



HAL
open science

L'institution juridique de régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique.

Romain Rambaud

► To cite this version:

Romain Rambaud. L'institution juridique de régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique.. Droit. Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2011. Français. NNT: . tel-01966881

HAL Id: tel-01966881

<https://hal.science/tel-01966881>

Submitted on 30 Dec 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE
ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE
École doctorale de droit public et de droit fiscal

L'INSTITUTION JURIDIQUE DE RÉGULATION

RECHERCHE SUR LES RAPPORTS ENTRE DROIT ADMINISTRATIF ET THÉORIE ÉCONOMIQUE

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en Droit

(Discipline : droit public)

préparée au département de droit public économique de l'Institut de Recherche
Juridique de la Sorbonne, présentée et soutenue publiquement le 11 octobre 2011

par

Romain RAMBAUD

Jury :

JEAN-LOUIS AUTIN,

Professeur émérite à l'Université de Montpellier

GWELTAZ EVEILLARD,

Professeur à l'Université de Rennes 1

MARTINE LOMBARD,

Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

GÉRARD MARCOU,

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, directeur de thèse

CLAUDE MÉNARD,

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

SOPHIE NICINSKI,

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À mes parents

À mon frère

À Déborah

Sommaire

Remerciements	9
Avertissements	11
Table des abréviations	13
INTRODUCTION	15
1ÈRE PARTIE LA TRANSCRIPTION LIMITÉE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT EN DROIT DE LA RÉGULATION	79
Titre 1^{er} La transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation	81
Chapitre 1 ^{er} Le processus de transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation	83
Chapitre 2 nd La portée de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation	145
Titre 2nd Les limites de la transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation	201
Chapitre 1 ^{er} Les limites de la transcription des hypothèses de l'économie des réseaux en droit de la régulation	203
Chapitre 2 nd Les limites de la transcription des résultats de l'économie des réseaux en droit de la régulation	269
2^{NDE} PARTIE ANALYSE NÉO-INSTITUTIONNELLE DU DROIT DE LA RÉGULATION	339
Titre 1^{er} Analyse néo-institutionnelle du droit matériel de la régulation	343
Chapitre 1 ^{er} La convergence du droit matériel de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle	345
Chapitre 2 nd Proposition de définition matérielle de la régulation	457
Titre 2nd Analyse néo-institutionnelle du droit formel de la régulation	529
Chapitre 1 ^{er} Analyse néo-institutionnelle du critère organique de la régulation	531
Chapitre 2 nd Analyse néo-institutionnelle du régime juridique de la régulation	617
CONCLUSION GÉNÉRALE	719
Glossaire	731
Bibliographie	739
Table des références de droit positif	797
Index terminologique	835
Index des principaux auteurs cités	841
Table des matières	845

Remerciements

Je tiens à remercier tout particulièrement :

M. Le Professeur Gérard Marcou, mon directeur de thèse, auquel je dois toute ma formation à la recherche juridique. Je le remercie d'abord d'avoir accepté de diriger ma thèse et de m'avoir soutenu. Je le remercie ensuite de l'intérêt qu'il a bien voulu porter à ma démarche et à mes idées, d'avoir accepté de partager avec moi les siennes, qui ont considérablement enrichi la démonstration, et de m'avoir aidé à rechercher le juste équilibre entre le droit et l'économie dans le cadre d'une thèse de droit. Je le remercie enfin pour le temps qu'il m'a fait l'honneur de consacrer à la lecture et à la correction de mes travaux.

Les Professeurs Jean-Louis Autin, Gweltaz Eveillard, Martine Lombard, Claude Ménard et Sophie Nicinski, pour avoir accepté de lire ma thèse et de faire partie de mon jury de soutenance.

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, en tant qu'institution, au sein de laquelle j'ai effectué l'ensemble de mon apprentissage du droit.

Tous mes professeurs et chargés de travaux dirigés, qui m'ont donné la passion du droit et l'envie de la transmettre à mon tour.

Laurent Vidal et Thierry Kirat, pour leurs travaux précurseurs sur les rapports entre le droit et l'économie qui m'ont initié à la matière, pour leur intérêt et pour leur soutien.

Mes collègues doctorants, dont beaucoup sont devenus des proches, pour leur amitié, leurs conseils, et les conversations que nous avons pu avoir qui ont considérablement participé à l'élaboration de ce travail ; et notamment, Pierre Bourdon, Guillaume Cantillon, Éléonore Gigon, Basile Ridard, Stéphane Buffa, Adrien Bodart, Colin le Bonnois, et Thomas Perroud.

Mes étudiants, qui m'ont apporté nombre de mes plus grands plaisirs de ces dernières années ; et notamment, les étudiants du magistère de droit des activités économiques de Paris 1, les étudiants de la bi-licence droit et économie de Paris 1, et les étudiants du campus Mazier de Rennes 1, à Saint-Brieuc.

Le personnel de la BEDJS, la bibliothèque d'études juridiques doctorales de la Sorbonne, au sein de laquelle j'ai écrit la majeure partie de la thèse, pour leur aide et leur sympathie ; et notamment Marina Krivitzky, Sylvie Durand, Anne-Marie Larincq et Benjamin Taieb.

Le personnel de l'école doctorale de droit public et de droit fiscal de Paris 1, pour leur amabilité et leur soutien ; et notamment Chantal Joly.

Richard Rambaud, mon père, Fabienne Rambaud, ma mère, et Benjamin Rambaud, mon frère, pour leur soutien et leur compréhension pendant ces quatre années.

Déborah Lipszyc, pour son soutien et sa confiance.

Avertissements

Préalablement à la lecture de la présente thèse, quelques avertissements peuvent être pris en considération :

Sur le fond :

Les directives 2009/140/CE et 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, relatives aux communications électroniques et constituant le nouveau « Paquet Télécom », ont été transposées par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques. Cette ordonnance a donc été intégrée à la présente thèse, toutefois au dernier moment. Le court laps de temps disponible pour intégrer le texte à la rédaction pourra être pris en compte lors de la lecture.

Les recherches ont été arrêtées le 31 août 2011, la thèse a été imprimée à partir du 5 septembre pour être envoyée avant le 9 septembre 2011, c'est-à-dire un mois avant la date de soutenance de thèse, conformément aux règles en vigueur au sein de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Sur la forme :

La présente thèse a volontairement limité à l'essentiel le nombre de références indiquées en notes de bas de page pour ne pas alourdir la lecture et faciliter la manipulation de l'ouvrage. La liste exhaustive des références lues et utilisées dans le cadre de la présente recherche, non systématiquement citées en notes de bas de page, peut être trouvée en bibliographie en ce qui concerne la doctrine et dans la table des références de droit positif en ce qui concerne ce dernier.

La présente recherche a en outre sciemment limité l'utilisation de termes techniques dans la rédaction, dans des secteurs où ils sont très nombreux, afin de faciliter la lecture et de renforcer l'accessibilité de l'ouvrage. Les lecteurs trouveront cependant en fin de thèse un glossaire des différents termes techniques souvent utilisés en droit des communications électroniques et de l'électricité auxquels il peut être fait référence dans le corps du texte ou en notes de bas de page.

L'élaboration des références en notes de bas de page a suivi la méthodologie suivante, aux fins de faciliter leur utilisation. Les références sont organisées par chapitre. Elles sont donc, au sein de chaque chapitre, citées *in extenso* une première fois, selon la formulation donnée en bibliographie ou dans la table des références, puis figurent sous une forme abrégée par la suite. Il faut préciser ici que si l'existence ou non d'une publication des arrêts cités dans les recueils de jurisprudence a été mentionnée, il n'a cependant pas été jugé utile d'indiquer les numéros de page concernés, notamment eu égard au retard pris dans la publication des arrêts et au nombre important d'arrêts inédits ou seulement mentionnés dans les tables du recueil Lebon. La prééminence a donc été donnée à Legifrance de ce point de vue, et c'est pour cette raison que le numéro de l'arrêt ou de la décision est systématiquement indiqué.

Table des abréviations

AAI	Autorité administrative indépendante
ACP	Autorité de contrôle prudentiel
Adde	Ajouter
AFDA	Association française de droit administratif
Aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique - Droit administratif
APD	Archives de philosophie du droit
AMF	Autorité des marchés financiers
APA	Administrative procedure act
API	Autorité publique indépendante
ARAF	Autorité de régulation des activités ferroviaires
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
ARENH	Accès régulé à l'électricité nucléaire historique
ARJEL	Autorité de régulation des jeux en ligne
ARMT	Autorité de régulation des mesures techniques
ART	Autorité de Régulation des Télécommunications
Ass.	Assemblée du contentieux du conseil d'État
Aut. Conc.	Autorité de la concurrence
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
C. Com.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
chron.	Chronique
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du Gaz
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMF	Conseil des Marchés Financiers
CMILT	Coûts moyens incrémentaux de long terme
C. Mon. Fin.	Code Monétaire et Financier
CNIL	Commission nationale informatique et libertés
COB	Commission des Opérations de Bourse
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
CPCE	Code des postes et des communications électroniques
CRE	Commission de régulation de l'énergie
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
EDCE	Études et documents du Conseil d'État

FDC	Fully distributed costs
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
HADOPI	Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
ITSO	Independant Transmission System Operator
ISO	Independant System Operator
JCP A.	La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales
JCP G.	La semaine juridique - édition générale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
LTSO	Legally unbundled Transmission System Operator
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances
NIE	Neo-institutional economics
PUF	Presses Universitaires de France
RA	Revue administrative
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RRJ	Revue de la recherche juridique - droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Introduction

1. L'idée portée par Francis-Paul Bénéot, selon laquelle les « *institutions juridiques viables ne sont (...) ni le fruit du hasard, ni des contingences, ni du pragmatisme, ni de l'habileté, mais seulement de la rationalité* »¹, condense le problème posé, l'objectif poursuivi et le résultat proposé ici en ce qui concerne la régulation. Le problème, tout d'abord, en ce que cette idée s'applique à la régulation, qui s'est diffusée dans le système juridique sans cohérence d'ensemble. L'objectif, ensuite, parce qu'elle invite à déterminer le sens et le statut épistémologique de la régulation en droit. Le résultat, enfin, puisqu'elle conduit à définir la régulation comme une authentique institution juridique du droit administratif français.

2. Encore aujourd'hui, et malgré une production doctrinale considérable sur le sujet, c'est un lieu commun de relever qu'il n'existe aucun consensus sur la définition de la régulation². Cette polysémie fait même l'objet d'une consécration malheureuse, puisqu'il y a autant de définitions de la régulation qu'il existe de manuels d'institutions administratives, de droit administratif ou de droit public économique³. Ainsi, il est clair, si l'on suit le principe posé par le Doyen Vedel selon lequel la maturité d'un concept se constate à l'apaisement du débat doctrinal relatif à la recherche de sa définition⁴, que la régulation n'a pas atteint cet état.

Or, une telle situation n'est pas satisfaisante du point de vue du système juridique, qui se structure par nature autour de catégories déterminées, moins pour tranquilliser les « *faiseurs de systèmes* » que pour garantir la rigueur du droit et éviter ainsi l'arbitraire⁵.

3. Dès lors, l'alternative est simple. Soit la régulation ne dispose d'aucune rationalité propre et nouvelle, auquel cas elle perturbe inutilement par sa présence le système juridique⁶ ; soit elle en

¹ BÉNOÏT F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 38.

² *V.*, parmi d'innombrables exemples, EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Les autorités administratives indépendantes, Rapport public*, n°52, Paris, La documentation française, 2001, p. 279 ; Adde MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347 ; Adde AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, p. 47.

³ *V.*, parmi d'autres exemples GAUDEMET Y., *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 19^{ème} Ed., 2010, pp. 389-391 ; Adde TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, PUF, 2008, 2^{ème} Ed., pp. 358-359 ; Adde NICINSKI S., *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2010, 2^{ème} Ed., pp. 11-12 ; Adde COLSON J.-P., IDOUX P., *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 5^{ème} Ed., 2010, pp. 522-533. Pour un recensement plus complet, *V.*, CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 259, 2008, pp. 82-83.

⁴ VEDEL G., « Le droit économique existe-t-il ? » in P. Vigreux (dir.), *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Paris, I.P.A.-I.P.E., « Travaux et recherches de l'I.P.A.-I.P.E. de Toulouse », 1981, Volume 2, p. 767.

⁵ *V.*, à ce propos, le débat classique ayant opposé d'une part Chenot (CHENOT B., « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », in EDCE, 1950, pp. 77-83) et d'autre part Rivero (RIVERO J., « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chronique xxiii, pp. 99-102).

⁶ *V.*, de manière générale, LATOURNERIE R., « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », in EDCE, 1960, p. 98. *V.*, plus précisément à propos de la régulation MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 347 ; Adde AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *op. cit.*, p. 43 et p. 45.

dispose, auquel cas elle permet, pour reprendre les termes de Gérard Marcou, de rendre compte de nouveaux rapports juridiques – et il s’agit alors de déterminer lesquels – ne relevant pas des catégories préexistantes, et peut ainsi accéder au statut de catégorie juridique du droit français⁷. C’est cette problématique fondamentale que la présente thèse cherche à résoudre, en démontrant que la régulation constitue une véritable institution juridique.

4. Pour ce faire, elle propose, prenant acte des difficultés de la doctrine à s’accorder sur une conception commune minimale de la régulation sur la seule base du droit positif, d’adopter une approche originale. Partant de l’hypothèse que la régulation entretient un rapport particulièrement étroit avec l’économie⁸, la présente recherche a vocation à trouver dans le dialogue entre ces deux disciplines des arguments scientifiques permettant de construire une catégorie de régulation exacte juridiquement mais aussi pertinente économiquement, et donc d’autant plus susceptible d’emporter l’adhésion⁹.

5. Cependant, cela rend nécessaire l’élaboration d’une méthode nouvelle. En effet, il sera démontré que l’ensemble des cadres théoriques utilisés jusqu’ici – qu’il s’agisse de l’analyse économique du droit, du droit économique, ou d’autres méthodes encore – échouent parce qu’ils ne sont pas adaptés aux caractéristiques spécifiques du droit français, encore « *à la recherche d’une identité propre* »¹⁰ concernant son rapport à la théorie économique. Au contraire, la présente thèse propose un modèle d’enrichissement mutuel du droit et de l’économie spécifiquement construit pour le droit administratif français. Ce modèle est nommé *analyse néo-institutionnelle du droit*.

6. En somme, la présente recherche associe une première controverse, celle de l’objet étudié, à une seconde controverse, celle de la méthode adoptée¹¹. Une telle démarche s’explique par la

⁷ MARCOU G., « Introduction », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L’Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 11. *V.*, de manière plus générale, LATOURNERIE R., « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *article précité*, pp. 93-94 ; *Adde* BÉNOÎT F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *op. cit.*, p. 28.

⁸ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 386 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L’Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 33 et s. ; *Adde* KIRAT T., VIDAL L., « Le droit et l’économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, « Bibliothèque de l’Institut André Tunc », Paris, LGDJ, 2006, p. 27.

⁹ *V.*, sur ce point DESCHAMPS M., MARTY F., « L’analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L’analyse économique du droit autour d’Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2541-2569 ; *Adde* JAMIN C., « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n’ai presque rien à dire à un économiste) », in G. Cavnivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d’accroche*, LPA, 19 mai 2005, p. 54 et p. 56 ; *Adde* PÉRÈS C., « Rapport introductif », in S. Bollée, Y.-M., Laithier, C. Pérès (dirs.), *L’efficacité économique du droit*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2010, p. 8.

¹⁰ DEFFAINS B., « Introduction », in B. Deffains (dir.), *L’analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 2000, p. 6.

¹¹ *V.*, sur le statut de controverse doctrinale de l’analyse économique du droit aujourd’hui, CAILLOSSE J., « Les controverses doctrinales », in AFDA (coor.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, p. 130.

conviction, comme le pensait Hauriou, que les théoriciens sont moins des « *créateurs* » que des « *trouveurs d'idées* »¹². Ainsi, s'il existe des sujets à la mode¹³, c'est parce que les idées sont dans l'air ; jusqu'à ce qu'elles s'imposent à ceux et par ceux qui ont pour tâche de les découvrir, de les formaliser et de les transmettre.

7. La présente étude se propose ainsi de démontrer que la régulation constitue une véritable institution juridique en empruntant une voie nouvelle, celle d'une analyse juridique ouverte sur l'économie (Section I). À cette fin, il faut poser un certain nombre d'hypothèses sur l'aptitude respective des différents modèles méthodologiques à satisfaire cet objectif, et proposer une méthode originale (Section II). Or, les résultats de la recherche confirment ces hypothèses, permettant d'abord de déconstruire la notion de régulation et ainsi d'en exclure un certain nombre d'acceptations, puis de la reconstruire en proposant une nouvelle définition de celle-ci (Section III).

Section I. Objet de la recherche

8. La présente thèse a pour objet la régulation en droit (§1). Elle a pour problématique de déterminer son sens et son statut épistémologique en s'appuyant sur une méthode juridique ouverte sur l'économie et notamment sur les théories économiques (§2).

§1. La régulation, objet de la recherche

9. La régulation désigne en langage courant « *le fait de maintenir en équilibre, d'assurer le fonctionnement correct (d'un système complexe)* »¹⁴. D'abord apparu dans le champ des sciences exactes¹⁵, puis dans le champ des sciences sociales en dehors des sciences juridiques et traduisant de manière générale l'idée d'équilibre, l'émergence de l'objet « *régulation* » en droit est relativement récente¹⁶.

Or, la notion de régulation est aujourd'hui particulièrement polysémique¹⁷ car les différentes acceptations du terme de régulation qui se sont succédées dans le temps se sont ajoutées, plutôt qu'elles ne se sont substituées, les unes aux autres. Il apparaît dès lors nécessaire de préciser quelles acceptations de la régulation seront retenues dans le cadre de la présente recherche (A),

¹² HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in M. Hauriou., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 101.

¹³ V., en ce qui concerne l'économie du droit, GAUDEMET Y., « Préface », in H. Hoepffner., *La modification du contrat administratif*, 2009, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 260, p. ix.

¹⁴ REY-DEBOVE J., REY A., (dirs.), *Le nouveau petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993, 2551 p.

¹⁵ V., parmi d'autres exemples JOBART J.-C., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *RRJ*, 2004-1, pp. 36-42 ; Adde CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 4-10.

¹⁶ V., parmi de nombreux autres exemples CHEVALLIER J., « De quelques usages du concept de régulation », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp. 74-80 ; Adde JOBART J.-C., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *article précité*, pp. 38-49.

¹⁷ CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 20-23.

et, à l'inverse, quelles acceptions seront rejetées car dépourvues d'intérêt du point de vue spécifiquement juridique (B).

A. Les acceptions de la régulation retenues par la présente recherche

10. Les acceptions de la régulation qui sont précises d'un point de vue juridique peuvent être considérées comme pertinentes et doivent donc être incluses dans le cadre de la présente recherche (1). La confrontation de ces différentes définitions permet de dégager les multiples questions de droit qui divisent la doctrine et qu'il est alors nécessaire de résoudre pour prétendre définir la régulation (2).

1. Les définitions de la régulation

11. Il existe aujourd'hui trois types de définition de la régulation qui coexistent. La première voit dans la régulation la fonction des autorités administratives indépendantes (a). La deuxième y voit une nouvelle forme de normativité (b). La troisième considère la régulation comme une fonction à vocation économique, cette dernière acception étant particulièrement hétérogène (c).

a. La régulation, fonction des autorités administratives indépendantes

12. Si le débat doctrinal relatif à la régulation a ses sources en droit administratif dans la qualification de l'activité du Conseil d'État¹⁸, il a connu son réel essor à partir des années quatre-vingt à la suite de l'émergence des autorités administratives indépendantes¹⁹. Ce renouveau du débat fut lié à la qualification par le Conseil constitutionnel du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel d'« instance de régulation de l'audiovisuel »²⁰ et d'« organe de régulation de l'audiovisuel »²¹. La régulation se voit alors désignée, de manière générale, comme la mission des autorités administratives indépendantes²². Le Conseil d'État consacre lui-même, dans sa doctrine de 1983, une telle acception²³.

¹⁸ Cf. *Infra*.

¹⁹ MIAILLE M., « La régulation : enjeu d'un choix », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, p. 13 ; *Adde* JOBART J.-C., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *article précité*, p. 52.

²⁰ Décision du Conseil constitutionnel n°88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, considérants n°2 et 6 ; *Adde* Décision du Conseil constitutionnel n°91-304 DC du 15 janvier 1992 *Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, considérants n°13 et 15.

²¹ CC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n°88-248 DC, précité, considérants n°3 et 41.

²² *V.*, par exemple AUTIN J.-L., « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, pp. 1213-1214 ; *Adde* CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1986, n°3254 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 23-24.

²³ EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Rapport public*, n°35, 1983-1984, p. 20.

Aujourd'hui, une telle définition de la régulation est généralement considérée comme ancienne et dépassée²⁴. Néanmoins, on en retrouve parfois des traces dans des travaux actuels²⁵, et elle n'est pas sans lien avec des conceptions plus modernes de la régulation, qui voient en elle une nouvelle forme de normativité.

b. La régulation, nouvelle forme de normativité

13. À partir de l'étude des autorités administratives indépendantes s'est détachée une acception nouvelle de la régulation, qui voit dans celle-ci une nouvelle forme de normativité juridique. Apparue d'abord en théorie du droit, cette conception s'est ensuite diffusée en droit économique puis en droit administratif.

14. Tout d'abord, c'est Gérard Timsit qui, le premier, a soutenu l'existence d'une conception formelle de la régulation en théorie du droit²⁶. La notion de régulation est alors appréhendée comme une manifestation d'un nouveau type de normativité juridique²⁷. La « *naissance d'une notion* »²⁸ comme la régulation s'explique par le progrès de la science juridique qui se caractérise par le passage d'un droit abstrait et général à un droit concret, souple, élaboré avec son destinataire²⁹. La régulation se trouve certes largement utilisée par les autorités administratives indépendantes, mais celles-ci n'en ont pas pour autant le monopole³⁰.

