien économique entre les opérateurs. Dès lors, parce que les secteurs régulés en sont souvent encore à l'apprentissage du contrat comme mode d'organisation de leurs rapports, et en raison de l'inversion précitée, en développant l'arbitrage on développera la culture du contrat.

35. – Ainsi, si les contrats doivent prendre davantage de place dans les secteurs régulés, ce qui est certainement acquis dans le secteur des télécommunications mais paraît plus difficile et lent en matière énergétique, l'arbitrage correspond alors à la bonne politique de régulation⁴⁸. Même si l'on considère qu'il ne s'agit pas de contrats de droit commun, notamment parce que l'organisation de l'accès au réseau de transport est en cause, accès qui est le cœur de la régulation⁴⁹, il faudra mais il suffira que les arbitres prennent en considération cet impératif de régulation⁵⁰, comme ils savent déjà le faire en matière de concurrence et d'ordre public économique.

36. – Cette pédagogie du contrat par l'arbitrage est essentielle pour les opérateurs économiques qui étaient naguère des entreprises publiques monopolistiques et sous tutelle, dans lesquelles la culture contractuelle doit se développer davantage. L'insertion des clauses compromissaires et, plus encore, des arbitrages effectivement menés peuvent contribuer à cette maturité contractuelle. Cela est d'autant plus vrai que le contentieux a d'une façon générale une fonction pédagogique sur les marchés⁵¹.

46. Spécialement lorsqu'il s'agit du contrat (v. par ex. H. Lécuyer, « Le contrat comme acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 643-659).

47. Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 et s.

48. Sur la question plus générale du rapport entre régulation et contrat, v. Régulation et contrat, Forum de la régulation de Sciences-Po, 10 janv. 2005.

49. M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, préc., p. 466 et s.

50. Sur cet équilibre entre la régulation et le règlement des différends, qui s'impose aussi bien pour les juges que pour les régulateurs, v. M.-A. Frison-Roche, « Règlement des différends et régulation : présentation du thème et synthèse du forum de la régulation », *Petites Affiches*, 22 oct. 2004, p. 6-12.

51. Sur cette façon générale, Le juge de l'économie, n° spéc. *RJ com.*, novembre 2002. Mais précisément, cela posera une difficulté quant à la confidentialité de l'arbitrage (v. *infra* n° 38 et s.).

37. – Quatrièmement, les secteurs régulés reposent souvent sur peu d'offres, parfois sur peu de demandeurs aussi. Il y a peu d'opérateurs téléphoniques, énergétiques ou bancaires. Qu'arrive-t-il lorsqu'ils se disputent entre eux ? L'on pourrait soutenir que l'exacerbation des rapports entre opérateurs n'est que le prolongement que leur compétition, signe rassurant donc de l'avancée de la concurrence, rupture avec la politesse de l'entente. Mais parce que la régulation n'est pas que l'anticipation de la concurrence, par exemple parce que les infrastructures essentielles doivent parfois être mutualisées, ou parce que des mécanismes de solidarité lient les opérateurs, par exemple par des solidarités de place, une détérioration des rapports peut être nocive. L'arbitrage peut éviter une trop forte dégradation entre des acteurs qui sont destinés à se rencontrer et se confronter sans cesse. Régulation et arbitrage s'épaulent donc, la difficulté est ailleurs, elle a trait à l'information.

B. LA CONCILIATION ENTRE CONFIDENTIALITÉ DE L'ARBITRAGE ET TRANSPARENCE DE LA RÉGULATION

38. – Quel que soit le secteur concerné, la régulation qui prétend construire et guider les secteurs oblige à ce que des informations, qui peuvent demeurer cachées dans l'économie ordinaire, doivent être communiquées. L'ampleur de ce principe d'information est graduée, il peut s'agir d'une obligation de répondre à une demande d'information formulée par des organes habilités, ou bien une obligation de fournir spontanément des informations au régulateur, ou bien encore de fournir des informations à tous, lorsque l'obligation d'information se transforme en obligation de transparence⁵².

39. – Dans les secteurs d'industries de réseaux, comme les télécommunications, les transports ou l'énergie, l'obligation d'information et de transparence est, d'une part, destinée à lutter contre l'asymétrie d'information dont souffre le régulateur⁵³ et, d'autre part, à rendre transparent l'opérateur historique pour l'affaiblir et favoriser ainsi la venue de nouveaux concurrents, dans une régulation dite « asymétrique ». Dans la régulation financière, la notion est plus centrale encore, dépassant le souci d'efficacité de l'action du régulateur, puisqu'il s'agit du principe même du fonctionnement du marché financier.