15. Ensuite, une telle conception de la régulation a été reprise dans le champ du droit économique. Gérard Farjat considère ainsi la régulation comme le concept caractéristique des évolutions du droit vers un droit empirique, téléologique³¹. Cette position a par la suite été confirmée par Laurence Boy, pour qui toutes les autres conceptions de la régulation sont datées³². Cet auteur considère alors la régulation comme une forme de normativité située entre la normativité de l'État et la normativité du marché³³, caractérisée par le dialogue et la souplesse³⁴. Une nouvelle

²⁴ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 347 ; Adde SÉE A., *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université de Strasbourg, 2010, pp. 129-140.

²⁵ DOSIÈRE R., VANNESTE C., *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, Tome 1, Rapport, 2010, pp. 16-17.

²⁶ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, pp. 34-35.

²⁷ V., parmi d'autres exemples TIMSIT G., « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996, pp. 375-394, Adde TIMSIT G., *Archipel de la norme*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1997, pp. 145-231, Adde TIMSIT G., « La régulation. La notion et le phénomène », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 5-12.

²⁸ TIMSIT G., *Archipel de la norme*, *op. cit.*, p. 161.

²⁹ TIMSIT G., « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *article précité*, p. 377.

³⁰ TIMSIT G., « Conclusions. L'avenir des autorités administratives indépendantes. Synthèse », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 135-139 ; Adde TIMSIT G., *Archipel de la norme*, *op. cit.*, pp. 214-215

³¹ FARJAT G., *Pour un droit économique*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 2004, pp. 109-116.

³² BOY L., « Régulation et sécurité juridique », in L. Boy, J.-B., Racine, F. Siirinen (coords.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 335-338.

³³ *Ibid.*

fois, ce sont surtout les autorités administratives indépendantes qui illustrent le mieux ce phénomène, sans être pour autant les seules à utiliser ce type de droit nouveau³⁵.

16. Enfin, la thèse de la régulation comme nouvelle forme de normativité a été reprise récemment dans le champ du droit administratif général où elle connaît un succès nouveau.

Cette thèse est défendue par Martin Collet qui définit la régulation comme l'« ensemble des techniques visant à faire participer les destinataires de normes unilatérales, molles ou dures, à leur élaboration, ainsi que l'ensemble des normes unilatérales molles, c'est-à-dire formellement non impératives et/ou non sanctionnées mais ayant vocation à être suivies »³⁶. La régulation concerne notamment les autorités administratives indépendantes, mais de manière non exclusive puisque d'autres personnes publiques et des personnes privées y ont également recours³⁷.

Martin Collet est rejoint dans cette idée par Laurence Calandri, qui dans sa thèse propose de considérer la régulation comme la fonction consistant à adopter certains actes particuliers³⁸. L'acte de régulation se présente alors comme un acte d'un type totalement nouveau³⁹, qui « semble pouvoir être défini comme une invitation adressée à des destinataires, publics ou privés, en vue de l'adoption d'un modèle comportemental défini par son auteur qui ne lie juridiquement aucun de ses participants »⁴⁰.

Ainsi, la régulation est pour ces auteurs une normativité nouvelle dans le champ du droit administratif. Cette conception cohabite avec l'acceptation qui reste encore aujourd'hui dominante, à savoir la régulation comme fonction à vocation économique.

c. La régulation, fonction à vocation économique

17. L'ouverture à la concurrence des industries de réseaux, qui s'est accélérée au milieu des années quatre-vingt-dix, a historiquement produit une nouvelle transformation de l'acceptation de la notion de régulation en droit⁴¹. Le terme de régulation se concentre alors sur l'idée de régulation économique⁴², tant en doctrine universitaire⁴³ qu'en doctrine institutionnelle⁴⁴. Le terme de

³⁴ BOY L., « Régulation et sécurité juridique », *op. cit.*, pp. 344-345 et p. 348. Dans le même sens V., MOHAMED SALAH M. M., « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 264 et s.

³⁵ BOY L., « Régulation et sécurité juridique », *op. cit.*, pp. 341-342.

³⁶ COLLET M., « Valeur(s) de la régulation », in M. Deguegue, L. Fonbaustier (coords.), *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 247. V., également COLLET M., « Le droit fiscal, berceau de la régulation », in T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Éditions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, p. 40.

³⁷ COLLET M., « Valeur(s) de la régulation », *op. cit.*, pp. 245-246 et p. 247.

³⁸ CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 34.

³⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 293.

⁴¹ JOBART J.-C., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *article précité*, p. 34.

⁴² MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 32.

régulation devient dans cette optique très étroitement lié à l'ouverture à la concurrence des secteurs anciennement sous monopoles, dans la mesure notamment où les lois de transposition des directives communautaires ont institué pour la première fois des « *autorités de régulation* »⁴⁵.

Cependant, le rattachement de la notion de régulation aux seules autorités de régulation sectorielle en charge des industries de réseau ne fut que provisoire⁴⁶. Sur cette base commune se sont en effet détachées de multiples définitions qu'il est possible de regrouper en trois types différents. On peut ainsi distinguer les définitions exclusivement économiques de la régulation (i), les définitions voyant dans la régulation une fonction d'équilibre entre des impératifs économiques et non économiques (ii), et les définitions de la régulation qui désignent par ce terme l'intervention de l'État dans l'économie de manière générale (iii).

i. La régulation comme fonction exclusivement économique

18. En premier lieu, certaines œuvres de définition adoptent une conception exclusivement économique de la régulation. C'est le cas de la définition proposée par Bertrand du Marais, pour qui la régulation désigne « *l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimal qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre* »⁴⁷. D'autres conceptions économiques de la régulation, plus précises, font de celle-ci une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau. C'est notamment le cas, entre autres exemples⁴⁸, d'Yves Gaudemet, selon lequel la régulation est « *une police économique justifiée par un objectif explicite, l'ouverture à la concurrence et le maintien de celle-ci* »⁴⁹.

Cette dernière conception de la régulation semble en recul aujourd'hui. Cependant, elle continue à se manifester plus indirectement, notamment par l'intermédiaire des concepts de régulation *ex ante* et *ex post*, la régulation *ex ante* désignant la régulation sectorielle et la régulation *ex*

⁴³ V., parmi de nombreux autres exemples FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *article précité*, p. 610 ; Adde DELION A., « Notion de régulation et droit de l'économie », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation Volume 1*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'institut André Tunc », 2006, p. 6 ; Adde DELVOLVÉ P., « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 260.

⁴⁴ EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Réflexions sur l'intérêt général, Rapport public*, n°50, Paris, La documentation française, 1999, pp. 328-332 ; Adde EDCE *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 307-308.

⁴⁵ V., parmi de nombreux autres exemples MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 12-13 ; Adde LASSERRE B., « L'autorité de régulation des télécommunications (ART) », in *Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation*, *AJDA*, 1997, p. 224.

⁴⁶ MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, pp. 12-13.

⁴⁷ DU MARAIS B., *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences po/Dalloz, 2004, p. 483.

⁴⁸ V., par exemple RAPP L., « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *AJDA*, 2004, pp. 2048, 2052, 2054, 2058 ; Adde RICHER L., « Droit d'accès et service public », *AJDA*, 2006, p. 74.

⁴⁹ GAUDEMET Y., « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, p. 14 ; Adde GAUDEMET Y., *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 389-391.

post le droit commun de la concurrence⁵⁰. En outre, une thèse récente de droit de l'Union européenne relative aux rapports entre droit de la concurrence et régulation sectorielle dans les communications électroniques, soutenue par Théodore Galanis, est allée en ce sens, même si elle ne s'intéresse pas à la définition de la notion de régulation en tant que telle⁵¹. Ainsi, loin d'être dépassée, une telle définition de la régulation continue d'être influente en doctrine.

ii. La régulation comme fonction de conciliation d'impératifs économiques et non économiques

19. En deuxième lieu, d'autres définitions voient dans la régulation une fonction ayant pour objet la conciliation entre des objectifs économiques et non économiques. Cette acception de la régulation semble aujourd'hui s'imposer comme l'un des courants dominants en doctrine⁵². On peut ici citer les principales œuvres de définition de ce courant.

20. Ainsi, Marie-Anne Frison-Roche définit la régulation comme « *l'appareillage juridique qui crée et maintient des équilibres dans des secteurs spécifiques qui ne peuvent les créer ou maintenir par leur propre force, cet équilibre s'établissant le plus souvent entre un principe de concurrence et des principes a-concurrentiels ou anti-concurrentiels* »⁵³. Cette définition, établie par un auteur privatiste, est proche de celle retenue dans les écrits d'un certain nombre d'auteurs publicistes.

21. En effet, dans le champ du droit administratif, Gérard Marcou fait de la régulation « *une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel* »⁵⁴.

Jean-Louis Autin retient une définition très proche de la régulation, puisqu'il considère la régulation comme une mission de conciliation d'objectifs de nature économique et non écono-

⁵⁰ *V.*, parmi d'autres exemples CRAMPES C., « Les outils des régulations économiques *ex ante* et *ex post* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 129-137 ; *Adde* NOGUELLOU R., « Le Conseil d'État et la régulation des télécommunications (à propos des arrêts du Conseil d'État du 27 avril 2009, *Société Bouygues Télécom* et du 24 juillet 2009, *Société Orange France et Société française de radiotéléphonie*) », *RDP*, 3-2010, pp. 836-837 ; *Adde* BAZEX M. BLAZY S., note sous CE, S, 25 février 2005, n°247866, *France Télécom*, *Droit administratif*, avril 2005, pp. 28-29. *Cf. Infra*.

⁵¹ GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, Thessalonique, Athènes, Bruxelles, Éditions Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2010, 1097 p.

⁵² *V.*, parmi d'autres exemples TRUCHET D., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 364 ; *Adde* CHÉROT J.-Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, 2^{ème} Ed., p. 9 ; *Adde* CHAMPAUD C., « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, pp. 23-66.

⁵³ FRISON-ROCHE M.-A., « Le couple *ex ante*-*ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, 2006, « Thèmes et commentaires », p. 37. *V.*, également par exemple FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 13.

⁵⁴ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 349.

mique, mais il y associe en outre des autorités spécifiques, les autorités de régulation⁵⁵.

Martine Lombard, enfin, va dans le même sens puisqu'elle définit la « *régulation économique* » comme « *la fonction tendant à réaliser certains équilibres entre la concurrence et d'autres impératifs d'intérêt général, à veiller à des équilibres que le marché ne peut produire à lui seul* »⁵⁶. Cet auteur associe alors à la régulation un « *design institutionnel* », c'est-à-dire l'existence d'autorités indépendantes⁵⁷.

iii. La régulation comme fonction générale de l'État dans l'économie

22. En dernier lieu, certains auteurs adoptent des conceptions plus larges de la régulation en considérant celle-ci comme une fonction générale de l'État dans l'économie.

Notamment, parmi d'autres exemples⁵⁸, Sophie Nicinski considère que la régulation se rapporte « *soit à une mission générale de l'État vis-à-vis de l'économie (régulation générale [...]), soit à la mission d'autorité de marché indépendante agissant dans un secteur donné (régulation sectorielle). L'idée d'un État régulateur au sens large repose sur la notion de régulation, fondée, d'une part, sur les objectifs de cette fonction et, d'autre part, sur les modalités spécifiques d'intervention des autorités ayant en charge une mission de régulation* »⁵⁹. La notion de régulation n'est ainsi limitée ni à certains secteurs ni à certaines autorités⁶⁰. L'État n'est alors ni libéral, car il intervient de manière active dans l'économie, ni interventionniste, car son action dans l'économie est néanmoins limitée, mais est un État régulateur, qui dispose de tous les instruments possibles d'intervention à tous les stades du processus économique⁶¹.

23. De ce point de vue, ces analyses juridiques rejoignent certaines analyses de sciences politiques ou administratives, qui cherchent à démontrer l'émergence d'un « *État régulateur* », postérieur à l'État gendarme et à l'État providence⁶², en charge du maintien des grands équilibres économiques et sociaux de la société⁶³. Cependant, force est de constater que les conceptions de l'État régulateur sont elles-mêmes encore assez diverses.

Ainsi, chez Giandomenico Majone, l'État régulateur est principalement associé à l'existence d'autorités administratives indépendantes, en droit interne comme en droit de l'Union

⁵⁵ AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in C. Ribot, J.-L. Autin (dirs.), *Environnements, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 439 et s.

⁵⁶ LOMBARD M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *article précité*, pp. 531-532.

⁵⁷ LOMBARD M., « Introduction générale », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 2-3.

⁵⁸ V., CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2006, p. 375 ; Adde COLSON J.-P., IDOUX P., *Droit public économique, op. cit.*, pp. 522-533.

⁵⁹ NICINSKI S., *Droit public des affaires, op. cit.*, p. 11.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, p. 12 et pp. 26-33.

⁶² V., parmi de nombreux autres exemples MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, Paris, Montchrestien, « Clefs politique », 1996, 158 p. ; Adde CHEVALLIER J., « L'État régulateur », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 29-40.

⁶³ CHEVALLIER J., « L'État régulateur », *RFAP*, 2004, p. 473.

européenne, en matière économique et sociale⁶⁴. L'État régulateur apparaît dans cette optique une généralisation, au niveau de l'État, de la conception voyant dans la régulation l'activité des autorités administratives indépendantes. L'auteur cherche alors à démontrer la compatibilité de cette forme d'État avec la démocratie, celle-ci ne se réduisant pas à la représentation parlementaire mais à l'ensemble des dispositifs permettant un contrôle politique⁶⁵.

La conception de l'État régulateur est plus étendue chez Jacques Chevallier. Ce dernier auteur situe en effet l'existence de l'État régulateur dans le cadre de réflexions plus larges sur l'émergence d'un « *État post-moderne* »⁶⁶. L'État régulateur est alors une nouvelle forme d'État, dépassant l'État libéral et l'État providence en les intégrant, ayant pour vocation tout à la fois de maintenir la cohésion sociale par l'ordre⁶⁷, de rester la clé de voûte du développement social par la redistribution⁶⁸, et enfin d'être l'arbitre du jeu économique dans la mesure de ses possibilités⁶⁹, l'ensemble créant un nouveau modèle d'État intervenant moins et selon des modalités nouvelles, sans que cela ne puisse néanmoins remettre en cause ses fonctions traditionnelles⁷⁰.

La notion de régulation interroge donc jusqu'aux représentations que l'on se fait de l'État, notamment dans ses rapports à l'économie. Or, ces interrogations rejoignent celles qui divisent la doctrine dans le champ du droit, montrant le lien indissociable entre la définition de la notion juridique de régulation et sa portée sur le concept d'État.

24. En somme, la polysémie de la régulation est également présente à l'intérieur du courant qui la conçoit comme une fonction à vocation économique. Dès lors, pour prétendre résoudre les controverses relatives à la définition de la régulation, il faut s'attacher à déterminer les questions de droit qui divisent la doctrine, avant de chercher à y répondre.

2. Les questions de droit divisant la doctrine

25. De la confrontation entre les différentes œuvres de définition de la régulation ressortent les différentes questions de droit qu'une recherche ayant pour vocation de définir la régulation doit résoudre. Il s'agit alors de connaître la nature exacte de la fonction de régulation (a), de savoir de quelle branche du droit elle relève (b), si elle est une fonction nouvelle ou si elle relève de la police (c), si elle est une fonction transitoire ou pérenne (d), et de déterminer le nombre et la nature de ses critères (e) et son champ exact (f).

⁶⁴ MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, *op. cit.*, pp. 33-36 et p. 124 et s.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 124-149.

⁶⁶ V., CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 2^{ème} Ed., 2004, 226 p.

⁶⁷ CHEVALLIER J., « L'État régulateur », *article précité*, pp. 474-475.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 475-477.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 477-479.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 479-481.

a. La fonction de la régulation

26. En premier lieu, il apparaît primordial de déterminer quelle est la nature exacte de la fonction de régulation. Il résulte des définitions précédentes que la régulation peut être soit la fonction des autorités administratives indépendantes, soit une fonction consistant à prendre des actes d'une normativité particulière, soit une fonction à vocation économique. Si l'on admet que la régulation entre dans cette dernière catégorie, de nombreuses conceptions continuent cependant de s'opposer. La régulation peut être pensée comme une fonction à vocation exclusivement économique. Elle peut être construite comme ayant pour objet la conciliation d'impératifs économiques et non économiques. Enfin, elle peut être conçue comme une fonction générale d'intervention de l'État dans l'économie⁷¹. Dès lors, la question de droit la plus fondamentale est celle de la détermination de la nature exacte de la fonction de régulation.

b. La place de la régulation dans les branches du droit

27. En deuxième lieu, se pose la question de la place de la régulation dans le cadre des branches du droit, dans la mesure où des références à la régulation sont présentes aussi bien en droit public⁷² qu'en droit privé⁷³. Certains auteurs vont même jusqu'à proposer que la régulation constitue une branche du droit spécifique⁷⁴. Il convient donc, si l'on veut définir la régulation, de déterminer son statut vis-à-vis des branches du droit.

c. La spécificité de la régulation par rapport à la police

28. En troisième lieu, si la doctrine s'accorde en général, à l'exception de la thèse récente d'Arnaud Sée⁷⁵, sur le fait que la régulation existe et constitue une catégorie juridique nouvelle, une part minoritaire de celle-ci soutient que la régulation n'est rien d'autre qu'un type de police administrative⁷⁶. D'autres auteurs considèrent que si la régulation est bien une catégorie nouvelle, certains secteurs parfois analysés en termes de régulation relèvent seulement de la police, comme

⁷¹ Cf. *Supra*.

⁷² MIAILLE M., « La régulation : enjeu d'un choix », *op. cit.*, pp. 11-12.

⁷³ GAUDEMET Y., « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », *op. cit.*, p. 13.

⁷⁴ V., surtout FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, pp. 3-7.

⁷⁵ V., pour une exception notable, SÉE A., *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, *op. cit.*, p. 13. Il faut cependant noter que l'auteur se contredit parfois, parce qu'il considère qu'il est néanmoins possible d'identifier une fonction de régulation en droit administratif, qui correspond alors aux doctrines de la conciliation, p. 99 et s. Cf. *Infra*.

⁷⁶ V., parmi d'autres exemples GAUDEMET Y., *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 389-391 ; Adde DUPUIS G., GUÉDON M.-J., CHRÉTIEN P., *Droit administratif*, Paris, Sirey, 2007, 10^{ème} Ed., pp. 505 et 524.

le droit de la concurrence ou le droit des marchés financiers⁷⁷. De manière plus générale, les deux notions sont souvent rapprochées voire confondues⁷⁸. Dès lors, la question de la distinction entre régulation et police est une question importante à résoudre pour prétendre définir la régulation.

d. La nature transitoire ou pérenne de la régulation

29. En quatrième lieu, la question de savoir si la régulation est une fonction transitoire ou pérenne divise également la doctrine. La réponse à cette question dépend directement de la conception que l'on adopte de la fonction de régulation.

Ceux qui voient dans la régulation une fonction exclusivement économique tendent à considérer, pour la plupart, que la régulation vise à ouvrir à la concurrence les industries de réseaux et qu'elle devra donc disparaître au profit du droit commun de la concurrence⁷⁹.

Ceux qui voient la régulation comme une fonction à vocation économique et non économique considèrent, soit que la régulation est pérenne dans certains secteurs mais transitoire dans d'autres⁸⁰, soit que la spécificité de la régulation du point de vue de la mise en œuvre de l'intérêt général fait de celle-ci une mission permanente⁸¹. Dès lors, le caractère provisoire ou pérenne de la régulation est une autre question de droit qu'il convient de résoudre pour prétendre définir la régulation.

e. Les critères de la régulation

30. En cinquième lieu, il n'y a aucun consensus doctrinal sur les critères de la régulation. Pour la conception la plus ancienne, la régulation connaît essentiellement un critère organique puisqu'elle vise la fonction des autorités administratives indépendantes⁸². Au contraire, pour une part majoritaire de la doctrine, la régulation est une notion essentiellement fonctionnelle⁸³, et ne con-

⁷⁷ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation*, Volume 2, IRJS Editions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, p. 96 ; *Adde* COHEN-TANUGI L., « L'émergence de la notion de régulation », *LPA*, 10 juillet 1998, n°82, p. 4.

⁷⁸ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, pp. 97-98 ; *Adde* CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁹ *V.*, par exemple RAPP L., « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *article précité*, pp. 2048-2058 ; *Adde* RICHER L., « Droit d'accès et service public », *article précité*, p. 74 ; *Adde* GAUDEMET Y., « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », *op. cit.*, pp. 13-16 ; *Adde* CRAMPES C., « Les outils des régulations économiques *ex ante* et *ex post* », *op. cit.*, pp. 129-137.

⁸⁰ FRISON-ROCHE M.-A., « Le couple *ex ante*-*ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *op. cit.*, pp. 33-48.

⁸¹ MARCOU G., « Introduction », *op. cit.*, p. 16.

⁸² *V.*, parmi de nombreux autres exemples GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, « Clefs politique », 1994, 2^{ème} Ed., pp. 16-17 ; *Adde* GUÉDON M.-J., *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, « Systèmes », 1991, p. 21 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 155 ; *Adde* EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Rapport public*, n°35, 1983-1984, p. 20.

⁸³ CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 71 et s., et p. 91.

naît pas de critère organique spécifique en ce qu'elle peut être prise en charge par toute personne publique⁸⁴. D'autres auteurs considèrent que la régulation connaît deux critères cumulatifs, à savoir la présence d'une autorité indépendante d'une part et l'existence d'une fonction particulière d'autre part⁸⁵. Enfin, certains auteurs mettent en avant un critère plus formel, le cumul de pouvoirs normatifs et contentieux⁸⁶. La question de savoir quels types de critères doit admettre la régulation est donc une question fondamentale pour prétendre la définir.

f. Le champ de la régulation

31. En dernier lieu, il n'existe aucun consensus sur le champ exact de la régulation. Ces divergences sont liées à la conception que l'on retient de la fonction de régulation.

Tout d'abord, l'indétermination du champ de la régulation trouve son point de clivage le plus important dans la question de savoir si le droit de la concurrence entre ou non dans celui-ci. De très nombreux auteurs répondent positivement à cette question⁸⁷, qualifiant le droit de la concurrence de régulation « générale » par opposition à « spéciale » ou « sectorielle »⁸⁸, ou de régulation « horizontale » par opposition à « verticale »⁸⁹. D'autres auteurs adoptent la position contraire, soit parce qu'ils estiment qu'il s'agit dans le cas de l'autorité de la concurrence de maintenir la concurrence et dans le cas de l'autorité de régulation de construire un nouveau marché⁹⁰, soit parce qu'ils pensent que le droit de la concurrence ne relève pas de la fonction de régulation mais plus

⁸⁴ V., parmi de très nombreux exemples, MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 348 ; *Adde* GAUDEMET Y., « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », *op. cit.*, pp. 13-16 ; *Adde* TRUCHET D., *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 360-362.

⁸⁵ AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *op. cit.*, pp. 53-55 ; *Adde* CHÉROT J.-Y., *Droit public économique*, *op. cit.*, pp. 318-319 ; *Adde* CHAMPAUD C., « Régulation et droit économique », *article précité*, pp. 23-66 ; *Adde* LOMBARD M., « Introduction générale », *op. cit.*, pp. 2-3.

⁸⁶ AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, p. 444 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », in P. Gélard, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation*, Tome 2, Annexe, 2006, pp. 77-78 ; *Adde* CHEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, 1995, n°1, pp. 83-84.

⁸⁷ V., parmi de nombreux autres exemples CHEVALLIER J., « État et Ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 63 ; *Adde* RAPP L., « Le droit de la concurrence dans le secteur des communications électroniques, entre modernité et modernisation », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, « Droit et économie », 2006, pp. 453-470.

⁸⁸ V., parmi de nombreux autres exemples NICINSKI S., « L'Autorité de la concurrence », *RFDA*, 2009, p. 1239 ; *Adde* FARJAT G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁹ V., parmi de nombreux autres exemples DELION A., « Notion de régulation et droit de l'économie », *op. cit.*, pp. 22-25 ; *Adde* BOY L., « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *JCP G*, pp. 1733-1738 ; *Adde* GALLOT J., « Qu'est-ce que la régulation ? Contribution pour une définition », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n°119, 2001, pp. 5-6.

⁹⁰ V., parmi de nombreux autres exemples FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *article précité*, pp. 610-616 ; *Adde* BABUSIAUX C., « La conception de la régulation dans la réforme du droit de la concurrence par la loi N.R.E », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, *LPA*, n° 110, 3 juin 2002, pp. 11-16 ; *Adde* COHEN-TANUGI L., « L'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence », *LPA*, 10 juillet 1998, n°82, p. 26 ; *Adde* BAZEX M., « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 119, 2001, pp. 37-44.

classiquement de la police économique⁹¹.

Ensuite, il n'existe pas d'accord s'agissant des secteurs faisant l'objet d'une régulation, le constat général étant qu'elle ne cesse de s'étendre à de nouveaux champs⁹². Ainsi, il existe une controverse quant à la question de savoir s'il faut qualifier le droit des marchés financiers de régulation⁹³ ou au contraire de police⁹⁴. Le même débat existe, dans une moindre mesure, à propos du secteur de l'audiovisuel⁹⁵. Également, la question de savoir s'il faut qualifier le secteur de la santé de secteur régulé est particulièrement difficile au regard notamment de l'éclatement de la répartition des compétences en son sein⁹⁶.

Dès lors, ces débats rendent nécessaire l'élaboration d'une définition de la régulation permettant de répondre à la question de la délimitation de son champ. Au stade actuel, il existe en effet autant de champs de la régulation qu'il en existe de définitions.

32. En somme, la confrontation des différentes définitions de la régulation permet de dégager les questions de droit dont l'absence de résolution s'oppose à l'élaboration d'une définition commune de cette notion. Néanmoins, articuler la recherche autour de la résolution de ces différentes questions de droit suppose d'écarter les autres acceptions de la notion de régulation.

B. Les acceptions de la régulation exclues de la recherche

33. Les autres acceptions de la régulation peuvent être exclues du champ de la recherche, dans la mesure où elles constituent des utilisations descriptives de ce terme auxquelles ne sont pas attachées de conséquences juridiques précises, et n'ont donc pas vocation à construire la régulation en tant que catégorie juridique⁹⁷. C'est d'abord le cas de l'utilisation de la notion de régulation pour qualifier la fonction du Conseil d'État (1). C'est ensuite, plus généralement, le cas de

⁹¹ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 90 ; *Adde* GOSSET-GRAINVILLE A., « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 151-159.

⁹² *V.*, par exemple FRISON-ROCHE M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », *in* *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, pp. 53-64.

⁹³ *V.*, parmi de nombreux autres exemples DELION A., « La crise financière et les régulations », *in* T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Éditions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, pp. 105-160 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », *op. cit.*, pp. 58-59 ; *Adde* VALETTE J.-P., *Droit de la régulation des marchés financiers*, Paris, Galino éditeur, « Mémentos LMD », 2005, 174 p.

⁹⁴ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 90 et p. 91.

⁹⁵ *V.*, par exemple TRUCHET D., « L'institution régulatrice de l'audiovisuel en France : de la Haute autorité au Conseil supérieur de l'audiovisuel », *in* C. Debbasch, C. Gueydan (dirs.), *La régulation de la liberté de la communication audiovisuelle*, Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, pp. 19-28 ; *Adde* GUILLOU B., PADIOLEAU J.-G., *La régulation de la télévision*, Paris, La documentation française, « Les études de la CNCL », 1988, p. 11 ; *Adde* JONGEN F., *La police de l'audiovisuel, Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1994, p. 43.

⁹⁶ VIDAL L., « Trois années de régulation de la santé », *in* T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, volume 2*, Paris, IRJS Éditions, « Bibliothèque de l'Institut Juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, pp. 237-238.

⁹⁷ MARCOU G., « Introduction », *op. cit.*, p. 11.

l'ensemble des utilisations de la notion de régulation dépourvues de conséquences juridiques, qui sont très nombreuses en droit positif comme en doctrine (2).

1. L'exclusion de l'utilisation de la notion de régulation pour qualifier la fonction du Conseil d'État

34. La notion de régulation peut être utilisée pour qualifier l'activité du Conseil d'État, s'agissant notamment de son pouvoir de répartition des compétences au sein de l'ordre juridictionnel administratif (a). Une telle acception doit cependant être ici exclue (b).

a. L'utilisation de la notion de régulation pour qualifier la fonction du Conseil d'État

35. Si la qualification de régulation pour désigner la fonction du Conseil constitutionnel est aujourd'hui écartée, elle se maintient pour qualifier celle du Conseil d'État.

36. En 1962, le Conseil constitutionnel s'est lui-même qualifié d'« *organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* »⁹⁸. Cependant, si cette expression a eu un temps du succès auprès de la doctrine⁹⁹, il est aujourd'hui admis qu'elle doit être abandonnée au regard de l'impossibilité de lui donner un sens juridique précis¹⁰⁰. En revanche, tel n'est pas le cas s'agissant du Conseil d'État.

37. Historiquement, c'est à propos du Conseil d'État que l'utilisation du terme de régulation a fait son apparition pour la première fois en droit français, d'abord pour le qualifier de manière générale, puis plus précisément pour désigner, à la suite de l'article de Rivero¹⁰¹, ses pouvoirs de répartition interne des compétences au sein de l'ordre juridictionnel administratif¹⁰². Cependant, une telle utilisation du terme de régulation est toujours actuelle.

D'une part, la doctrine continue d'y faire référence, soit pour qualifier de manière générale le Conseil d'État¹⁰³, soit pour qualifier sa fonction de répartition des compétences au sein de

⁹⁸ Décision du Conseil constitutionnel n° 62-20 DC du 06 novembre 1962 *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, considérant n°2.

⁹⁹ V., FAVOREU L., « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 7 et s.

¹⁰⁰ ROUSSEAU D., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 », *RDP*, 1993, n°1, pp. 33-34 ; Adde FAVOREU L., PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, 14^{ème} Ed., pp. 179-181 ; Adde CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 44-45.

¹⁰¹ RIVERO J., « Le Conseil d'État, cour régulatrice », *D.* 1954, chronique xxviii, pp. 157-162.

¹⁰² AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *op. cit.*, p. 44 ; Adde JOBART J.-C., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *article précité*, p. 51.

¹⁰³ V., par exemple BRAIBANT G., « La régulation consultative du Conseil d'État », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp. 145-154.

l'ordre administratif¹⁰⁴, soit les deux en même temps¹⁰⁵. D'autre part, et surtout, le droit positif a également consacré cette acception puisque le juge administratif a reconnu l'existence d'un « *pouvoir général de régulation de l'ordre juridictionnel administratif dont le Conseil d'État statuant au contentieux est investi* »¹⁰⁶, solution encore confirmée très récemment à plusieurs reprises¹⁰⁷.

Ainsi, le droit administratif français connaît bien une notion de régulation spécifique au contentieux administratif. Il est cependant possible de l'exclure de la présente étude.

b. L'exclusion de la notion de régulation de l'ordre juridictionnel administratif

38. Il est possible d'écarter la notion de régulation de l'ordre juridictionnel administratif de la présente recherche car il est douteux qu'elle constitue une catégorie juridique bien déterminée et parce qu'elle semble, en toute hypothèse, exclue de la controverse doctrinale relative à la notion juridique de régulation.

39. D'une part, la notion de régulation de l'ordre juridictionnel administratif peut être exclue parce que l'on peut douter de sa pertinence juridique. En effet, il existe, concernant l'utilisation par le juge de la notion de régulation dans ce contexte, un certain malaise¹⁰⁸, lié aux difficultés à lui attribuer un véritable sens juridique. La notion de régulation de l'ordre juridictionnel administratif semble en effet désigner un ensemble multiple et sans cesse croissant d'attributions du Conseil d'État¹⁰⁹.

Ainsi, si cette expression ne semblait viser au départ que le pouvoir de « *règlement de juges* » attribué au Conseil d'État¹¹⁰, elle désigne aujourd'hui également, selon la jurisprudence, le pouvoir

¹⁰⁴ CHAPUS R., *Droit administratif général. Tome 1*, Paris, Montchrestien, 2001, n°987 ; Adde DELVOLVÉ P., « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », *op. cit.*, p. 259. V., pour d'autres exemples CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁵ STIRN B., « Le Conseil d'État, régulateur de l'appareil normatif », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp.129-143.

¹⁰⁶ Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, du 30 décembre 1998, *Ragaigne*, n° 132975, inédit au recueil Lebon ; Adde Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, *Société coopérative agricole de Briennon* du 10 novembre 1999, n°208119, publié au recueil Lebon. V., à ce propos DELVOLVÉ P., « Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs*, 2007, n°123, p. 56 ; Adde DELVOLVÉ P., « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », *op. cit.*, p. 259 ; Adde CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁰⁷ Arrêt du Conseil d'État, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, du 30 décembre 2009, *Commune de Sucy-en-Brie*, n°333704, Mentionné dans les tables du recueil Lebon ; Adde Arrêt du Conseil d'État, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, du 09 avril 2010, *M. A*, n°329759, Mentionné dans les tables du recueil Lebon ; Adde Conseil d'État, 6^{ème} sous-section jugeant seule, du 12 mai 2010, n°320842, *SCA Pyrénées Pores*, Inédit au recueil Lebon.

¹⁰⁸ On peut ainsi noter que les rapporteurs publics évitent soigneusement de faire le moindre commentaire sur cette qualification. V., ainsi GUYOMAR M., conclusions sur CE, 4 février 2005, *Procureur général près la Cour des Comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière*, requête n°269233, *AJDA*, 2005, pp. 1070-1073. Il en est de même de la doctrine qui relève sans chercher à la commenter cette qualification. V., LOMBARD M., note sous CE, 4 février 2005, *Procureur général près la Cour des Comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière*, requête n°269233, *Droit administratif*, avril 2005, n°4, pp. 23-24.

¹⁰⁹ DELVOLVÉ P., « Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre administratif », *article précité*, p. 56.

¹¹⁰ V., CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 46-47. Cette expression désigne le pouvoir qu'a le Conseil d'État de trancher un litige afin d'éviter un déni de justice résultant de conflits de choses jugées. V., CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2008, 13^{ème} Ed., pp. 1099-1102.

du Conseil d'État de statuer à la place d'une juridiction dès lors que celle-ci ne peut le faire elle-même¹¹¹, ou encore la possibilité pour le Conseil d'État de réattribuer à un tribunal administratif une demande qui lui a été irrégulièrement faite en premier ressort¹¹². La doctrine va plus loin encore, puisqu'elle considère que l'avis contentieux rendu pour une juridiction du fond, la possibilité de se substituer à elle au fond lors du contrôle de cassation, voire la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort, relèvent de la régulation de l'ordre administratif¹¹³.

Or, le risque posé par une telle extension du concept de régulation de l'ordre juridictionnel administratif est de ne plus discerner, dans l'activité du Conseil d'État, quelque chose qui ne relèverait pas de la régulation¹¹⁴. Ainsi, pour la doctrine, l'utilisation de la régulation a ici une vocation essentiellement descriptive¹¹⁵. Dès lors, cela justifie que l'on puisse exclure cette acception de la régulation de la présente étude.

40. D'autre part, en toute hypothèse, l'utilisation du terme de régulation dans ce cadre semble tout à fait spécifique au contentieux administratif et très nettement isolée des débats doctrinaux relatifs à la notion juridique de régulation, qui s'articulent autour des conceptions précédemment retenues de ce terme.

Dès lors, il est possible d'exclure la notion de régulation de l'ordre juridictionnel administratif de la présente recherche au motif qu'elle n'est pas réellement partie au débat doctrinal relatif à la construction de la catégorie juridique de régulation.

2. L'exclusion des acceptions trop générales de la notion de régulation

41. De manière plus générale encore, suite à son adoption pour qualifier l'activité du Conseil d'État, la notion de régulation s'est largement développée et diffusée dans l'ensemble du système juridique (a). Cependant, en raison de leur trop grande généralité, ces utilisations de la notion de régulation doivent être rejetées et donc exclues du champ de la présente étude (b).

¹¹¹ V., Arrêt du Conseil d'État, Section du Contentieux, du 17 octobre 2003, *Dugouin* n°237290, publié au recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 4 février 2005, *Procureur général près la Cour des Comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière*, n°269233, publié au recueil Lebon.

¹¹² CE, *Commune de Sucy-en-Brie*, n°33370, précité ; *Adde* CE, *SCA Pyrénées Porcs*, n°320842, précité.

¹¹³ DELVOLVÉ P., « Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre administratif », *article précité*, pp. 56-59 ; *Adde* DELVOLVÉ P., « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », *op. cit.*, pp. 263-271.

¹¹⁴ V., pour une illustration très éclairante de l'extension à l'infini du concept de régulation dans le cas du Conseil d'État, DELVOLVÉ P., « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », *op. cit.*, pp. 263-271.

¹¹⁵ DELVOLVÉ P., « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », *op. cit.*, p. 260.

a. La diffusion de la notion de régulation en droit positif

42. Historiquement, le début des années quatre-vingt a été marqué par une extension et une dilution de la notion de régulation en droit. On a ainsi vu émerger, notamment dans des lois et règlements, des notions aussi variées que celles de régulation des naissances, de régulation des installations de chauffage, de régulation du trafic, de régulation des dépenses de santé, de régulation des prix, etc.¹¹⁶. Ces utilisations restent actuelles, puisque les arrêts qui portent sur ces textes les réaffirment constamment¹¹⁷. Désormais, ces références sont si nombreuses qu'il serait sans doute impossible et inutile d'en faire un recensement exhaustif¹¹⁸.

En outre, le constat est identique en doctrine. On voit en effet les références à la régulation se multiplier sans que des significations précises n'y soient associées¹¹⁹. De telles acceptions doivent alors être exclues du champ de la présente étude.

b. L'inutilité de telles acceptions au sein du système juridique

43. Il est possible d'exclure de la présente étude les utilisations très générales du terme de régulation, car celles-ci sont dépourvues de conséquences juridiques propres et ne permettent donc pas de caractériser la régulation comme catégorie juridique¹²⁰. Or, la matière juridique ne saurait se contenter d'une telle utilisation de la régulation car une notion juridique n'est utile que si on y attache un certain nombre de conséquences juridiques précises¹²¹.

Un exemple particulièrement éclairant de ce phénomène est l'emploi de la notion de régulation budgétaire. En effet, d'abord proposée par la doctrine puis d'utilisation très courante en droit des finances publiques, elle désigne de manière générale l'idée d'équilibre dans le dispositif budgétaire¹²². Cependant, elle vise un très grand nombre de dispositifs différents et aucun consensus doctrinal n'existe concernant son sens exact¹²³. De ce point de vue, il est significatif de noter que l'utilisation de la notion de régulation budgétaire a fait l'objet d'une volte-face de la part du Conseil constitutionnel. D'abord consacrée par la jurisprudence constitutionnelle¹²⁴, mais cu-

¹¹⁶ CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 60-63.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 60-64.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 60.

¹¹⁹ MIAILLE M., « La régulation : enjeu d'un choix », *op. cit.*, p. 17 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *op. cit.*, p. 47.

¹²⁰ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 347 ; *Adde* CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 63-64.

¹²¹ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 347 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *op. cit.*, p. 43 et p. 45 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », *op. cit.*, p. 13.

¹²² CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 65-66.

¹²³ *Ibid.*, p. 67.

¹²⁴ JOBART J.-C., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *article précité*, p. 34.

rieusement placée entre guillemets¹²⁵, l'expression n'a pas été reprise par la suite alors qu'elle continue pourtant de figurer dans les saisines¹²⁶. Cet exemple montre en quoi il est préférable d'abandonner les expressions trop générales de la régulation.

44. La présente recherche ne portera donc pas sur les utilisations de la notion de régulation dépourvues de pertinence car n'ayant pas vocation à faire de la régulation une catégorie juridique. Elle ne tiendra donc compte que des définitions, présentées précédemment, qui poursuivent cette ambition, ambition qui est également celle de la présente thèse.

§2. La régulation, objectif de la recherche

45. La présente recherche a pour problématique de démontrer que la régulation constitue une institution juridique en adoptant une méthode fondée sur l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique (A). Cette problématique permet de déterminer le champ de la recherche (B).

A. Problématique de la recherche

46. La recherche a pour ambition de déterminer le sens et le statut épistémologique de la régulation en droit (1). L'utilisation d'une méthode juridique ouverte sur la théorie économique constitue une approche originale et pertinente pour remplir cet objectif (2).

1. L'ambition de la recherche : l'institution juridique de régulation

47. Pour élaborer une construction utile, la doctrine juridique doit prendre en compte trois niveaux de connaissance ; tout d'abord la réalité, ensuite le traitement normatif de celle-ci, enfin la systématisation de cet ensemble¹²⁷. Ainsi, la recherche a vocation à dépasser les oppositions existant entre les différents instruments d'épistémologie juridique¹²⁸ afin de réunir théorie et pratique dans un même corps¹²⁹ (a). La régulation apparaît alors comme une institution juridique (b).

¹²⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, *Loi de finance pour 2003*, considérant n°8.

¹²⁶ Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-511 DC du 29 décembre 2004, *Loi de finances pour 2005* ; *Adde* Décision du Conseil constitutionnel n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*.

¹²⁷ BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2009, p. 39.

¹²⁸ *V.*, en ce sens PICARD E., *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 146, 1984, pp. 46-49 ; *Adde* QUINTANE G., « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2009, p. 11.

¹²⁹ RIVERO J., « Préface », in T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome CLII, 1987, p. 15 ; *Adde* ROLIN E., « Doctrine et pratique », in AFDA (coord.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, p. 70 et s. *V.*, de manière générale sur cette question, FORTSAKIS T., *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome CLII, 1987, 542 p.

a. La recherche d'une définition complète de la régulation

48. Les instruments d'épistémologie juridique faisant l'objet d'une certaine polysémie¹³⁰, il convient de définir comment ils vont être utilisés et comment ils vont se combiner pour définir la régulation dans le cadre de la présente recherche¹³¹.

49. Tout d'abord, l'élaboration de la catégorie juridique de régulation doit être assise sur un concept général de régulation.

Dans le langage des juristes, le concept est l'échelon le plus élevé de représentation des choses¹³². Il relève de l'idée, abstraite, par opposition à la technique, concrète¹³³. Le concept traduit alors une idée que l'on retrouve aussi bien dans le langage courant¹³⁴ que dans les autres branches et disciplines du savoir que le droit¹³⁵.

De ce point de vue, si un objet juridique doit être spécifiquement juridique, son sens ne doit cependant pas être trop éloigné de celui qu'a ce même objet en dehors du droit, si ce dernier existe, à peine d'être déconnecté du réel¹³⁶.

Dès lors, il apparaît nécessaire que la catégorie juridique de régulation rende compte du concept général de régulation sur lequel la doctrine s'accorde et qui résulte de son sens dans le langage courant, à savoir le maintien d'un certain équilibre¹³⁷.

50. Ensuite, l'élaboration de la catégorie de régulation doit être assise sur un concept juridique de régulation, la régulation étant alors conçue comme une catégorie juridique conceptuelle.