40. – L'arbitrage est confidentiel, alors que le litige lui-même, d'une part, et son mode de traitement, d'autre part, sont une information pertinente. La contrariété entre l'ar-

52. Sur ce passage de l'information à la transparence, qui fait passer du droit traditionnel des sociétés à un droit financier des investisseurs sur des marchés régulés, v. not. M. Germain, « Transparence et information », in *Pratique des affaires et contrôle judiciaire*, n° spéc. *Petites Affiches*, 19 nov. 1997, p. 16-17.

53. Sur la place de l'asymétrie d'information dans les régulations, v. par ex. M. Nussenbaum, « Le statut comparé de l'information en droit de la concurrence et en droit boursier : rappel théorique », *Petites Affiches*, 21 juill. 1999, p. 18 et s.

bitrage et la régulation est alors de même nature que celle qui oppose le règlement amiable des difficultés financières des entreprises et la régulation⁵⁴. La difficulté est la même, les pistes de solution aussi. La doctrine s'est surtout préoccupée de la compatibilité entre ces procédures, dont l'avantage tient en grande partie à leur confidentialité, et le marché financier⁵⁵, parce que sans doute la transparence est plus au cœur de la régulation financière que des autres types de régulation. Mais l'on peut étendre l'examen de la difficulté à tous les secteurs.

41. – Pour l'instant, nous sommes bloqués dans le constat de l'opposition, c'est-à-dire de la mise en hiérarchie des principes contradictoires, l'un devant être sacrifié à l'autre. C'est ce que fait le régulateur financier en exigeant qu'un arbitrage dont la tenue est susceptible d'influer sur le cours des titres considérés soit révélé. La confidentialité marque le pas devant la transparence, la seule demande recevable étant que l'obligation de révélation reste strictement limitée⁵⁶.

42. – Sans doute peut-on tirer profit de l'existence dans le droit des secteurs régulés de cette présence d'un régulateur qui constitue l'indice le plus sûr de ce droit spécifique. De la même façon que la transparence contrarie le caractère ordinairement confidentiel d'un contrat de droit commun en obligeant à la révélation des pactes constitutifs d'action de concert, mais que le régulateur choisit ce qu'il est pertinent de diffuser au marché — car c'est l'action de concert, et non le contrat qui n'en est que le support, qui constitue pour les investisseurs l'information pertinente sur le contrôle de la société —, de la même façon pourrait-on distinguer l'information complète du régulateur — qui lui-même est astreint au secret professionnel — et l'information au marché qui sera passée par le filtre de celui-ci. Par exemple, le délai de l'arbitrage est une information à donner au marché mais le nom des arbitres est une information à donner au régulateur.

43. – Si l'on peut, d'une façon ou d'une autre, réarticuler l'arbitrage et la régulation dans ce point délicat qu'est l'information, reste la question primordiale, une fois ces préalables résolus : les arbitres doivent-ils se comporter différemment lorsque le litige dont ils sont saisis relève du droit de la régulation ?

C. L'ART DE L'ARBITRAGE DANS LA PERSPECTIVE DU DROIT DE LA RÉGULATION

44. – Il faut, pour dessiner ce que l'art de l'arbitrage peut avoir de spécificité lorsqu'il s'agit d'un droit appliqué à un secteur régulé, garder à l'esprit ce qu'est le droit de la régulation : un appareillage posé sur des secteurs économiques spécifiques pour les

54. Sur ce point, v. not. D. Robine, *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, LGDJ, 2003 ; F. Bonan, « Les spécificités des procédures collectives concernant les sociétés cotées », *Petites Affiches*, 11 janv. 2001, p. 4 et s.

55. Ph. Marini, « Arbitrage, médiation et marchés financiers », *RJ com.* 2000, p. 955 et s. ; F. Fages, « L'arbitrage en matière financière », *Petites Affiches*, 29 mars 2002, p. 4 et s.

56. F. Fages, préc., p. 5.

construire et y maintenir de force des équilibres que ces secteurs ne peuvent engendrer ou conserver par la seule force du droit commun, cet équilibre se faisant entre un principe de concurrence et un autre principe⁵⁷.

45. – L'arbitrage n'étant tout de même pas un mode de gouvernement économique, cela est encore plus vrai pour lui que pour les juridictions étatiques, les arbitres n'ont pas à reprendre à leur charge la régulation asymétrique, c'est-à-dire celle qui consiste à traiter plus mal l'opérateur historique que les nouveaux entrants afin d'ouvrir de force la concurrence⁵⁸.