À l'instar du concept général mais dans le champ spécifique du droit, le concept juridique

¹³⁰ V., ATIAS C., *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 44 ; *Adde* BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, p. 22 ; *Adde* GUGLIELMI G., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 157, 1991, p. 14.

¹³¹ QUINTANE G., « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », *op. cit.*, p. 5 ; *Adde* GUGLIELMI G., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, *op. cit.*, p. 15 et p. 21.

¹³² De ce point de vue, le juriste adopte la position de Hegel, qui fait figure d'exception en philosophie où les sens de concept et notion sont inversés par rapport à ceux que l'on adopte traditionnellement en droit. V., sur ce point BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, pp. 23-28 et pp. 30-31 ; *Adde* GUGLIELMI G., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, *op. cit.*, p. 16.

¹³³ BÉNOÎT F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *op. cit.*, pp. 23-24 ; *Adde* BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, p. 36 ; *Adde* QUINTANE G., « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », *op. cit.*, p. 11.

¹³⁴ CALAIS-AULOY M.-T., « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA*, 9 août 1999, n°157, p. 6.

¹³⁵ BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, p. 36 ; *Adde* CALAIS-AULOY M.-T., « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *article précité*, p. 5 et p. 6.

¹³⁶ ARNAUD A.-J., BELLEY J.-G., CARTY J.A., CHIBA M., et AL., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 59.

¹³⁷ V., par exemple CHEVALLIER J., « De quelques usages du concept de régulation », *op. cit.*, pp. 87-88 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 11.

est abstraitement déterminé¹³⁸, c'est-à-dire qu'il relève de la théorie du droit¹³⁹, de la sphère ontologique¹⁴⁰. Sans délaisser les données du droit positif, il permet d'accéder à un « *degré supérieur de la connaissance* »¹⁴¹. Il est obtenu après dérivation dans le champ du droit d'un concept général, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un concept second, de nature juridique, par rapport à un concept premier, de nature générale¹⁴². Or, l'élaboration d'un concept juridique est indispensable à la construction d'une catégorie juridique satisfaisante en droit.

Une catégorie juridique est, selon la définition de Marcel Waline communément reprise par la doctrine¹⁴³, un ensemble de faits ou d'actes auxquels le droit attache des conséquences juridiques¹⁴⁴. Or, si l'on admet la distinction posée par le Doyen Vedel, il existe deux types de catégories juridiques, les catégories conceptuelle et fonctionnelle¹⁴⁵. Cependant, la catégorie fonctionnelle n'est qu'une catégorie inachevée, pour laquelle l'effort de systématisation n'a pas encore permis de dégager un concept précis permettant d'en rendre compte¹⁴⁶.

Au contraire, seule une catégorie conceptuelle est susceptible, non seulement de satisfaire intellectuellement le juriste théoricien¹⁴⁷, mais surtout de dépasser les difficultés que présenteraient un droit positif trop contradictoire ou trop imprécis, en dégageant au-delà de l'insuffisance du droit une logique d'ensemble¹⁴⁸. Ainsi, seul le recours à une catégorie conceptuelle permet de proposer des solutions en termes de droit positif en se référant au concept concerné¹⁴⁹.

¹³⁸ VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, 851, § 4 ; *Adde* CALAIS-AULOY M.-T., « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *article précité*, p. 5 ; *Adde* PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 43.

¹³⁹ BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, p. 23 et p. 39.

¹⁴⁰ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² KALINOWSKI G., « De la spécificité de la logique juridique », *Archives de philosophie du droit, Tome XI, La logique du droit*, 1966, pp. 9-10 ; *Adde* BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, p. 47.

¹⁴³ *V.*, parmi de nombreux autres exemples QUINTANE G., « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », *op. cit.*, pp. 10-11 ; *Adde* BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 4^{ème} Ed., 2003, pp. 220-223.

¹⁴⁴ WALINE M., « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Sirey, 1963, p. 363.

¹⁴⁵ VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *article précité*, § 4 ; *Adde* LATOURNERIE R., « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *article précité*, p. 94.

¹⁴⁶ VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *article précité*, § 4 ; *Adde* WALINE M., « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *op. cit.* p. 367 ; *Adde* PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 44-46 ; *Adde* TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFD*, 2009, p. 643 et s.

¹⁴⁷ BÉNOÎT F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *op. cit.*, p. 23 et p. 27.

¹⁴⁸ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 46-48 ; *Adde* BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, p. 47.

¹⁴⁹ BÉNOÎT F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *op. cit.*, p. 29 ; *Adde* BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, p. 35, p. 39 et p. 47 ; *Adde* ATIAS C., *Épistémologie juridique*, *op. cit.*, p. 154.

Dès lors, la régulation ne saurait être qu'une catégorie conceptuelle. Il faut donc construire un concept juridique de régulation, rendant compte de l'idée d'équilibre en droit¹⁵⁰.

51. Enfin, une catégorie juridique étant composée d'une notion juridique d'une part et d'un régime juridique d'autre part¹⁵¹, la présente recherche doit élaborer la notion et le régime de la régulation sur la base du concept juridique de régulation.

Les notions juridiques constituent l'objet principal d'étude de la dogmatique juridique¹⁵², dans la mesure où elles correspondent aux instruments juridiques techniques¹⁵³. Elles doivent permettre de rendre compte de réalités juridiques de manière claire, simple et stable, et s'insérer naturellement dans le système juridique tel qu'il préexiste¹⁵⁴. Le cœur de la construction d'une notion juridique est alors l'exercice de définition élaboré à partir de la détermination de critères, qui permettent de regrouper des faits présentant entre eux des « *identités de nature* »¹⁵⁵. Il est donc nécessaire de réaliser une telle opération pour la régulation en identifiant les nouveaux rapports juridiques dont elle permet de rendre compte¹⁵⁶.

Par suite, une notion juridique n'existant qu'afin que soient appliquées les règles de droit auxquelles elle se rapporte, il conviendra d'élaborer le régime juridique de la régulation¹⁵⁷.

52. En somme, la présente recherche a pour objet de construire une catégorie juridique de régulation, c'est-à-dire une notion juridique à laquelle est associé un régime juridique, sur la base du concept juridique de régulation, lui-même cohérent vis-à-vis du concept général de régulation. Or, ces différents aspects peuvent être réunis par la théorie de l'institution juridique.

¹⁵⁰ *V.*, notamment DELION A., « Notion de régulation et droit de l'économie », *op. cit.*, p. 4, qui parle à ce propos de « *sens technologique fondamental* » de la régulation.

¹⁵¹ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 42-43.

¹⁵² BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, pp. 37-39.

¹⁵³ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 42-43 ; *Adde* BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, p. 32 ; *Adde* BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 220 et p. 223.

¹⁵⁴ LATOURNERIE D., « Présentation », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, p. 98.

¹⁵⁵ LATOURNERIE R., « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *article précité*, p. 95 ; *Adde* BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, pp. 214-215 ; *Adde* GUGLIELMI G., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, *op. cit.*, pp. 16-17.

¹⁵⁶ MARCOU G., « Introduction », *op. cit.*, p. 11. Dans le même sens et de manière plus générale, *V.*, LATOURNERIE R., « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *article précité*, pp. 93-94 ; *Adde* BÉNOÎT F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁷ *V.*, parmi de nombreux autres exemples LATOURNERIE R., « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *article précité*, pp. 96-97 et p. 98 ; *Adde* BÉNOÎT F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *op. cit.*, p. 27 et p. 28 ; *Adde* PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 42-43.

b. La découverte de l'institution juridique de régulation

53. L'instrument d'épistémologie juridique qui permet de construire une définition complète de la régulation est l'institution juridique¹⁵⁸ (i). La présente recherche a alors pour objectif de construire la régulation en tant qu'institution juridique du droit administratif français (ii).

i. L'institution juridique

54. La théorie de l'institution juridique prend ses sources philosophiques dans les travaux de Hegel¹⁵⁹. Pour ce dernier, l'étude des notions juridiques est insuffisante¹⁶⁰, et il faut au contraire analyser un instrument juridique dans sa globalité, c'est-à-dire comme ayant pour essence une idée¹⁶¹. L'institution juridique atteint alors sa maturité lorsqu'elle constitue un ensemble organisé, stable, permettant d'obtenir un résultat déterminé et fondé sur le concept qui lui donne sa rationalité¹⁶² et qui guide son évolution au cours du temps¹⁶³.

Les institutions juridiques peuvent alors être définies comme des « *ensembles de règles de droit organisées autour d'une idée centrale, formant un tout systématiquement ordonné et permanent* »¹⁶⁴.

55. Dans la matière strictement juridique, le plus grand penseur de l'institution juridique est sans doute Maurice Hauriou¹⁶⁵. Celui-ci a donné deux définitions successives de l'institution juridique¹⁶⁶, qui doivent être combinées pour en avoir une vision complète¹⁶⁷.

En dernière analyse, Hauriou a défini l'institution juridique comme « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social : pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise, qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procé-*

¹⁵⁸ Concernant la classification de l'institution juridique comme outil d'épistémologie juridique, V., BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 193 et s.

¹⁵⁹ BÉNOÎT F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *op. cit.*, pp. 24-25.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 23.

¹⁶¹ *Ibid.*, pp. 23-24 et pp. 26-27.

¹⁶² *Ibid.*, p. 29.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 35.

¹⁶⁴ Définition de Brethe de la Gressaye, citée in BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 193.

¹⁶⁵ ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, « Quadrige », 2003, pp. 835-837 ; Adde ARNAUD A.-J., BELLEY J.-G., CARTY J.A, CHIBA M., et AL, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 306 ; Adde BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 193 et p. 196.

¹⁶⁶ SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, 1964, p. 151.

¹⁶⁷ MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 1995, p. 392.

dures »¹⁶⁸. C'est cette définition de l'institution juridique que l'on retiendra ici, sa pertinence actuelle¹⁶⁹ apparaissant à propos de la régulation entendue comme institution juridique.

ii. La régulation comme institution juridique

56. En effet, la théorie de l'institution permet d'articuler au mieux les rapports entre le concept général, le concept juridique, la catégorie juridique conceptuelle, la notion juridique et le régime juridique¹⁷⁰, car ces différents éléments sont présents ensemble dans la théorie d'Hauriou.

Tout d'abord, l'institution est une « *idée d'œuvre ou d'entreprise* », ce qui renvoie aux idées de concept général et de concept juridique, puisque cette idée d'œuvre confine à l'idée philosophique. Ensuite, cette idée d'œuvre « *se réalise et dure juridiquement dans un milieu social* » ce qui implique qu'elle est traduite juridiquement par le biais d'une notion juridique, elle-même à la base d'une catégorie juridique qui, en ce qu'elle vise à mettre en œuvre l'idée d'œuvre institutionnelle, sera nécessairement conceptuelle. Enfin, « *pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise, qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* », ce qui renvoie à l'existence d'un régime juridique spécialement attaché à la notion juridique et mettant en œuvre l'idée d'œuvre de l'institution.

57. En somme, dans la mesure où la théorie de l'institution condense les différents niveaux d'épistémologie juridique, la présente recherche aura pour objectif de démontrer que la régulation est une authentique institution juridique. Pour ce faire, elle propose d'adopter une méthode originale car fondée sur l'étude des rapports entre droit administratif et théorie économique.

2. La méthode de la recherche : l'étude des rapports entre droit administratif et théorie économique

58. La présente recherche se propose d'élaborer une définition de la régulation sur la base de l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique, ce qui suppose un effort de construction méthodologique (a). De ce point de vue, elle est utile en ce qu'elle permet de résoudre les différentes questions de droit qui s'opposent encore aujourd'hui à l'élaboration d'un consensus concernant la définition de la régulation (b).

¹⁶⁸ HAURIU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *op. cit.*, p. 96.

¹⁶⁹ MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *article précité*, pp. 382-383. V., également DELVOLVÉ P., MODERNE F., « Avant-propos », in M. Hauriou., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 1933, 12^{ème} Ed., réédité en 2004, p. vi.

¹⁷⁰ BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, pp. 48-49.

a. L'originalité de la méthode de la recherche

59. Aujourd'hui encore, le constat selon lequel la doctrine française est réfractaire à ce que l'on nomme généralement « *analyse économique du droit* » reste largement partagé¹⁷¹. Une telle situation, qui contraste fortement avec celles des États-Unis ou d'autres pays d'Europe¹⁷², fait figure d'« *exception française* »¹⁷³.

Cependant, cette situation évolue¹⁷⁴. En effet, si les premiers travaux d'analyse économique du droit, parus dans les années quatre-vingt, n'ont guère eu de succès¹⁷⁵, ceux-ci se multiplient aujourd'hui¹⁷⁶, dans des domaines aussi variés que l'épistémologie juridique¹⁷⁷, les contrats publics¹⁷⁸, le droit de la concurrence¹⁷⁹, la propriété privée¹⁸⁰, la responsabilité civile¹⁸¹, etc.¹⁸².

60. En ce qui concerne spécifiquement la régulation, il existe un intérêt croissant des juristes pour la théorie économique, qui se manifeste notamment par la présence régulière d'économistes dans les travaux collectifs consacrés à la notion de régulation¹⁸³. Néanmoins, il n'existe pas à ce jour de travail portant sur l'étude des rapports entre le droit administratif et la théorie écono-

¹⁷¹ *V.*, parmi de nombreux autres exemples, MACKAAY E., « Remarques introductives », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2467-2468 ; *Adde* OGUS A., FAURE M., *Économie du droit : le cas français*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, « Droit comparé », 2002, p. 11 ; *Adde* KIRAT T., SERVERIN E., « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Éditions, 2000, p. 5 ; *Adde* CANIVET G., « Préface », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 2000, p. 1 ; *Adde* DU MARAIS B., « Quand des juristes rencontrent des économistes », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi, *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex* (coors.), Litec, 2009, pp. 109-128.

¹⁷² MACKAAY E., « Remarques introductives », *op. cit.*, p. 2462 et s.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 2467.

¹⁷⁴ PÉRÈS C., « Rapport introductif », *op. cit.*, pp. 4-5.

¹⁷⁵ MACKAAY E., « Remarques introductives », *op. cit.*, p. 2462.

¹⁷⁶ *V.*, parmi de nombreux autres exemples, KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, Paris, Gualino éditeur, « Mémentos LMD », 2007, p. 5 ; *Adde* BERGEL J.-L., CHÉROT J.-Y., « Avant-propos », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, p. 2455 ; *Adde* MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz/ Thémis, 2008, 2^{ème} Ed., p. xxi.

¹⁷⁷ LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, LGDJ, « Fondation Varenne », 2010, 638 p.

¹⁷⁸ *V.* par exemple AUBY J.-B., KIRAT T., *Le contenu et la portée économiques des règles de droit. Application à la répartition des risques dans les contrats administratifs*, Rapport du GIP Mission de recherche Droit et Justice, Paris, La documentation française, 2003, 336 p.

¹⁷⁹ *V.*, par exemple LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Athènes, Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2007, 1698 p. ; *Adde* SIBONY A.-L., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J / L'extenso éditions, « Droit & Economie », 2008, 883 p.

¹⁸⁰ *V.*, par exemple BERGEL J.-L., « Une "approche" économique de la propriété en droit privé », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2501-2508.

¹⁸¹ *V.*, par exemple MAÎTRE G., *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et économie », 2005, 336 p.

¹⁸² Pour une liste plus élargie de travaux, *V.*, MACKAAY E., « Remarques introductives », *op. cit.*, pp. 2463-2464.

¹⁸³ *V.*, parmi de nombreux autres exemples GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 259-276 ; *Adde* LEHMANN E., « Régulation économique et démocratie politique : un point de vue d'économiste », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 51-67 ; *Adde* QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, pp. 65-82.

mique en tant que méthode permettant de définir la régulation, alors même que celle-ci permet d'apporter des réponses aux différentes questions de droit qui continuent d'opposer la doctrine. Les rapports entre le droit et les théories économiques posent en effet des problèmes méthodologiques qui, à propos de la notion régulation, n'ont donné lieu à aucune étude systématique¹⁸⁴.

b. L'utilité de la méthode de la recherche

61. Si l'utilisation d'une méthode fondée sur l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique ne saurait être également pertinente pour toutes les notions juridiques, elle l'est sans doute s'agissant de la régulation. La régulation est en effet majoritairement conçue comme une fonction à vocation économique¹⁸⁵ et souvent présentée comme entretenant un rapport spécifiquement étroit avec l'économie¹⁸⁶, comme l'a souligné le Conseil d'État pour qui celle-ci rapproche les « préoccupations des juristes et celles des économistes »¹⁸⁷. Dès lors, la présente recherche se propose de répondre à l'appel d'une partie de la doctrine universitaire, qui voit dans le droit de la régulation l'occasion particulière d'un dialogue approfondi entre le droit et l'économie¹⁸⁸.

62. Or, il doit être souligné que la plupart des questions de droit qui s'opposent à l'élaboration d'une définition de la régulation peuvent trouver une réponse par le biais d'une analyse juridique ouverte sur la théorie économique, car les questions posées dans la doctrine juridique se posent également en théorie économique. Dès lors, l'ouverture sur la théorie écono-

¹⁸⁴ Cf., en droit privé, GUÉNOD C., *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel. Modèles de l'Union européenne et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit, Université Paris-Dauphine, 2009, 787 p. Cette thèse a pour ambition de construire une théorie juridique et économique du régulateur sectoriel (p. 29 et s.). Cependant, de nombreux éléments la distinguent de la présente recherche. En premier lieu, elle relève du droit privé, ce qui implique des différences très importantes d'approche et de méthode. En deuxième lieu, l'objet de cette recherche est le régulateur sectoriel et non la notion de régulation, l'auteur ne faisant ici que reprendre la définition proposée par Marie-Anne Frison-Roche (pp. 28-29). En troisième lieu, le champ de l'étude est restreint à deux secteurs, les communications électroniques et l'énergie, et n'a pas vocation à la généralisation (p. 27). En dernier lieu, surtout, l'auteur procède à une description non théorique du régulateur sectoriel illustrée d'éléments de théorie économique, potentiellement contradictoires entre eux, et ne met pas en œuvre une véritable communication entre le droit et la théorie économique.

¹⁸⁵ Cf. *Supra*.

¹⁸⁶ V., notamment FRISON-ROCHE M.-A., « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, p. 19 ; *Adde* RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 2007, p. 285 ; *Adde* RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, p. 2521.

¹⁸⁷ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 386.

¹⁸⁸ V., parmi de nombreux autres exemples FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *article précité*, p. 610 ; *Adde* CANIVET G., « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, p. 23 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 33 et s. ; *Adde* KIRAT T., VIDAL L., « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », *op. cit.*, p. 27.

mique fournit des arguments supplémentaires à une analyse exclusivement juridique¹⁸⁹ pour résoudre ces différentes questions de droit. À ce titre, elle est une méthode pertinente pour traiter de la régulation.

63. La mise en œuvre d'une méthode juridique ouverte sur la théorie économique apparaît donc originale et pertinente aux fins de définir juridiquement la régulation, ce qui justifie l'intérêt de la présente recherche. Le champ de celle-ci dépend alors de la problématique adoptée.

B. Champ de la recherche

64. La problématique ici retenue détermine le champ de l'analyse. Il faut ainsi délimiter le champ disciplinaire (1) et le champ matériel (2) de la recherche.

1. Champ disciplinaire de la recherche

65. Du fait de son objet, la présente recherche se situe dans le champ du droit public interne, les autres disciplines n'intervenant que de manière accessoire (a). Du fait de sa méthode, elle s'intéressera aux théories économiques du courant « *Droit et Économie* », mais seulement à celles qui ont directement pour objet la régulation (b).

a. Champ juridique de la recherche

66. En premier lieu, le champ juridique principal de la recherche est le droit public interne. L'étude rassemble donc l'ensemble des branches du droit public interne, et à titre principal le droit administratif dans l'ensemble de ses composantes¹⁹⁰.

Ce choix ne va cependant pas de soi, le statut de la régulation étant indéterminé du point de vue des branches du droit. Cependant, la régulation semble bien être, fondamentalement, une notion de droit public¹⁹¹. En effet, les mécanismes utilisés dans le cadre de la régulation relèvent pour la plupart des mécanismes du droit public et notamment du droit administratif¹⁹².

67. En deuxième lieu, la présente recherche procèdera à une pleine intégration du droit de l'Union européenne. En effet, celui-ci tient une place première dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux et par voie de conséquence dans les recherches relatives à

¹⁸⁹ *V.*, sur ce point DESCHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *op. cit.*, pp. 2541-2569 ; *Adde* JAMIN C., « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », *op. cit.*, p. 54 et p. 56.

¹⁹⁰ Selon le vocabulaire juridique du doyen Cornu, le droit public est « l'ensemble des règles juridiques concernant la complexion, le fonctionnement et les relations des États et des organisations ou collectivités qui les regroupent ou les constituent ». *V.*, CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2007, 8^{ème} Ed., p. 742.

¹⁹¹ GAUDEMET Y., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 390.

¹⁹² MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 37.

la notion de régulation¹⁹³. En outre, l'étude du droit de l'Union européenne apparaît indispensable dans la mesure où les autorités européennes, notamment la Commission européenne, utilisent très largement la théorie économique comme source d'inspiration dans le domaine de la régulation¹⁹⁴. Cette intégration trouvera cependant sa limite en ce que les aspects propres au droit administratif de l'Union européenne ne seront pas abordés¹⁹⁵.

68. En troisième lieu, le droit administratif, s'il est le champ disciplinaire principal de l'étude, ne saurait en être le champ exclusif au regard de la diversité des acceptations du terme de régulation. Il convient donc de préciser la place qui sera attribuée aux autres branches du droit.

Tout d'abord, le droit international public sera exclu de la présente étude. La question de savoir si et comment la régulation peut être considérée en droit international public ne sera donc pas abordée¹⁹⁶. Les seules exceptions à ce principe seront les règles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en tant qu'elles touchent directement le droit interne de la régulation du point de vue contentieux.

Ensuite, il faut souligner que la présente thèse n'est pas une thèse de droit comparé et n'a donc pas vocation à opérer la comparaison de systèmes juridiques. Cela n'exclut cependant pas quelques références aux droits étrangers. En effet, la régulation résulte pour une part importante du droit de l'Union européenne et la comparaison entre pays européens peut alors s'avérer utile¹⁹⁷. Ensuite, les modèles anglo-saxons ont une très grande influence sur les économistes et il est fréquent de les retrouver explicitement ou implicitement par l'intermédiaire de leurs travaux¹⁹⁸. Par ailleurs, les économistes procèdent très souvent à des comparaisons entre systèmes juridiques

¹⁹³ *V.*, par exemple MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, p. 13 ; *Adde* CHÉROT J.-Y., « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit de l'Union européenne », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, pp. 17-25 ; *Adde* RODRIGUES S., « Apport(s) du droit de l'Union européenne au droit de la régulation des services publics », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 115.

¹⁹⁴ CARTELIER L., « Politique européenne de la concurrence et nouvelles régulations publiques », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 353 et s. ; *Adde* FARJAT G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁹⁵ *V.*, sur ce point RODRIGUES S., « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », *AJDA*, 2004, pp. 1179-1182 ; *Adde* GROVE-VALDEYRON (DE) N., « Les agences de la communauté sont-elles des autorités de régulation ? », in *Autorités de régulation et Droit européen, Cahiers de droit de l'entreprise, JCP Entreprises et affaires*, n°19, 2004, pp. 22-27.

¹⁹⁶ *V.*, sur ce point CHEMILLIER-GENDREAU M., « Le droit international et la régulation », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp. 57-70.

¹⁹⁷ MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁹⁸ *V.*, parmi de nombreux autres exemples ATIAS C., « Éditorial », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, p. 410 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *op. cit.*, p. 21 ; *Adde* JAMIN C., « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », *op. cit.*, p. 55 ; *Adde* MACKAAY E., « Remarques introductives », *op. cit.*, p. 2466.

afin d'apprécier leur efficacité économique¹⁹⁹, ce qui peut conduire à en rendre compte.

Enfin, le droit privé sera en principe exclu de la présente étude. Néanmoins, certains secteurs réputés régulés relevant traditionnellement de ce champ, comme le droit des marchés financiers ou, de manière plus controversée, le droit de la concurrence, certains éléments de droit privé pourront être abordés²⁰⁰. Néanmoins, l'étude de ces secteurs se fera essentiellement sous l'angle organique et donc par une approche essentiellement publiciste.

69. Ainsi, du fait de son objet, la présente recherche sera une étude de droit public interne et principalement de droit administratif. Du fait de sa méthode, elle devra prendre en compte les théories économiques qui traitent directement de la régulation.

b. Champ économique de la recherche

70. Aux États-Unis, le courant des théories économiques s'intéressant principalement au droit se nomme « *Law & Economics* »²⁰¹. Cependant, contrairement à une hypothèse implicite très largement admise en France, ce courant de pensée ne se réduit en aucun cas à l'analyse économique du droit. Il s'agit au contraire d'un courant très hétérogène²⁰². Dès lors, après avoir souligné le malentendu existant en France autour du « *Droit et Économie* » (i), il faudra rendre compte des théories économiques retenues (ii) et des théories économiques exclues de la présente recherche, notamment la mal-nommée théorie de la régulation (iii).

i. La diversité méconnue du « *Droit et Économie* »

71. Il existe en France, et il faut immédiatement le souligner, un malentendu fondamental vis-à-vis du courant « *Law & Economics* », qui se cristallise jusque dans la traduction des concepts. Il y a en la matière un problème initial de mauvaise traduction, problème qui explique sans doute le maintien de ce malentendu sur le long terme et jusqu'aujourd'hui²⁰³.

¹⁹⁹ V., parmi de nombreux autres exemples CANIVET G., « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *op. cit.*, p. 23 ; ADDE MACKAAY E., « Remarques introductives », *op. cit.*, p. 2466 ; ADDE PFERSMANN O., « Qu'entend-on exactement par l'expression "concurrence des systèmes juridiques" », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, p. 2602. V., pour une analyse critique, LAITHIER Y.-M., « Le droit comparé et l'efficacité économique », in S. Bollée, Y.-M., Laithier, C. Pérès (dirs.), *L'efficacité économique du droit*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2010, pp. 49-65.

²⁰⁰ Cf. *Supra*.

²⁰¹ KIRAT T., *Économie du droit*, Paris, La découverte, « Repères », 1999, p. 11.

²⁰² V., parmi de nombreux autres exemples MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. ix ; ADDE MACKAAY E., « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, p. 421 ; ADDE BERGEL J.-L., CHÉROT J.-Y., « Avant-propos », *op. cit.*, p. 2455. V., pour une analyse historique de l'éclatement du courant « *Droit et Économie* » et sa pluralité actuelle, FERREY S., *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, « Droit & Économie », 2008, pp. 239-277.

²⁰³ V., sur ce point KOUBI G., « Mots du droit et maux de l'économie : la déficience traductologique de la terminologie officielle », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi, *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, pp. 173-186.

En effet, les auteurs qui traduisent « *Law & Economics* » par « *Droit et Économie* »²⁰⁴ sont très rares, alors même qu'il s'agit de la formulation correcte. La plupart d'entre eux, au contraire, traduisent « *Law & Economics* » par « *analyse économique du droit* » et considèrent les deux termes comme équivalents²⁰⁵. Or, il s'agit d'une erreur fondamentale en ce qu'elle réduit le courant « *Droit et Économie* » à la seule « *Economic analysis of law* », que l'on peut effectivement traduire par « *analyse économique du droit* ». Cependant, l'« *Economic analysis of law* » n'est qu'une des branches du courant « *Law & Economics* », parmi beaucoup d'autres, même si elle en constitue encore aujourd'hui la branche dominante²⁰⁶. En somme, la doctrine française confond la partie et le tout²⁰⁷.

Il convient par conséquent de lever immédiatement toute ambiguïté sur ce point : le courant « *Droit et Économie* » est un courant de pensée fondamentalement plus large que l'« *analyse économique du droit* »²⁰⁸. Il existe ainsi, en France, une erreur préjudiciable de conception à laquelle la présente recherche cherchera à remédier²⁰⁹.

72. De ce point de vue, il est significatif de noter que le courant « *Law & Economics* » est bien plus ancien que l'avènement de l'analyse économique du droit²¹⁰. Sans qu'il soit nécessaire ici de revenir sur les rapports qu'ont toujours entretenus le droit et l'économie dans l'histoire²¹¹, il faut noter que du point de vue scientifique, le courant « *Droit et Économie* » est issu de l'ancienne économie institutionnelle, que l'on qualifie aujourd'hui d'« *Old Law & Economics* »²¹², par opposition à l'analyse économique du droit, qualifiée de « *New Law & Economics* » aux États-Unis²¹³.

Cette théorie a connu son apogée dans les années 1930²¹⁴ et c'est son auteur de référence,

²⁰⁴ COHEN-TANUGI L., « Droit civil contre *common law* : un faux débat », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, p. 25.

²⁰⁵ *V.*, parmi de nombreux autres exemples MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 6 ; *Adde* DAINTITH T., « Problèmes et chances de l'analyse économique du droit en Europe », *RIDE*, 1991, p. 314 ; *Adde* FEREY S., *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, *op. cit.*, p. 3 ; *Adde* PÉRÈS C., « Rapport introductif », *op. cit.*, pp. 2-3 ; *Adde* LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, *op. cit.*, p. 9, qui décide d'utiliser l'expression analyse économique du droit de manière générique, à la place de l'expression « *Droit et Économie* », admettant que l'utilisation d'un pluriel aurait été plus adaptée. Ce choix paraît pourtant peu pertinent car porteur d'une confusion que l'auteur de cette thèse ne semble pourtant pas faire, même s'il néglige dans ses développements les différences existant entre les théories.

²⁰⁶ HOVENKAMP H., « The First Great Law & Economics Movement », *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, p. 993.

²⁰⁷ DU MARAIS B., « Quand des juristes rencontrent des économistes », *op. cit.*, p. 114.

²⁰⁸ ACKERMAN B. A., « Deux sortes de recherches en "Droit et économie" », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, p. 429 ; *Adde* CHÉROT J.-Y., « Trois thèses de l'analyse économique du droit. Quelques usages de l'approche économique des règles juridiques », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, p. 443 ; *Adde* DAINTITH T., « Problèmes et chances de l'analyse économique du droit en Europe », *article précité*, p. 317 et pp. 332-333.

²⁰⁹ DEFFAINS B., FEREY S., « Théorie du droit et analyse économique », *Droits*, 2007, p. 225.

²¹⁰ HOVENKAMP H., « The First Great Law & Economics Movement », *article précité*, pp. 993-1058 ; *Adde* KIRAT T., « L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 343 ; *Adde* DESCHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *op. cit.*, p. 2541.

²¹¹ Sur ce point, *V.*, DESCAMPS O., « Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie par le droit », in S. Bollée, Y.-M., Laithier, C. Pérès (dirs.), *L'efficacité économique du droit*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2010, pp. 23-39.

²¹² HOVENKAMP H., « The First Great Law & Economics Movement », *article précité*, pp. 993-1058.

²¹³ MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, *op. cit.*, p. 51.

²¹⁴ *Ibid.*, pp. 101-102.

J. R. Commons²¹⁵, qui a le premier systématisé le concept de « *Droit et Économie* »²¹⁶. Or, historiquement, l'économie institutionnelle était un courant progressiste, favorable à l'intervention de la réglementation pour augmenter la justice sociale²¹⁷. Le concept central de cette théorie était en effet le « *legal-economic nexus* », principe selon lequel les dimensions économique et juridique des phénomènes sociaux sont indissociables²¹⁸. De ce point de vue, l'ancienne économie institutionnelle était donc très éloignée de l'analyse économique du droit²¹⁹.

73. En somme, la doctrine française ignore malheureusement toute l'étendue du « *Droit et Économie* », ce qui la prive de la possibilité d'en explorer toutes les potentialités. Au contraire, la présente recherche prend en compte la diversité de ce courant de pensée et essaie d'en tirer profit pour définir la régulation²²⁰. Il convient donc de présenter les théories économiques retenues et les théories économiques exclues dans le cadre de la présente étude.

ii. Les théories économiques retenues par la recherche

74. Seul un nombre limité de théories économiques ont pour objet la régulation au sens juridique du terme. Il s'agit de l'analyse économique du droit, prise notamment dans sa branche de l'économie des réseaux, d'une part, et de l'économie néo-institutionnelle, d'autre part.

En premier lieu, la présente recherche rendra compte de l'analyse économique du droit, courant dominant du « *Law & Economics* »²²¹, qui a conduit à la remise en cause des solutions antérieurement admises sur le fondement du monopole naturel. Celle-ci tend aujourd'hui à reprendre à son profit les analyses d'une de ses branches, l'économie des réseaux, spécialisée dans l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux²²².

En second lieu, la recherche utilisera l'économie néo-institutionnelle. L'économie néo-institutionnelle est une théorie économique dont l'objet est d'« *étudier les institutions et la façon dont les institutions interagissent avec les arrangements organisationnels* »²²³. Cette théorie prend de plus en plus

²¹⁵ CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, Paris, La découverte, « Repères », 2007, pp. 7-4 ; Adde HOVENKAMP H., « The First Great Law & Economics Movement », *article précité*, pp. 993-1058.

²¹⁶ COMMONS J. R., « Law and Economics », *Yale Law Journal*, 1925, p. 371.

²¹⁷ HOVENKAMP H., « The First Great Law & Economics Movement », *article précité*, pp. 993-1058.

²¹⁸ MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, *op. cit.*, pp. 110-111.

²¹⁹ KIRAT T., « L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit », *op. cit.*, p. 344.

²²⁰ *Contra V.*, GUÉNOD C., *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel. Modèles communautaire et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, *op. cit.*, p. 29, qui ne rend compte que de l'économie des réseaux en tant que théorie économique constituée, et ne prend que des éléments épars des autres modèles, sans chercher à les confronter entre eux.

²²¹ *V.*, parmi de nombreux autres exemples, ACKERMAN B. A., « Deux sortes de recherches en "Droit et économie" », *op. cit.*, p. 429 ; Adde CHÉROT J.-Y., « Trois thèses de l'analyse économique du droit. Quelques usages de l'approche économique des règles juridiques », *op. cit.*, p. 443 ; Adde FERREY S., *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, *op. cit.*, p. 2.

²²² KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, *op. cit.*, pp. 149-152 ; Adde MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 108.

²²³ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, p. 1.

d'importance, notamment en matière de régulation des marchés²²⁴.

Au contraire, la présente thèse exclura les autres théories économiques qui, quoique relevant du « *Droit et Économie* » et présentant un intérêt du point de vue des rapports entre le droit et l'économie, ne concernent pas directement la régulation au sens juridique.

iii. Les théories économiques exclues de la recherche

75. Certaines branches du « *Droit et Économie* » peuvent être dès à présent exclues du champ de la présente recherche dans la mesure où elles ne présentent pas d'intérêt particulier du point de vue du débat relatif à la régulation juridique.

76. Tout d'abord, sera exclue de la présente recherche l'une des théories les plus controversées de l'analyse économique du droit, la « *Nouvelle Économie Comparative* »²²⁵, et notamment son courant dit de la « *théorie des origines légales* » qui défend la supériorité du *common law*²²⁶. C'est cette théorie économique qui fonde les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale²²⁷, en ce qu'elle a pour objet de mesurer et de comparer l'efficacité des institutions des différents pays du monde²²⁸. Si cette théorie économique soulève des débats fondamentaux sur les rapports entre le droit et l'économie tant du point de vue économique²²⁹ que du point de vue juridique²³⁰, elle ne concerne aucunement la régulation et sera donc exclue de la présente étude.

77. Ensuite, sera exclue de la présente recherche une théorie économique que l'on pourrait à première vue penser pertinente, puisqu'elle est nommée « *théorie de la régulation* »²³¹. Cette théorie économique spécifiquement française²³² s'est développée à partir des années soixante-dix²³³ et

²²⁴ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, pp. 13-14.

²²⁵ DJANKOV S., GLAESER E., LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F., SHLEIFER A., « The New Comparative Economics », *Policy Research Working Paper No. 3054*, 27 p.
Disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=390760#PaperDownload.

²²⁶ RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », *op. cit.*, p. 2513.

²²⁷ KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, *op. cit.*, p. 164 ; RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », *op. cit.*, p. 2513.

²²⁸ DJANKOV S., GLAESER E., LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F., SHLEIFER A., « The New Comparative Economics », *article précité*, p. 2 et s.

²²⁹ *V.*, parmi de nombreux autres exemples MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, pp. 7-8 ; Adde MATTEI U., *Comparative law and economics*, Michigan, The University of Michigan Press, 1998, pp. 69-75 et pp. 77-86 ; Adde RUBIN P., « Legal Systems as Frameworks for Market Exchanges », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 221-222.

²³⁰ *V.*, parmi de nombreux autres exemples FRISON-ROCHE M.-A., « L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Économie », 2005, p. 19 ; Adde BARRIERE F., DIDIER P., DUPICHOT P., FAUVARQUE-COSSON B., *et al.*, *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Paris, Société de législation comparée, « Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », 2006, pp. 8-9 et pp. 113-127.

²³¹ *V.*, notamment CHEVALLIER J., « De quelques usages du concept de régulation », *op. cit.*, p. 79 ; Adde CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 10 et s.

²³² CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 81-97.

²³³ BOYER R., *La théorie de la régulation : une analyse critique*, Paris, Agalma/La découverte, 1987, pp. 7-8 ; Adde CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 81-97.

constitue aujourd'hui un champ marginal de la théorie économique²³⁴, même si ses défenseurs plaident encore en faveur de sa pertinence²³⁵.

La théorie de la régulation est une macro-économie à vocation positive et historique²³⁶. Elle se donne pour vocation principale de rechercher si et à quelles conditions les institutions du capitalisme peuvent être viables²³⁷, et a pour objet premier l'analyse des crises et du rôle de celles-ci dans la formation des institutions capitalistes²³⁸. La régulation est alors définie de manière très large comme la « *conjonction des mécanismes concourant à la reproduction d'ensemble, compte tenu des structures économiques et des formes sociales en vigueur* »²³⁹. Une telle définition conduit cette théorie à étudier un nombre d'objets d'analyse très divers, comme le marché²⁴⁰, la concurrence²⁴¹, le régime monétaire²⁴², l'étude des rapports sociaux²⁴³, le fordisme²⁴⁴, etc.

Au contraire, les tenants de la théorie de la régulation rejettent la définition de la régulation en tant qu'intervention de l'État, politique publique et réglementation²⁴⁵. Ils considèrent ainsi tout à fait explicitement que la théorie économique de la régulation n'a rien à voir avec les procédés de déréglementation ou plus généralement de prise en charge par les pouvoirs publics de services publics, notamment par le biais d'une autorité administrative indépendante²⁴⁶.

Dès lors, nonobstant sa dénomination même, la théorie de la régulation n'a aucun rapport avec la notion juridique de régulation²⁴⁷ et sera donc à ce titre exclue de la présente recherche.

78. En définitive, la présente thèse s'intéressera aux rapports entre le droit administratif et l'analyse économique du droit, prise notamment dans sa branche de l'économie des réseaux, ainsi qu'aux rapports entre le droit administratif et l'économie néo-institutionnelle. Il reste à déterminer le champ matériel d'une telle recherche.

²³⁴ CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 81-97.

²³⁵ BOYER R., « Postface à l'édition de 2002. La théorie de la régulation à l'épreuve des années quatre-vingt-dix », in R. Boyer, Y. Saillard (dirs.), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La découverte, « Recherches », 2002, pp. 521-556.

²³⁶ BOYER R., « Avant-propos à la seconde édition », in R. Boyer, Y. Saillard (dirs.), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La découverte, « Recherches », 2002, p. 6 ; *Adde* CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, p. 81.

²³⁷ BOYER R., *Théorie de la régulation. 1. Les fondamentaux*, Paris, La découverte, 2004, p. 26.

²³⁸ BOYER R., *La théorie de la régulation : une analyse critique*, *op. cit.*, p. 8.

²³⁹ *Ibid.*, p. 30.

²⁴⁰ BOYER R., *Théorie de la régulation. 1. Les fondamentaux*, *op. cit.*, p. 16.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 18 et s.

²⁴² *Ibid.*, p. 14 et s.

²⁴³ *Ibid.*, p. 33 et s.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 61 et s.

²⁴⁵ BOYER R., *La théorie de la régulation : une analyse critique*, *op. cit.*, p. 30.

²⁴⁶ BOYER R., « Avant-propos à la seconde édition », *op. cit.*, pp. 5-6.

²⁴⁷ LOMBARD M., « Introduction générale », *op. cit.*, pp. 2-3.

2. Champ matériel de la recherche

79. Le champ matériel de la recherche doit résulter directement de la problématique retenue. Dès lors, suivant le raisonnement traditionnellement utilisé par la doctrine juridique²⁴⁸, la présente recherche induira une définition de la régulation à partir du droit des communications électroniques et du droit de l'électricité (a), puis en vérifiera déductivement la pertinence sur d'autres champs présumés objets de régulation (b).

a. Une définition induite du droit des communications électroniques et de l'électricité

80. La doctrine utilise traditionnellement le raisonnement inductif²⁴⁹ afin de systématiser les données éclatées du droit positif²⁵⁰. La présente recherche procédera à cette induction sur la base du droit des communications électroniques et du droit de l'électricité, car il s'agit des secteurs d'analyse de la régulation privilégiés aussi bien en droit public économique qu'en théorie économique.

81. Tout d'abord, le choix de ces secteurs d'étude est justifié par le fait que c'est à partir de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau que la problématique de la régulation s'est définitivement imposée en droit public²⁵¹. Celle-ci a en effet profondément transformé l'organisation de l'État et du service public en France, caractérisée d'abord par un État interventionniste et par la présence de services publics nationaux disposant d'un monopole²⁵².

82. Ensuite, ces secteurs sont les secteurs d'analyse privilégiés de la théorie économique en matière de régulation.

D'une part, l'économie des réseaux est née au milieu des années quatre-vingt précisément à l'occasion du démantèlement d'AT&T aux États-Unis, c'est-à-dire à propos de l'ouverture à la concurrence des communications électroniques²⁵³. Cette théorie a aujourd'hui pour objet de régir l'ensemble des industries de réseaux, d'abord les communications électroniques et ensuite les autres secteurs, notamment l'électricité²⁵⁴.

D'autre part, l'économie néo-institutionnelle s'analyse largement comme une réaction à

²⁴⁸ DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 171, 1994, p. 22.

²⁴⁹ *Ibid.*, pp. 25-26.

²⁵⁰ CHEVALLIER J., « Conclusion générale. Les interprètes du droit », in Y. Poirmeur, A. Bernard (coors.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, pp. 267-268 et p. 276.

²⁵¹ MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, pp. 12-13.

²⁵² NICINSKI S., *Droit public des affaires*, *op. cit.*, pp. 19-21.

²⁵³ KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, *op. cit.*, p. 149 ; Adde PERROT A., BUREAU D., « Régulation des entreprises de réseau : présentation générale », in *Régulation des entreprises de réseaux, Économie et Prévision*, 1995, n°119, p. 57.

²⁵⁴ MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 108.

l'incapacité de l'économie des réseaux à rendre compte de l'ouverture à la concurrence du marché électrique, et apparaît aujourd'hui comme le modèle économique dominant dans cette matière²⁵⁵. Elle est cependant de plus en plus utilisée également pour rendre compte des problèmes les plus récents de la régulation des communications électroniques, même si l'économie des réseaux demeure ici le modèle très largement dominant²⁵⁶.