46. – Cependant et tout d'abord, les délais de l'arbitrage doivent être adéquats au temps de la régulation, notamment s'il met aux prises des opérateurs concernés par des procédures elles-mêmes strictement régulées notamment dans leurs délais, comme dans les offres publiques. Ensuite, comme doit le faire tout juge, l'arbitre doit avoir conscience des conséquences de sa sentence sur le secteur, que cette sentence demeure confidentielle, auquel cas les conséquences seront perceptibles à travers les comportements ultérieurs des deux parties au litige, ou qu'elle devienne, dans sa solution ou dans sa motivation, publique, auquel cas les conséquences sont plus directes encore⁵⁹. Ces conséquences doivent être à l'esprit, si ce n'est sous la plume, de l'arbitre.

47. – L'arbitre doit encore tenir compte de la régulation du secteur lorsqu'il recherche le sens du contrat qui lui est soumis. Ainsi, le principe de la transparence et de l'accès,

57. V. *supra* n° 6 et s.

58. Cela est moins évident lorsque c'est le régulateur lui-même qui assure la tâche de régler les différends entre le gestionnaire de réseaux et les nouveaux entrants mais, pour éviter des distorsions entre règlement des différends par le régulateur et règlement des différends par un tribunal arbitral, sans doute faut-il, tant que dure l'option entre les deux modes de règlement, que le régulateur demeure neutre quant à la puissance respective des parties (v. 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). Le régulateur se contente alors de traduire en termes de responsabilité le respect ou non par le gestionnaire du réseau de transport de ses obligations légales spécifiques, comme l'obligation de transparence dans la détermination des tarifs d'accès (v. not. dél. CRE, 30 oct. 2003, *Cogé de Kerverset*, disponible sur www.cre.fr).

59. Lucien Rapp décrit de cette façon les interférences multiples qui construisent la régulation des télécommunications et dans laquelle les décisions d'arbitrage ont leur part : « On va voir en effet que dans un cadre juridique, qui ne permet pas le développement immédiat de solutions alternatives, l'ART 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 notamment 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 laisser-faire renforcerait le plus fort) » (« Le droit public, l'économie et la régulation : l'exemple des télécommunications », in *Droit de la régulation : questions d'actualité*, préc., n° 20).

mais aussi de l'équilibre à long terme des relations économiques imprègnent les contrats, notamment lorsqu'il s'agit d'organiser l'accès au réseau ou l'accès aux marchés ou les approvisionnements à long terme de ressources énergétiques. Ces principes de droit des contrats doivent être renforcés à l'occasion de l'arbitrage du litige lorsque les contrats se développent, voire structurent les secteurs.

48. – Cela est d'autant plus important que les régulateurs, lorsqu'ils exercent leur pouvoir de règlement des différends, définissent strictement leurs pouvoirs et refusent expressément, qu'il s'agisse du régulateur financier dans le cadre d'une offre publique ou des régulateurs de l'énergie ou des télécommunications dans le cadre d'un litige sur l'accès aux réseaux, de porter des appréciations sur les clauses contractuelles⁶⁰. Les régulateurs affirment qu'ils sont seulement en charge des conditions techniques et financières de l'accès et qu'ils n'ont pas à apprécier des questions relatives au contrat proprement dit⁶¹. La cour d'appel de Paris a approuvé cette conception restrictive. Dès lors, un arbitrage permet seul de prendre en considération le nœud de clauses qui, entre les parties, organisent et entourent l'organisation technique et financière de l'accès, sauf à s'articuler avec l'autorité de chose jugée dont la décision du régulateur sera dotée s'il y a cumul des deux instances.

49. – Ainsi, l'arbitrage, encore peu répandu dans le droit de la régulation, sans doute en raison du passé de droit public qui pèse encore très lourd en Europe continentale, sera non seulement aisément supporté, notamment parce que le règlement des différends est une fonction qui se développe de plus en plus dans le droit de la régulation, mais encore pourra concourir à la régulation du secteur, car la régulation est toujours convergence de multiples instruments juridiques et de multiples voies de réalisation du droit.

60. V. L. Richer, « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », préc., p. 397 et s.

61. V. par ex., en matière de télécommunication, Paris, 1^{re} ch., sect. H, 24 janv. 2004, *Estel*, n° rép. 2003/12433.