83. La régulation des communications électroniques et la régulation de l'électricité constituent donc les champs principaux de l'étude, à partir desquels la catégorie juridique de régulation sera élaborée. La validité de celle-ci sera ensuite vérifiée déductivement.

b. Une définition vérifiée déductivement dans les autres secteurs régulés

84. Classiquement, la doctrine, une fois qu'elle a dégagé les solutions qu'elle recherchait par la voie inductive, doit les appliquer pour que celles-ci produisent des effets et procède alors par voie déductive²⁵⁷. La définition d'une catégorie juridique n'est en effet pertinente que si elle permet de prendre en compte l'ensemble des phénomènes qui en relèvent²⁵⁸. Dès lors, la validité de la définition de la régulation retenue sera testée sur les secteurs les plus directement concernés par la régulation, ce qui implique d'exclure d'autres secteurs du champ de la présente recherche.

85. Tout d'abord, la présente étude doit intégrer les autres secteurs que la doctrine, ou au moins une partie d'entre elle, qualifie de *secteurs régulés*. Seront donc inclus dans la présente recherche les secteurs dont la qualification de régulation fait l'objet de controverses, comme le droit de l'audiovisuel, le droit de la concurrence, et le droit des marchés financiers. Il s'agira ici de vérifier si la définition proposée permet de justifier que l'on qualifie ces secteurs de secteurs régulés.

Ensuite, devront également être intégrés à la présente étude les secteurs qui ont fait l'objet d'une qualification récente de régulation, comme le droit des activités ferroviaires²⁵⁹, le droit des mesures techniques et plus largement de la propriété intellectuelle²⁶⁰, ou encore le droit des jeux

²⁵⁵ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *Revue économique*, 2002, p. 433.

²⁵⁶ *V.*, par exemple QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », *article précité*, pp. 65-82 ; *Adde* GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 432 ; *Adde* DANG-NGUYEN G., PENNARD T., « Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droits de propriété », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, pp. 297-316.

²⁵⁷ DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁸ LATOURNERIE R., « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *article précité*, p. 98 ; *Adde* EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, Tome XI, La logique du droit, 1966, pp. 27-28.

²⁵⁹ *V.*, Code des transports, article L. 2131-1 et s. Anciennement, loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, créant l'autorité de régulation des activités ferroviaires, l'ARAF.

²⁶⁰ Cette compétence est aujourd'hui confiée à HADOPI après avoir été confiée à une autorité spécifique, l'autorité de régulation des mesures techniques, l'ARMT. *V.*, Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-13.

en ligne²⁶¹. Il s'agira ici de vérifier que la définition proposée permet de rendre compte de l'extension de la notion de régulation à ces champs nouveaux.

86. Il est cependant impossible d'intégrer l'ensemble des secteurs d'études potentiels à la présente recherche, alors que le champ de la régulation ne cesse de s'étendre et reste indéterminé²⁶².

Tout d'abord, il faut noter que la régulation étant entendue dans la présente thèse comme une catégorie rendant compte d'institutions administratives particulières²⁶³, les secteurs de la poste ou du gaz ne seront pas étudiés matériellement en ce qu'ils n'apporteraient guère à l'analyse, étant pris en charge par des autorités faisant déjà l'objet d'une étude au titre de la régulation des communications électroniques et de l'électricité.

Ensuite, seront exclus les autres secteurs dans lesquels on trouve des autorités administratives indépendantes, dont la multiplication, souvent constatée et parfois dénoncée²⁶⁴, rend inenvisageable une étude globale, et l'on essaiera de démontrer que cette exclusion se justifie théoriquement. Seront ainsi exclus les domaines de la protection des données personnelles, de la défense des droits, de la sûreté nucléaire, etc. De ce point de vue, il faut souligner particulièrement l'exclusion du secteur de la santé, dont la qualification de régulation peut faire débat, mais qui est bien trop vaste et spécifique pour être traité dans le champ de la présente étude²⁶⁵.

87. L'objet de la recherche, à savoir l'élaboration d'une institution juridique de régulation par le biais d'une méthode juridique ouverte sur les théories économiques, se trouve donc précisément délimité. Il est dès lors possible de formuler les hypothèses de la recherche.

Section II. Hypothèses de la recherche

88. Le constat de la diversité du courant « *Law & Economics* » est sans doute rendu difficile par le manque de consensus des économistes s'agissant de la classification des courants de pensée économique relative au droit²⁶⁶. Il existe tout de même un consensus minimal sur le fait que le courant « *Law & Economics* » se compose de deux branches tout à fait distinctes : une branche néo-classique, d'une part, et une branche institutionnelle, d'autre part²⁶⁷. En effet, la théorie économique relative au droit se trouve en réalité traversée des mêmes lignes de clivages qui caractéri-

²⁶¹ Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, créant l'autorité de régulation des jeux en ligne, l'ARJEL.

²⁶² *V.*, par exemple FRISON-ROCHE M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », *op. cit.*, pp. 53-64.

²⁶³ *Cf. Infra.*

²⁶⁴ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Tome 1, Rapport, 2006*, 136 p. ; Adde DOSIÈRE R., VANNESTE C., *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, 450 p.

²⁶⁵ *V.*, VIDAL L., « Trois années de régulation de la santé », *op. cit.*, pp. 237-238.

²⁶⁶ KIRAT T., *Économie du droit, op. cit.*, p. 7 ; Adde MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism, op. cit.*, pp. 51-190 ; Adde OGUS A., FAURE M., *Économie du droit : le cas français, op. cit.*, pp. 1-176.

²⁶⁷ *V.*, KIRAT T., *Économie du droit, op. cit.*, pp. 11-12.

sent la science économique en général²⁶⁸.

Or, cette distinction est fondamentale parce qu'elle repose notamment sur la place qui est faite au droit au sein de ces théories économiques²⁶⁹. Elle ne peut donc être négligée, alors qu'elle est passée sous silence dans la très grande majorité des travaux d'analyse économique du droit. En effet, s'il peut être légitime pour un juriste d'avoir quelques réticences vis-à-vis de l'analyse économique du droit, celles-ci sont bien moins justifiées en ce qui concerne les théories institutionnelles²⁷⁰ qu'il faut alors privilégier.

89. Ainsi, la présente recherche adopte pour hypothèse qu'une analyse juridique ouverte sur la théorie économique permet d'abord une déconstruction de la catégorie juridique de régulation par la démonstration de l'échec, au minimum partiel, des méthodes existantes d'étude des rapports entre le droit et de l'économie, fondées en droit sur les méthodes substantielle et réaliste et en économie sur l'analyse économique du droit (§1).

Ensuite, elle pose comme hypothèse qu'il est à l'inverse possible de procéder à une reconstruction de la catégorie juridique de régulation sur la base du dialogue entre le droit et la théorie économique, à condition d'adopter une méthode nouvelle, l'analyse néo-institutionnelle du droit, qui permet une communication particulière entre le droit et la théorie économique néo-institutionnelle (§2).

§ 1. L'hypothèse de la déconstruction des définitions de la régulation fondées sur les méthodes existantes

90. L'approche pluridisciplinaire est avant toute chose une question de méthode²⁷¹. Or, on peut émettre l'hypothèse que la notion de régulation peut être déconstruite par la démonstration de l'échec partiel des méthodes actuelles d'étude des rapports entre le droit et l'économie. En effet, les méthodes proposées par la doctrine juridique française, dites substantielle ou réaliste, échouent notamment en ce qu'elles ne permettent pas de prendre en compte la théorie économique (A), tandis que l'analyse économique du droit n'est rien de plus qu'une théorie économique

²⁶⁸ MILLARD E., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, p. 25-26.

²⁶⁹ FRYDMAN B., « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Éditions, 2000, p. 26.

²⁷⁰ V., par exemple DAINTTT T., « Problèmes et chances de l'analyse économique du droit en Europe », *article précité*, p. 332 ; Adde FRISON-ROCHE M.-A., « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *op. cit.*, pp. 16-17 ; Adde DEFFAINS B., FERREY S., « Théorie du droit et analyse économique », *article précité*, p. 224 et 225.

²⁷¹ MOULY C., « Présentation », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, p. 413 ; Adde ATIAS C., « Sur E. Mackaay et St. Rousseau, Analyse économique du droit », Paris, Dalloz, Éditions Thémis, 2008 », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, p. 2469 ; Adde MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. xxi.

ayant pour objet le droit, ce qui ne permet pas de définir la régulation en droit en raison de l'autonomie de ce dernier (B).

A. L'hypothèse de l'incapacité des méthodes substantielles à prendre en compte la théorie économique

91. Les méthodes d'étude des rapports entre le droit et l'économie proposées par la doctrine française (1) ne peuvent pas répondre à l'objectif de construction d'une institution juridique sur la base de l'étude des rapports entre le droit et l'économie car elles ne permettent guère de prendre en compte la théorie économique (2).

1. Les méthodes proposées par la doctrine française

92. Aujourd'hui, l'un des modèles dominants utilisé en France pour étudier les rapports entre le droit et l'économie est le droit économique et sa méthode substantielle (a), qui trouve un certain prolongement chez les partisans de l'analyse économique du droit (b).

a. La méthode substantielle du droit économique

93. Le droit économique est une méthode juridique née de l'idée générale que le droit est nécessaire à l'économie et agit sur elle²⁷². Concept allemand à l'origine²⁷³, il s'est ensuite étendu aux pays de l'ex-Union Soviétique²⁷⁴ puis aux autres pays occidentaux, dont la France²⁷⁵. Son sens est cependant loin d'être univoque²⁷⁶. Si certains auteurs considèrent que le droit économique n'est qu'un droit appliqué à l'économie, la plupart voient dans le droit économique une méthode juridique particulière²⁷⁷.

94. Cette dernière conception du droit économique, même s'il n'est pas à l'origine de sa création²⁷⁸, est portée dans la doctrine française par Gérard Farjat. Pour cet auteur, le droit économique est une branche du droit autonome²⁷⁹, ayant pour particularité de mêler des considérations économiques et juridiques, entraînant alors une recomposition du système juridique²⁸⁰. D'autres

²⁷² JACQUEMIN A., SCHRANS G., *Le droit économique*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1974, 2^{ème} Ed., pp. 5-7.

²⁷³ *Ibid.*, pp. 7-8 ; Adde FARJAT G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, pp. 20-23.

²⁷⁴ FARJAT G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, pp. 20-23 ; Adde BOY L., *Droit économique*, Lyon, L'Hermès, 2002, p. 7.

²⁷⁵ V., JACQUEMIN A., SCHRANS G., *Le droit économique*, *op. cit.*, pp. 52-86.

²⁷⁶ BOY L., *Droit économique*, *op. cit.*, p. 7.

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 36-37.

²⁷⁸ Le premier effort de systématisation juridique du droit économique est attribué à F. de Kiraly. V., DE KIRALY F., « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1977, pp. 111-123.

²⁷⁹ FARJAT G., « La notion de droit économique », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Économie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 31-32 ; Adde BOY L., *Droit économique*, *op. cit.*, pp. 42-44.

²⁸⁰ FARJAT G., « La notion de droit économique », *op. cit.*, p. 45 et s.

auteurs le rejoignent en considérant toutefois le droit économique non comme une branche du droit autonome mais comme une discipline, ayant pour spécificité sa méthode²⁸¹.

En toute hypothèse, la caractéristique la plus importante du droit économique est bien sa méthode, dite substantielle²⁸². Il s'agit d'une méthodologie juridique²⁸³ systématisée par Gérard Farjat, qui la définit de la manière suivante : l'« *analyse substantielle consiste à analyser, à qualifier, ou à critiquer, des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par un examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons : droit substantiel ou "matériel". Cette analyse s'oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle* »²⁸⁴. Cette analyse s'oppose donc au positivisme juridique²⁸⁵ et se rapproche des méthodes de type réaliste, au sens américain de ce terme²⁸⁶, c'est-à-dire des méthodes fondées sur la prééminence des faits au détriment des catégories formelles²⁸⁷.

95. Cette méthode part en effet du constat de la faillite des catégories formelles du droit dans le domaine économique, dans le sens où nombre d'entre elles ne sont plus adaptées aux faits²⁸⁸. Elle défend alors l'idée selon laquelle, dès qu'une contradiction trop forte apparaît entre une catégorie juridique et l'évolution des faits, il faut privilégier ces derniers²⁸⁹. De nombreux concepts classiques sont ainsi remis en cause, comme la distinction entre le droit privé et le droit public, la théorie des sources du droit, les concepts de propriété, de contrat, etc.²⁹⁰. De ce point de vue, l'analyse substantielle a vocation à déconstruire²⁹¹.

Cependant, une fois le concept déconstruit, le droit économique cherche à le reconstruire²⁹² en créant de nouvelles catégories pertinentes au regard des faits²⁹³. Cette méthode de l'analyse substantielle permet alors, pour ses partisans, de prendre en compte, mieux que toute

²⁸¹ JACQUEMIN A., SCHRANS G., *Le droit économique*, *op. cit.*, pp. 85-124 ; *Adde* CHAMPAUD C., « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, pp. 215-220 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique*, Paris, PUF « Quadrige », 2005, pp. 20-21.

²⁸² SUEUR J.-J., « Droit économique et méthodologie du droit », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 294.

²⁸³ *Ibid.*, p. 283.

²⁸⁴ FARJAT G., « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 1986, p. 9.

²⁸⁵ SUEUR J.-J., « Droit économique et méthodologie du droit », *op. cit.*, p. 293.

²⁸⁶ CHAMPAUD C., « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 69-109.

²⁸⁷ V., JESTAZ P., JAMIN C., *La doctrine*, Paris, Dalloz, « La méthode du droit », 2004, pp. 265-306 ; *Adde* SÈVE R., *Philosophie et théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 135-136.

²⁸⁸ RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *article précité*, p. 259.

²⁸⁹ FARJAT G., « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *article précité*, p. 13.

²⁹⁰ RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *article précité*, pp. 263-273.

²⁹¹ BOY L., *Droit économique*, *op. cit.*, p. 54.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ SUEUR J.-J., « Droit économique et méthodologie du droit », *op. cit.*, pp. 294-295.

autre, les considérations économiques²⁹⁴. Cela conduit le droit économique à voir en la régulation une nouvelle forme de normativité²⁹⁵.

b. La méthode réaliste des partisans de l'analyse économique du droit

96. Une telle approche trouve aujourd'hui un écho dans la doctrine juridique et économique favorable à l'analyse économique du droit. Pour ces auteurs, seule une perspective de type réaliste, c'est à dire une approche consistant à se dégager des structures formelles du droit et à privilégier les faits, serait apte à traiter le droit en adéquation avec les faits sociaux et par voie de conséquence avec l'économie²⁹⁶. Cette position connaît aujourd'hui un certain succès puisqu'elle est adoptée dans certaines thèses récentes d'analyse économique du droit soutenues par des juristes²⁹⁷, ou dans certains travaux récents qui proposent d'utiliser l'analyse économique du droit comme une théorie de l'interprétation juridique²⁹⁸.

97. La doctrine propose donc majoritairement d'adopter un cadre méthodologique substantiel pour traiter des rapports entre le droit et l'économie. Cependant, cette méthode, si elle apparaît nécessaire, reste néanmoins insuffisante.

2. Des méthodes nécessaires mais non suffisantes

98. La démarche proposée majoritairement par la doctrine juridique française apparaît nécessaire (a) mais elle est connaît plusieurs limites qui la rendent insuffisante (b).

a. Des méthodes nécessaires

99. L'approche proposée par le droit économique et les partisans de l'analyse économique du droit apparaît nécessaire car il est bien sûr indispensable de prendre en compte les faits dans le cadre d'une théorie juridique. Cela est particulièrement vrai en droit économique, les catégories juridiques en cette matière laissant une très grande place aux faits de manière générale²⁹⁹,

²⁹⁴ FARJAT G., « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *op. cit.*, pp. 29-30 ; Adde SUEUR J.-J., « Droit économique et méthodologie du droit », *op. cit.*, p. 294.

²⁹⁵ Cf. *Supra*.

²⁹⁶ V., notamment KIRAT T., VIDAL L., « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », *op. cit.*, pp. 77-78 ; Adde JEAMMAUD A., « L'interdisciplinarité, épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Éditions, 2000, pp. 220-227 ; Adde KIRAT T., SERVERIN E., « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », *op. cit.*, pp. 18-10.

²⁹⁷ V., LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, *op. cit.*, pp. 49-100 ; Adde GUÉNOD C., *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel. Modèles de l'Union européenne et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, *op. cit.*, pp. 32-33.

²⁹⁸ DEFFAINS B., FEREY S., « Théorie du droit et analyse économique », *article précité*, pp. 225-226 et pp. 239-243.

²⁹⁹ FARJAT G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, pp. 121-123.

l'exemple le plus significatif étant bien sûr ici celui du droit de la concurrence³⁰⁰. C'est aussi le cas en ce qui concerne le droit de la régulation, caractéristique de l'utilisation de certaines méthodes d'élaboration du droit proche des faits³⁰¹. Une approche ouverte sur les faits apparaît donc indispensable pour traiter des rapports entre le droit et l'économie. Elle est cependant insuffisante en raison des limites méthodologiques qui la grèvent.

b. Des méthodes non suffisantes

100. Si les méthodes substantielles sont utiles, elles constituent cependant un échec relatif³⁰². Elles souffrent en effet de limites méthodologiques tant du point de vue strictement juridique que s'agissant de leur capacité à prendre en compte la théorie économique, notamment normative.

101. D'une part, les méthodes proposées par la doctrine majoritaire ne sont pas suffisantes parce qu'elles sont fondées sur une critique systématique du positivisme juridique³⁰³. Pour ces auteurs, l'incapacité du système juridique français à prendre en compte l'économie est liée à l'incapacité du positivisme juridique, dans sa logique formelle, à intégrer les faits et leur articulation avec l'économie³⁰⁴. Sur ce point, ces auteurs prennent d'ailleurs appui sur le précédent américain, notamment la pensée de Posner qui se qualifiait lui-même de pragmatique et qui avait dû, pour imposer l'analyse économique du droit, procéder d'abord à la déconstruction du modèle du positivisme juridique alors dominant aux États-Unis³⁰⁵.

Cependant, une telle position pose des problèmes méthodologiques sérieux. Tout d'abord, elle néglige la tradition positiviste du droit français qu'il n'est pas possible d'écarter si facilement³⁰⁶. Ensuite, elle a tendance à négliger le droit positif, ce qui l'expose à être démentie

³⁰⁰ LE BERRE C., *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université Paris X Nanterre, 2006, pp. 26-30 et p. 31 et s.

³⁰¹ RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *article précité*, p. 285.

³⁰² OPPEIT B., « Droit et économie », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Économie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, p. 21.

³⁰³ MUIR-WATT H., « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 2000, p. 43.

³⁰⁴ KIRAT T., VIDAL L., « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », *op. cit.*, pp. 77-78 ; Adde JESTAZ P., « Jurisprudence et Économie », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 2000, pp. 82-85 ; Adde KIRAT T., SERVERIN E., « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », *op. cit.*, pp. 10-11.

³⁰⁵ *V.*, par exemple DESCHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *op. cit.*, pp. 2544-2546 ; Adde MILLARD E., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *op. cit.*, p. 2524 ; Adde CHÉROT J.-Y., « Le "concept de droit" hartien et l'analyse économique du droit », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2529-2530. *V.*, pour une analyse historique de cette période, FERREY S., *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, *op. cit.*, pp. 170-180.

³⁰⁶ CHÉROT J.-Y., « Le "concept de droit" hartien et l'analyse économique du droit », *op. cit.*, pp. 2529-2530.

par les faits juridiques³⁰⁷. Cette approche apparaît donc limitée du point de vue du droit, dont la force normative ne peut être systématiquement tenue en échec à défaut de perdre toute utilité.

102. D'autre part, contrairement à ce qu'elles affirment, les méthodes substantielles ne permettent pas de prendre en compte l'économie de manière satisfaisante. S'intéresser à l'économie et aux faits économiques ne suffit pas. Il faut également s'ouvrir à la théorie économique. En effet, seule la théorie économique dispose à la fois d'une méthode positive, c'est-à-dire ayant pour objet de décrire l'économie telle qu'elle est, et d'une vocation normative, c'est-à-dire ayant pour but de déterminer l'économie qu'elle devrait être dans une optique d'efficacité³⁰⁸. Dès lors, c'est en réalité davantage de la théorie économique que de l'économie au sens strict qu'il faut rendre compte dès lors qu'on cherche à établir une définition juridique de la régulation qui soit également pertinente économiquement. Ainsi, la prise en compte des faits est quelque chose de tout à fait différent de la prise en compte de la théorie économique³⁰⁹. Au contraire, la théorie économique a vocation à transformer les faits dans une optique d'efficacité, le cas échéant par le biais du droit, ce qui relève nécessairement d'une approche normative³¹⁰ distincte de l'approche positive. Ainsi, il est faux de prétendre que Posner ait été un pragmatique, tant cette idée est contraire au caractère nécessairement normatif de l'analyse économique du droit³¹¹. Une démarche exclusivement substantielle ne suffit donc pas, car la méthode doit également pouvoir être normative.

103. En somme, les méthodes substantielles semblent insuffisantes pour prendre en compte la théorie économique, et donc permettre la construction d'une catégorie juridique sur la base de l'étude des rapports entre le droit et l'économie. En outre, l'analyse économique du droit est elle-même peu capable d'offrir un cadre d'analyse pertinent de ces rapports.

B. L'hypothèse de la déconstruction des définitions de la régulation fondées sur l'analyse économique du droit

104. L'autre modèle dominant d'étude des rapports entre le droit et l'économie est, y compris pour une part importante de la doctrine française, l'analyse économique du droit (1). Pourtant, on

³⁰⁷ RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *article précité*, pp. 267-269.

³⁰⁸ LEHMANN E., « Régulation économique et démocratie politique : un point de vue d'économiste », *op. cit.*, p. 52.

³⁰⁹ CHÉROT J.-Y., « Le droit de l'Union européenne de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel ? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 573-577 ; *Adde* KOVAR R., « "Je t'aime moi non plus" : sur les rapports difficiles mais néanmoins nécessaires entre l'économie et le droit de la concurrence », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 2000, p. 58.

³¹⁰ DESCHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *op. cit.*, pp. 2550-2552.

³¹¹ KIRAT T., « Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique », disponible sur www.idhe.enscachan.fr/TexteKirat.pdf, 15 p. ; *Adde* DESCHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *op. cit.*, pp. 2550-2551.

peut émettre l'hypothèse que celle-ci n'est guère adaptée à un enrichissement mutuel du droit et de l'économie (2).

1. L'analyse économique du droit, méthode d'analyse de la régulation

105. L'analyse économique du droit est une théorie économique néoclassique (a) dont l'une des branches spécialisées, l'économie des réseaux, s'applique en matière de régulation (b).

a. Présentation de l'analyse économique du droit

106. Le courant « *Droit et Économie* », s'il est un courant hétérogène³¹², connaît une branche dominante, dite « *Economic analysis of law* »³¹³, c'est-à-dire l'analyse économique du droit, dont la figure de proue est Posner³¹⁴.

L'analyse économique du droit est une branche de l'économie néo-classique³¹⁵. Elle adopte ainsi les hypothèses et les objectifs propres à cette dernière. D'une part, elle considère les individus comme rationnels et maximisateurs, c'est-à-dire orientés vers l'objectif d'allocation optimale des ressources. D'autre part, elle a vocation à dégager les solutions efficientes s'agissant du droit, c'est-à-dire qu'elle propose que les acteurs du droit décident des règles à appliquer en fonction de l'objectif d'efficience³¹⁶.

107. En matière de régulation, l'analyse économique du droit propose une diminution du rôle de l'État³¹⁷ et la privatisation des entreprises³¹⁸. Au demeurant, elle s'est longtemps contentée de préconiser une concurrence pour le marché par le biais de contrats de concession³¹⁹, ce en quoi elle apparaît aujourd'hui dépassée³²⁰. Néanmoins, elle intègre désormais en son sein les résultats de l'une de ses branches spécialisées, l'économie des réseaux³²¹.

³¹² V., parmi de nombreux autres exemples MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, *op. cit.*, p. ix ; Adde MACKAAY E., « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », *op. cit.*, p. 421 ; Adde BERGEL J.-L., CHÉROT J.-Y., « Avant-propos », *op. cit.*, p. 2455 ; Adde FERÉY S., *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, *op. cit.*, pp. 239-277.

³¹³ V., parmi de nombreux autres exemples, ACKERMAN B. A., « Deux sortes de recherches en «Droit et économie» », *op. cit.*, p. 429 ; Adde CHÉROT J.-Y., « Trois thèses de l'analyse économique du droit. Quelques usages de l'approche économique des règles juridiques », *op. cit.*, p. 443 ; Adde FERÉY S., *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, *op. cit.*, p. 2.

³¹⁴ V., POSNER R., *Economic analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, 2007, 7^{ème} Ed., 787 p.

³¹⁵ MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, *op. cit.*, p. 57 ; Adde CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, p. 5.

³¹⁶ POSNER R., *Economic analysis of Law*, *op. cit.*, pp. 10-15.

³¹⁷ *Ibid.*, pp. 277-414.

³¹⁸ *Ibid.*, pp. 277-293.

³¹⁹ *Ibid.*, pp. 277-414.

³²⁰ KIRAT T., « L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit », *op. cit.*, p. 343.

³²¹ MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 108 ; Adde KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, *op. cit.*, pp. 149-152.

b. Présentation de l'économie des réseaux

108. Née au milieu des années 1980 aux États-Unis suite au démantèlement d'AT&T et apparue en France au début des années 1990³²², l'économie des réseaux est la théorie économique qui a servi de référence à l'ouverture à la concurrence des monopoles publics³²³. Cette théorie remet en effet en cause l'existence des monopoles naturels et considère qu'il est possible de mettre en œuvre la concurrence sur ces marchés³²⁴.

Cette ouverture à la concurrence se fait alors en trois temps. Dans un premier temps, l'État doit adopter les règles minimales permettant la concurrence, comme la séparation des activités de réseaux et de services³²⁵ et les règles d'interopérabilité des réseaux³²⁶. Dans un second temps est mise en œuvre une régulation dite *ex ante*, qui consiste à confier à un régulateur sectoriel la tâche d'ouvrir le secteur à la concurrence par le recours à des règles spéciales³²⁷. Enfin, dans un troisième temps, cette régulation *ex ante* disparaît au profit d'une régulation *ex post*, c'est-à-dire au profit d'une application *a posteriori* des seules règles du droit de la concurrence par l'autorité de la concurrence³²⁸. De ce point de vue, pour une partie de la doctrine, la régulation au sens juridique correspond surtout à la régulation *ex ante* au sens de l'économie des réseaux³²⁹.

109. L'analyse économique du droit, prise notamment en sa branche de l'économie des réseaux, propose donc un modèle précis en matière de régulation. Cependant, on peut poser l'hypothèse que ce modèle se trouve dans l'incapacité de servir à la définition de la régulation en droit en raison des trop nombreuses limites méthodologiques de l'analyse économique du droit.

2. Les limites méthodologiques de l'analyse économique du droit

110. L'analyse économique du droit connaît de nombreuses limites méthodologiques, tant en ce qui concerne ses hypothèses (a) qu'en ce qui concerne ses résultats (b), qui l'empêchent de prétendre pouvoir servir à la définition de la régulation en droit.

³²² KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, *op. cit.*, p. 149 ; Adde PERROT A., BUREAU D., « Régulation des entreprises de réseau : présentation générale », *op. cit.*, p. 57.

³²³ PÉNARD T., « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *RIDE*, 2002, p. 294.

³²⁴ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 46.

³²⁵ *Ibid.*, p. 72.

³²⁶ LASSERRE B., « Régulation, mode d'emploi », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs*, *Sociétal*, n°30, 2000, pp. 77-79.

³²⁷ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 79.

³²⁸ *V.*, parmi de nombreux autres exemples, LASSERRE B., « Régulation, mode d'emploi », *article précité*, pp. 77-79 ; Adde BERGOUGNOUX J., « Comment le régulateur gagnera sa légitimité », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs*, *Sociétal*, n°30, 2000, p. 61.

³²⁹ *Cf. Supra.*

a. Les limites méthodologiques des hypothèses de l'analyse économique du droit

111. L'analyse économique du droit est souvent rejetée en théorie du droit³³⁰ d'abord au regard de ses hypothèses. Ainsi, les hypothèses du choix rationnel et de l'efficacité sont critiquées pour leur irréalisme³³¹ et leur indifférence vis-à-vis des valeurs³³², notamment celles de justice³³³, de solidarité³³⁴ et de redistribution des richesses³³⁵, en somme vis-à-vis de l'intérêt général³³⁶. Ces différents arguments, de facture classique, ont connu un nouveau succès suite à la parution des rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale³³⁷.

112. Ces critiques semblent fondées. En effet, sans qu'il soit nécessaire de partager l'approche morale du droit souvent défendue en philosophie ou en théorie du droit, il reste que l'efficacité n'est pas l'objectif unique du système juridique, quelle que soit la conception, jusnaturaliste ou plus positiviste, que l'on retient du droit³³⁸. Or, la contestation des hypothèses de l'analyse économique du droit entraîne nécessairement la contestation de ses résultats.

b. Les limites méthodologiques des résultats de l'analyse économique du droit

113. L'analyse économique peut bien sûr être utile pour améliorer l'efficacité des règles juridiques, ce qui peut être souhaitable³³⁹. De ce point de vue, l'analyse économique du droit ne doit

³³⁰ OPPETIT B., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 67-70 et p. 161 et s. ; Adde SÈVE R., *Philosophie et théorie du droit*, *op. cit.*, pp. 71-74.

³³¹ COPPENS P., « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, « Droit économique », 2002, pp. 219-221.

³³² OPPETIT B., « Droit et économie », *op. cit.*, p. 26 ; Adde COPPENS P., « État, marché et institutions », *RIDE*, 2007, p. 295 ; Adde FAIRGRIEVE D., MUIR WATT H., *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, Paris, PUF, « Droit et justice », 2006, pp. 47-54.

³³³ SÈVE R., *Philosophie et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 71 ; Adde ATTAS C., « Sur E. Mackaay et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Éditions Thémis, 2008 », *op. cit.*, p. 2472 ; Adde PÉRÈS C., « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 18.

³³⁴ COPPENS P., « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit », *op. cit.*, pp. 220-221.

³³⁵ COPPENS P., « État, marché et institutions », *article précité*, pp. 295-296.

³³⁶ REMICHE B., « Droit économique, marché et intérêt général », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 253-260.

³³⁷ *V.*, parmi d'autres exemples CANIVET G., FRISON-ROCHE M.-A., « Présentation de l'ouvrage », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Économie », 2005, p. vii ; Adde COHEN D., « Du choix des critères d'évaluation à une conception de la fonction du droit », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Économie », 2005, pp. 96-98.

³³⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit », *op. cit.*, p. 20 ; Adde MILLARD E., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *op. cit.*, p. 2527 ; Adde RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », *op. cit.*, pp. 2509-2510 et pp. 2516-2517.

³³⁹ RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », *op. cit.*, pp. 2509-2510 et pp. 2514-2515 ; Adde CANIVET G., « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *op. cit.*, p. 26.

pas être rejetée. Cependant, cela ne doit pas conduire à accepter sans réserve l'ensemble de ses résultats, tant du point de vue normatif que du point de vue positif.

114. En premier lieu, l'analyse économique du droit présente des limites du point de vue normatif. En effet, elle ne permet pas de déterminer aisément ce qui doit être³⁴⁰, dans la mesure où elle n'est pas homogène et connaît des controverses quant à la solution considérée comme efficiente³⁴¹. En outre, l'efficacité peut être difficile à calculer³⁴². Enfin, l'efficacité n'est pas la seule variable à prendre en compte si le système juridique comporte d'autres objectifs³⁴³. On rejoint ici la critique de l'analyse économique du droit positive.

115. En second lieu, du point de vue positif, l'analyse économique du droit prétend que le droit a pour logique même l'efficacité économique. Cette thèse, d'abord élaborée pour le *common law* par Posner – on parle de théorie de l'efficacité du *common law*³⁴⁴ – consiste à considérer que le droit va « mimer le marché », c'est-à-dire qu'il tend à poursuivre un objectif d'efficacité économique³⁴⁵. Dans un tel système de pensée, la théorie économique apparaît comme une nouvelle théorie du droit³⁴⁶, et le droit comme une « théorie économique appliquée »³⁴⁷.

De ce point de vue, il est significatif de souligner que cette thèse a été récemment reprise par des juristes dans le cadre des systèmes de droit civil³⁴⁸. En effet, Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau considèrent, dans ce qu'ils analysent comme le premier manuel d'analyse économique du droit spécifiquement adapté aux systèmes de droit civil³⁴⁹, que la plupart des institutions du droit civil sont élaborées dans un but d'efficacité économique³⁵⁰. Ils vont même jusqu'à voir dans

³⁴⁰ MILLARD E., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *op. cit.*, p. 2527.

³⁴¹ RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », *op. cit.*, pp. 2509-2510 et p. 2518; *Adde* DESCHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *op. cit.*, p. 2562 ; *Adde* JAMIN C., « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », *op. cit.*, pp. 57-58.

³⁴² Sur ce point, *V.*, PERROT A., « Les critères d'appréciation de l'efficacité économique de la règle de droit », in S. Bollée, Y.-M., Laithier, C. Pérès (dirs.), *L'efficacité économique du droit*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2010, pp. 41-48.

³⁴³ FRISON-ROCHE M.-A., « L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit », *op. cit.*, p. 20 ; *Adde* RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », *op. cit.*, pp. 2509-2510 ; *Adde* MILLARD E., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *op. cit.*, p. 2527.

³⁴⁴ POSNER R., *Economic analysis of Law*, *op. cit.*, p. 249.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 250.

³⁴⁶ MILLARD E., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *op. cit.*, p. 2526 ; *Adde* DESCHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *op. cit.*, p. 2542 et p. 2547 ; *Adde* ATIAS C., « Sur E. Mackaay et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Éditions Thémis, 2008 », *op. cit.*, p. 2473.

³⁴⁷ DESCHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *op. cit.*, p. 2554 ; *Adde* DANET D., « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *RIDE*, 1993, p. 13.

³⁴⁸ LANNEAU R., « Analyse économique et analyse juridique du droit », *RRJ*, 2008, pp. 1866-1867.

³⁴⁹ *V.*, notamment MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. xxi ; *Adde* MACKAAY E., « Remarques introductives », *op. cit.*, p. 2465.

³⁵⁰ MACKAAY E., « Remarques introductives », *op. cit.*, pp. 2461-2468 ; *Adde* BERGEL J.-L., CHÉROT J.-Y., « Avant-propos », *op. cit.*, p. 2457.

l'analyse économique du droit la rationalité même du système juridique³⁵¹, à l'instar de la théorie de Posner pour le *common law*.

Cependant, une telle conception du droit pose de sérieux problèmes méthodologiques puisqu'elle revient à nier l'autonomie du système juridique³⁵², ce qui apparaît incompatible avec les systèmes de droit civil³⁵³ qui, peut-être à la différence des pays de *common law*, n'ont pas besoin de trouver en dehors du droit leur logique³⁵⁴, en ce qu'ils donnent en dernière analyse le pouvoir au politique et non à l'économiste³⁵⁵.

116. En somme, il est inexact de prétendre que l'économie du droit relève d'un « *entre-deux* » entre l'économie et le droit³⁵⁶, ou qu'il est possible de réaliser une « *hybridation* » des raisonnements économique et juridique³⁵⁷. L'analyse économique du droit est une théorie économique et n'est ni une théorie juridique ni une théorie pluridisciplinaire³⁵⁸.

Dès lors, son statut vis-à-vis du droit devrait être sensiblement le même que celui de la sociologie juridique, de la philosophie du droit, de l'histoire du droit, etc.³⁵⁹, c'est-à-dire celui d'une discipline annexe au droit, utile à la détermination de l'efficacité économique de celui-ci, mais cantonnée à sa fonction³⁶⁰. Ainsi, l'économiste doit être, vis-à-vis du système juridique, un expert comme un autre³⁶¹.

Mais si l'on admet cela, tout en maintenant la volonté d'opérer un enrichissement mutuel du droit et de la théorie économique, la question se pose alors de savoir quel modèle d'étude des rapports entre ces deux disciplines adopter. Il faut donc poser de nouvelles hypothèses. La présente recherche propose ici le modèle de l'*analyse néo-institutionnelle du droit*, qui permet une communication entre le droit et, spécifiquement, la théorie économique néo-institutionnelle.

³⁵¹ MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, pp. 6-7.

³⁵² MILLARD E., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *op. cit.*, p. 2526 ; *Adde* DES-CHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *op. cit.*, p. 2544 ; *Adde* COPPENS P., « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit », *op. cit.*, p. 211.

³⁵³ MUIR-WATT H., « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *op. cit.*, pp. 42-44.

³⁵⁴ *Ibid.*, pp. 42-44 ; *Adde* CHÉROT J.-Y., « Le "concept de droit" hartien et l'analyse économique du droit », *op. cit.*, pp. 2529-2530.

³⁵⁵ PFERSMANN O., « Qu'entend-on exactement par l'expression "concurrence des systèmes juridiques" », *op. cit.*, p. 2596 ; *Adde* MILLARD E., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *op. cit.*, p. 2527 ; *Adde* DANET D., « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *article précité*, p. 19 et pp. 23-24.

³⁵⁶ MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. xxi.

³⁵⁷ DU MARAIS B., *Droit public de la régulation économique*, *op. cit.*, p. 3.

³⁵⁸ LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, *op. cit.*, pp. 47-346.

³⁵⁹ ATIAS C., « Sur E. Mackaay et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Éditions Thémis, 2008 », *op. cit.*, p. 2475.

³⁶⁰ LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, *op. cit.*, pp. 501-566.

³⁶¹ DANET D., « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *article précité*, p. 23.

§2. L'hypothèse de la reconstruction de la régulation par l'analyse néo-institutionnelle du droit

117. Le choix d'une méthode doit être pensé en fonction de l'objet pour lequel elle est utilisée³⁶². Suivant ce principe, on proposera ici, aux fins de construire une catégorie juridique de régulation également pertinente économiquement, d'utiliser une méthode nouvelle, dite *analyse néo-institutionnelle du droit* (A). Cette méthode permet d'opérer une communication fructueuse avec l'économie néo-institutionnelle, branche du « *Droit et Économie* » (B).

A. L'hypothèse de l'analyse néo-institutionnelle du droit

118. S'il est nécessaire d'utiliser le courant « *Droit et Économie* » dans le cadre de la présente recherche, il reste indispensable de le dépasser³⁶³. En effet, l'autonomie du système juridique vis-à-vis du système économique suppose que les juristes, et non seulement les économistes, s'emparent de la question des rapports entre le droit et l'économie³⁶⁴.

Cependant, la doctrine juridique française n'a guère repensé le cadre intellectuel de l'interdisciplinarité entre le droit et l'économie dans le cadre particulier du droit français³⁶⁵, alors même que l'analyse économique du droit a été conçue dans le cadre du *common law*³⁶⁶. Dès lors, il est probable que la mauvaise intégration en France de cette interdisciplinarité soit finalement autant liée à des raisons idéologiques³⁶⁷ qu'à l'absence de méthodologie spécifiquement adaptée au système juridique français³⁶⁸.

La présente thèse propose alors de nouvelles hypothèses méthodologiques en créant et en utilisant la méthode de l'*analyse néo-institutionnelle du droit*, qui consiste en *l'étude des institutions juridiques conçues comme des ordres juridiques autopoïétiques ordonnés à la réalisation d'une fonction sociale détermi-*

³⁶² ATIAS C., « Sur E. Mackaay et St. Rousseau, Analyse économique du droit, Paris, Dalloz, Éditions Thémis, 2008 », *op. cit.*, p. 2469.

³⁶³ MILLARD E., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *op. cit.*, p. 2528 ; Adde KIRAT T., VIDAL L., « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », *op. cit.*, p. 77.

³⁶⁴ MACKAAY E., « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », *op. cit.*, p. 425. *V.*, également LE BERRE C., *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 20-28.

³⁶⁵ RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », *op. cit.*, p. 2521.

³⁶⁶ *V.*, par exemple FRISON-ROCHE M.-A., « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *op. cit.*, p. 21 ; Adde JAMIN C., « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », *op. cit.*, p. 55 ; Adde MACKAAY E., « Remarques introductives », *op. cit.*, p. 2466.

³⁶⁷ *V.*, parmi de nombreux autres exemples MUIR-WATT H., « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *op. cit.*, pp. 37-38 ; Adde MACKAAY E., « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », *op. cit.*, p. 420. *V.*, en outre, pour une analyse mettant en avant la différence du statut du juge, DAIN'TITH T., « Problèmes et chances de l'analyse économique du droit en Europe », *article précité*, p. 322 et p. 329.

³⁶⁸ *V.*, pour la même analyse RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », *op. cit.*, p. 2521 ; Adde DEFFAINS B., FERREY S., « Théorie du droit et analyse économique », *article précité*, p. 225 ; Adde DEFFAINS B., « Introduction », *op. cit.*, p. 6.

née. Cette théorie consiste donc à envisager l'étude des institutions juridiques (1) conçues en tant qu'ordres juridiques autopoïétiques (2).

1. La théorie de l'institution, fondement de l'analyse néo-institutionnelle du droit

119. Ainsi que l'a souligné Jean-Yves Chérot, il aurait été surprenant que le droit français ne dispose en lui-même d'aucun instrument pour appréhender les théories économiques³⁶⁹. Cet instrument nous semble être la théorie de l'institution d'Hauriou. En effet, cette théorie sert de fondement à l'analyse néo-institutionnelle du droit car il s'agit d'une théorie de droit administratif français permettant de construire des catégories juridiques rationnelles (a) et parce que celle-ci est par nature ouverte sur les autres sciences sociales (b).

a. Une théorie de droit administratif français permettant la construction de catégories juridiques rationnelles

120. En premier lieu, la théorie de l'institution doit être adoptée car il s'agit d'une méthode parfaitement adaptée à la construction de catégories juridiques rationnelles en droit administratif français. D'une part, il s'agit d'une théorie permettant la construction d'authentiques catégories juridiques, puisque l'institution est selon Hauriou une « *construction juridique systématique et raisonnée* »³⁷⁰, un « *état de droit* »³⁷¹. D'autre part, cette construction est spécifiquement adaptée au droit administratif français³⁷², puisqu'elle a été créée à partir de l'analyse du droit administratif³⁷³ et a servi à l'élaboration de la plupart des notions de droit administratif³⁷⁴.

Dès lors, la théorie de l'institution constitue le fondement approprié à cette recherche d'« *identité propre* »³⁷⁵ nécessaire au droit administratif français dans le cadre de son rapport avec le système économique et notamment en son sein la théorie économique.

b. Une théorie ouverte sur les autres sciences sociales

121. En second lieu, la théorie de l'institution est adaptée à la création d'une théorie juridique ouverte à la théorie économique. En effet, cette théorie est par nature ouverte à la pluridiscipli-

³⁶⁹ CHÉROT J.-Y., « Le "concept de droit" hartien et l'analyse économique du droit », *op. cit.*, p. 2529.

³⁷⁰ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1907, 6^{ème} Ed., pp. ix-x.

³⁷¹ HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », Recueil de législation de Toulouse, deuxième série, Tome II, 1906, pp. 135-136 ; *Adde* HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 8 et p. 17.

³⁷² MARTY G., « La théorie de l'institution », in G. Marty, A. Brimo (dirs.), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Éditions A. Pedone, 1969, p. 32.

³⁷³ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. xi.

³⁷⁴ SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 147-148.

³⁷⁵ DEFFAINS B., « Introduction », *op. cit.*, p. 6.

rité puisqu'elle a été élaborée sur la base de réflexions intégrant la sociologie et la philosophie³⁷⁶, respectivement en ce que l'institution, « *organisation sociale* »³⁷⁷, est fondée sur « *une idée d'œuvre ou d'entreprise* »³⁷⁸, qui détermine le fonctionnement de l'ordre juridique institutionnel³⁷⁹.

Finalement, utiliser la théorie de l'institution aux fins d'ouvrir le droit au système économique n'est qu'un prolongement de la pensée d'Hauriou, qui était lui-même profondément partisan de l'interdisciplinarité³⁸⁰.

122. En somme, la théorie de l'institution constitue le fondement adéquat d'une méthode de droit administratif ouverte à l'économie. Elle doit cependant être complétée par la théorie autopoïétique du droit afin de disposer des clés conceptuelles permettant d'opérer une communication avec le système économique.

2. La nature autopoïétique de l'ordre juridique institutionnel

123. L'analyse néo-institutionnelle du droit complète l'analyse institutionnelle classique en proposant de concevoir l'ordre juridique institutionnel comme un ordre juridique autopoïétique (b) suivant les principes de la théorie autopoïétique du droit (a).

a. La théorie autopoïétique du droit

124. La théorie autopoïétique du droit est une théorie du droit récente. Elle fournit un cadre d'analyse permettant d'envisager le droit en tant que système autoréférentiel, ce qui permet de respecter l'autonomie du système juridique (i). Cependant, elle a également pour vocation d'expliquer les rapports entre le droit et le reste du système social, et dégage alors les clés permettant de conceptualiser la communication du droit avec son environnement (ii).

³⁷⁶ ARCHAMBAULT P., « Préface », in M. HAURIOU., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 6 ; *Adde* HECQUARD-THÉRON M., *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 1977, tome CXXVI, p. 124 ; *Adde* MARTY G., « La théorie de l'institution », *op. cit.*, p. 31 ; *Adde* MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *article précité*, pp. 386-387.

³⁷⁷ HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *op. cit.*, pp. 135-136 ; *Adde* HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, p. 8.

³⁷⁸ HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *op. cit.*, p. 96.

³⁷⁹ *Ibid.*, pp. 97-98 et p. 102 ; *Adde* TANGUY Y., « L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d'une doctrine », *RDJ*, 1991, p. 67 ; *Adde* MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *article précité*, p. 393.

³⁸⁰ MARTY G., « La théorie de l'institution », *op. cit.*, p. 31 ; *Adde* TANGUY Y., « L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d'une doctrine », *article précité*, p. 63.

i. L'auto-référentialité du droit

125. L'utilisation du terme autopoïèse, issu de la cybernétique et de la biologie, désigne un processus d'autoreproduction³⁸¹. Son utilisation en droit suppose que lui soit trouvé un fondement propre aux sciences sociales³⁸². Celui-ci se trouve, selon Luhmann, dans le processus d'évolution des sociétés³⁸³ et notamment le phénomène de différenciation fonctionnelle³⁸⁴, c'est-à-dire que la vocation d'un système autopoïétique est de réduire la complexité du monde par la différenciation et la spécialisation de ce système³⁸⁵.

Tous les systèmes étant spécialisés, ils se caractérisent, d'une part, par leur focalisation sur des problèmes spécifiques, et d'autre part, par une indifférence s'agissant des autres problèmes³⁸⁶. Cette spécialisation fonctionnelle se traduit par la détermination de solutions élaborées en fonction d'un code binaire correspondant à leur fonction, c'est-à-dire, s'agissant du droit, le code légal/illégal³⁸⁷. Le droit a en effet pour fonction de déterminer les attentes de comportement dites normatives, par opposition aux attentes de comportement dites cognitives, celles-ci se différenciant par leur maintien ou non en cas de déception³⁸⁸.

126. L'existence de ce codage va permettre de considérer le droit comme un système, c'est-à-dire, au-delà de la polysémie de ce concept³⁸⁹, et pour en adopter une définition tout à fait minimale, comme un ensemble caractérisé par l'unité³⁹⁰. En effet, le codage va assurer deux fonctions corollaires. D'une part, il va établir la clôture du système à l'endroit de son environnement. D'autre part, il va assurer la cohérence interne du système³⁹¹.

En premier lieu, le système est caractérisé par une clôture normative³⁹². Seules les communications susceptibles d'être traitées selon le code légal/illégal pourront être prises en charge

³⁸¹ V., pour un historique de la naissance de cette notion dans ces disciplines, ROTTLEUTHNER H., « Les métaphores biologiques dans la pensée juridique », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 215-244.

³⁸² LUHMANN N., « Le droit comme système social », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, p. 58.

³⁸³ LUHMANN N., « Le droit comme système social », *op. cit.*, pp. 68-70.

³⁸⁴ Niklas Luhmann, in « Die Moderne moderner Gesellschaften », cité in GUIBENTIF P., « Introduction », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, p. 14.

³⁸⁵ LUHMANN N., « Le droit comme système social », *op. cit.*, p. 59 ; Adde GARCIA AMADO J. A., « La société et le droit chez Luhmann », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, pp. 108-109.

³⁸⁶ GARCIA AMADO J. A., « La société et le droit chez Luhmann », *op. cit.*, p. 110.

³⁸⁷ LUHMANN N., « Le droit comme système social », *op. cit.*, p. 61.

³⁸⁸ FRYDMAN B., « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », *op. cit.*, p. 29 ; Adde GARCIA AMADO J. A., « La société et le droit chez Luhmann », *op. cit.*, p. 133.

³⁸⁹ GRZEGORCZYK C., « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 281-301.

³⁹⁰ LUHMANN N., « L'unité du système juridique », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 163-165.

³⁹¹ LUHMANN N., « Le droit comme système social », *op. cit.*, p. 61.

³⁹² LUHMANN N., « Clôture et couplage », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, p. 82.

par le système, tandis que celles ne le pouvant pas en seront exclues³⁹³.

En second lieu, le système devient alors autoréférentiel, c'est-à-dire qu'il se caractérise par un état de reproduction et de stabilisation permanente selon un processus circulaire³⁹⁴. Dès lors, la validité du droit ne peut qu'être, elle aussi, autoréférentielle, c'est-à-dire que c'est le système juridique qui détermine lui-même sa propre validité, en somme que ce sont les normes qui déterminent la validité des autres normes³⁹⁵.

127. La théorie autopoïétique du droit conçoit donc le système juridique comme un système autoréférentiel, ce qui permet de garantir l'autonomie du système juridique. Cela n'empêche cependant pas cette théorie d'être ouverte sur l'environnement du droit, conformément aux souhaits de son créateur, lequel attachait une importance fondamentale à l'interdisciplinarité³⁹⁶.

ii. La communication du droit avec son environnement

128. La clôture normative du droit ne signifie pas que celui-ci se trouve coupé de son environnement³⁹⁷. Cependant, dans la mesure où le système juridique exploserait sous la pression de l'environnement s'il n'était pas clos normativement³⁹⁸, la prise en compte de l'environnement doit être prévue par les structures du système elles-mêmes³⁹⁹, c'est-à-dire qu'elle doit s'analyser en termes de communication et non en termes d'intrusion. De ce point de vue, le système ne peut communiquer avec les autres sous-systèmes sociaux que par le biais de ce que la théorie autopoïétique du droit nomme couplages structurels⁴⁰⁰.

Le concept de couplage structurel vise des modes de liaison entre les différents systèmes établissant des relations et communications entre eux, qui peuvent être soit des concepts, soit des institutions⁴⁰¹ parlant le langage de plusieurs sous-systèmes sociaux⁴⁰². C'est par l'intermédiaire de ces couplages structurels que le droit va recevoir des informations issues de l'environnement, avant que celles-ci ne soient retraitées par le système juridique⁴⁰³. En somme, il est nécessaire que

³⁹³ FRYDMAN B., « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », *op. cit.*, p. 30.

³⁹⁴ LUHMANN N., « L'unité du système juridique », *op. cit.*, p. 168 ; Adde TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1993, p. 29.

³⁹⁵ GARCIA AMADO J. A., « La société et le droit chez Luhmann », *op. cit.*, pp. 137-138.

³⁹⁶ CLAM J., *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », 1997, p. 246.

³⁹⁷ LUHMANN N., « L'unité du système juridique », *op. cit.*, pp. 167-168.

³⁹⁸ LUHMANN N., « Le droit comme système social », *op. cit.*, p. 60.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 64.

⁴⁰⁰ LUHMANN N., « Clôture et couplage », *op. cit.*, p. 86.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² WILLKE H., « Diriger la société par le droit ? », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, p. 193.

⁴⁰³ LUHMANN N., « Clôture et couplage », *op. cit.*, pp. 86-87.

soit mise en place une traduction de la communication de l'environnement dans le code binaire du droit⁴⁰⁴.

129. De ce point de vue, Teubner a utilement complété la théorie de Luhmann en développant le concept de coévolution, qui désigne l'évolution simultanée de deux systèmes distincts par le biais d'une communication continue s'opérant par l'intermédiaire des couplages structurels existant entre les deux systèmes⁴⁰⁵.

130. La théorie autopoïétique du droit fournit donc un cadre pertinent pour concevoir les rapports entre le droit et l'économie puisqu'elle permet une communication du droit avec son environnement tout en maintenant l'autonomie de celui-ci. De ce point de vue, elle semble progressivement s'imposer comme un cadre d'analyse majeur y compris pour les tenants du droit économique⁴⁰⁶. On le constate surtout dans l'évolution de la pensée de Gérard Farjat, qui considère le paradigme autopoïétique comme une voie médiane entre la domination du système juridique sur le système économique et la domination du système économique sur le système juridique⁴⁰⁷, et trouve dans les autorités administratives indépendantes, considérées alors comme des institutions intersystémiques, une illustration de ce principe⁴⁰⁸.

131. Cependant, seule, la théorie autopoïétique du droit n'est pas suffisante pour expliquer la dynamique propre d'une catégorie juridique. En effet, si elle a vocation à expliquer le fonctionnement du système juridique et la façon dont celui-ci communique avec d'autres systèmes sociaux, elle ne permet pas de dégager la rationalité propre d'une catégorie juridique particulière. Pour ce faire, il est nécessaire d'avoir recours à la théorie de l'institution.

Dès lors, l'élaboration d'une définition de la régulation sur la base de l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique doit être réalisée par l'utilisation, à la fois, de la théorie de l'institution et de la théorie autopoïétique du droit. Or, il apparaît que ces deux théories peuvent être combinées, ce qui permet de créer l'*analyse néo-institutionnelle du droit*.

b. Le renforcement de la théorie institutionnelle par la théorie autopoïétique du droit

132. Pour les institutionnalistes, la théorie d'Hauriou est moins un aboutissement qu'un point de départ à la recherche⁴⁰⁹. Ils estiment en effet que la théorie de l'institution doit être modern-

⁴⁰⁴ FRYDMAN B., « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », *op. cit.*, pp. 31-33.

⁴⁰⁵ TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁰⁶ SUEUR J.-J., « Droit économique et méthodologie du droit », *op. cit.*, p. 307 ; Adde BOY L., « Régulation et sécurité juridique », *op. cit.*, p. 346.

⁴⁰⁷ FARJAT G., « La notion de droit économique », *op. cit.*, p. 47.

⁴⁰⁸ FARJAT G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, pp. 26-41 et spécialement p. 29.

⁴⁰⁹ MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *article précité*, p. 385.

sée. Or, considérer l'ordre juridique institutionnel comme un ordre juridique autopoïétique est non seulement possible mais également souhaitable de ce point de vue.

133. En premier lieu, concevoir l'ordre juridique institutionnel comme un ordre juridique autopoïétique est possible. En effet, la théorie de l'institution et la théorie autopoïétique du droit peuvent se combiner. Tout d'abord, elles considèrent toutes deux que les institutions ont vocation à prendre en charge une fonction sociale déterminée, et s'enracinent de ce point de vue dans la sociologie⁴¹⁰. Ensuite, elles insistent ensemble sur la rationalité du système, fondée sur sa fonction, et sur l'autonomie de celui-ci vis-à-vis de l'extérieur, l'idée d'autoréférentialité de la théorie autopoïétique⁴¹¹ apparaissant très proche du principe posé par Hauriou selon lequel l'institution « se fonde et s'équilibre elle-même objectivement »⁴¹² et ne peut être appréhendée « qu'à la condition de l'enfermer rigoureusement dans le cercle de ses effets spécifiques »⁴¹³. Enfin, ces théories ont la même conception des moyens de l'interaction du système vis-à-vis de l'environnement puisque le concept de couplage structurel ressemble à l'idée d'« opérations à procédure » posée par Hauriou, qui désigne les règles de droit mises en œuvre afin de faire entrer dans l'institution les faits provenant de l'extérieur⁴¹⁴. Dès lors, le recours à la théorie autopoïétique du droit apparaît comme une manière pertinente et naturelle de moderniser la théorie de l'institution d'Hauriou.

134. En second lieu, concevoir l'ordre juridique institutionnel comme un ordre juridique autopoïétique est souhaitable. Cela permet en effet de réconcilier, alors qu'Hauriou le rejetait⁴¹⁵, la théorie de l'institution et le positivisme juridique, conformément au souhait d'une certaine partie de la doctrine institutionnaliste⁴¹⁶. Mais, surtout, c'est en termes de communication entre le droit et le système économique que l'apport de l'analyse néo-institutionnelle est le plus significatif.

En effet, la théorie autopoïétique du droit a été conçue, notamment, dans l'optique d'une communication entre les systèmes juridique et économique, Luhmann considérant l'économie

⁴¹⁰ Comparer d'une part SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, *op. cit.*, p. 147 et MARTY G., « La théorie de l'institution », *op. cit.*, p. 30 ; et d'autre part, CLAM J., *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, *op. cit.*, pp. 3-4.

⁴¹¹ Comparer avec LUHMANN N., « L'unité du système juridique », *op. cit.*, p. 168 et TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, *op. cit.*, p. 29.

⁴¹² HAURIOU M., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, 2^{ème} Ed., p. xvi et également, sous une forme quasi-identique, p. 155.

⁴¹³ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 5.

⁴¹⁴ HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *op. cit.*, p. 151 ; *Adde* HAURIOU M., *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 136.

⁴¹⁵ HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^{ème} Ed., pp. 8-12 ; *Adde* TANGUY Y., « L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d'une doctrine », *article précité*, p. 65 ; *Adde* MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *article précité*, p. 389.

⁴¹⁶ MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *article précité*, pp. 401-402 ; *Adde* CHEVALLIER J., « Droit, ordre, institution », *Droits*, n°10, 1989, p. 2 ; *Adde* MACCORMICK N., WEINBERGER O., « Introduction », in N. MacCormick, O. Weinberger (dirs.), *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, pp. 1-32 ; *Adde* WEINBERGER O., « Droit et connaissance du droit au regard du positivisme juridique institutionnaliste (PJI) », *Droits*, n°10, 1989, pp. 109-112.

comme un sous-système social dominant⁴¹⁷. Pour cet auteur, le droit peut communiquer avec l'économie dès lors que le système juridique a décidé de son activation en fonction de paramètres économiques⁴¹⁸ par le biais de couplages structurels comme la propriété ou le contrat⁴¹⁹. On peut ainsi considérer que ces deux systèmes s'échangent un certain nombre de solutions, qui sont ensuite retraitées respectivement selon le code légal/illégal, pour le système juridique, ou selon le code efficient/inefficient, pour le système économique.

135. En définitive, considérer l'institution comme un ordre juridique autopoïétique permet de compléter utilement la théorie de l'institution d'Hauriou dans une optique de communication avec la théorie économique. La reconstruction de la catégorie juridique de régulation se fera donc par le biais de l'*analyse néo-institutionnelle du droit*, c'est-à-dire de *l'étude des institutions juridiques conçues comme des ordres juridiques autopoïétiques ordonnés à la réalisation d'une fonction sociale déterminée*.

L'application de cette méthode spécifiquement juridique permet alors de mettre en œuvre une communication entre le droit et la théorie économique, et particulièrement l'une d'entre elles, la théorie économique néo-institutionnelle.

B. L'hypothèse de la communication de l'analyse néo-institutionnelle du droit et de l'économie néo-institutionnelle

136. On peut maintenant poser l'hypothèse que l'analyse néo-institutionnelle du droit permet d'opérer une communication pertinente (2) spécifiquement avec une théorie économique en particulier, l'économie néo-institutionnelle (1).

1. Présentation de l'économie néo-institutionnelle

137. L'économie néo-institutionnelle est aujourd'hui un cadre théorique en plein essor, notamment en matière de régulation⁴²⁰. Elle se définit comme la théorie économique qui « *étudie les institutions et la façon dont les institutions interagissent avec les arrangements organisationnels* »⁴²¹. L'économie néo-institutionnelle connaît donc deux versants interdépendants⁴²² : les institutions d'une part (a) et les organisations d'autre part⁴²³ (b).

⁴¹⁷ CLAM J., *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, *op. cit.*, p. 233.

⁴¹⁸ FRYDMAN B., « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », *op. cit.*, pp. 32-33.

⁴¹⁹ LUHMANN N., « Clôture et couplage », *op. cit.*, pp. 89-90.

⁴²⁰ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, pp. 13-14 ; *Adde* BROUSSEAU E., « Néo-institutionnalisme, prix et normativité », *Économies et Société*, « Oeconomia », Série Histoire de la pensée économique, P.E, n° 28, n°4/1999, p. 7 ; *Adde* GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 262.

⁴²¹ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

⁴²² CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 65-70.

⁴²³ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

a. L'analyse des institutions

138. L'économie néo-institutionnelle s'intéresse en premier lieu aux institutions, c'est-à-dire aux « règles du jeu »⁴²⁴. De ce point de vue, elle se trouve dans le prolongement de l'ancienne économie institutionnelle⁴²⁵, et se distingue de l'économie néo-classique⁴²⁶ en lui reprochant sa méconnaissance des institutions, du temps, et des idéologies⁴²⁷.

Les principales institutions sont alors les règles juridiques et, notamment, les droits de propriété⁴²⁸. En effet, la structure des droits de propriété est fondamentale parce qu'elle détermine les coûts de transaction et donc l'efficacité économique⁴²⁹.

139. En matière de régulation, l'économie néo-institutionnelle va alors préconiser la mise en œuvre d'un « *Market Design* », c'est-à-dire la construction d'un nouveau marché par le réaménagement des droits de propriété⁴³⁰.

b. L'analyse des organisations

140. L'économie néo-institutionnelle s'intéresse en second lieu aux organisations, c'est-à-dire à la façon dont sont mises en œuvre les règles du jeu⁴³¹. Le cadre de référence est ici la théorie des coûts de transaction d'Oliver Williamson⁴³², qui a reçu en 2009 le prix Nobel d'économie pour ses travaux sur les structures de gouvernance des transactions⁴³³.

Pour la théorie des coûts de transaction, les choix organisationnels sont justifiés par une volonté de diminution des coûts de transaction⁴³⁴. La normativité de cette théorie consiste alors à déterminer le meilleur arrangement organisationnel possible⁴³⁵, c'est-à-dire la structure de gouver-

⁴²⁴ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

⁴²⁵ CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, p. 64.

⁴²⁶ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

⁴²⁷ CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, p. 64.

⁴²⁸ MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, *op. cit.*, p. 131.

⁴²⁹ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 7.

⁴³⁰ V., parmi de nombreux autres exemples GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 262 ; *Adde* NEWBERY D., « Refining market Design », in J.-M. Glachant, F. Lévêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, p. 35 ; *Adde* GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », in J.-M. Glachant, F. Lévêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, p. 173.

⁴³¹ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

⁴³² V., notamment WILLIAMSON O. E., *Economic organization. Firms, markets and policy control*, New York, New York University Press, 1986, 310 p.

⁴³³ V., WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *Nobel Prize Lecture*, 8 December 2009, disponible sur : http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson-lecture.html.

⁴³⁴ SAUSSIER S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, Paris, La découverte, « Repères », 2007, p. 3.

⁴³⁵ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, p. 41.

nance des transactions qui permet d'exécuter au mieux la transaction tout en diminuant le plus possible les coûts de transaction⁴³⁶. Il s'agit du critère de la « *remédiabilité* »⁴³⁷.

141. En matière de régulation, l'économie néo-institutionnelle va alors proposer la mise en œuvre d'un « *Regulatory Design* », c'est-à-dire la réorganisation des différentes organisations en charge de la mise en œuvre des nouvelles règles du jeu aux fins d'obtenir la meilleure efficacité en termes de coûts de transaction⁴³⁸.

142. Ainsi, l'économie néo-institutionnelle constitue un cadre d'analyse économique de la régulation alternatif à l'analyse économique du droit. Or, on peut poser l'hypothèse qu'à la différence de cette dernière, l'économie néo-institutionnelle est capable de communiquer avec le droit de façon réellement constructive.

2. L'hypothèse de la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle

143. On peut enfin poser l'hypothèse de la bonne communication entre l'économie néo-institutionnelle et le droit, notamment si celui-ci est analysé sous l'angle de l'analyse néo-institutionnelle du droit. L'économie néo-institutionnelle est en effet une théorie économique par nature ouverte au droit (a), tandis qu'inversement, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet d'opérer une communication continue avec elle (b).

a. La possibilité d'une communication de l'économie néo-institutionnelle avec le droit

144. L'économie néo-institutionnelle est une théorie économique par nature ouverte au droit (i) ce qui au demeurant l'oppose frontalement à l'analyse économique du droit (ii).

i. L'ouverture sur le droit de l'économie néo-institutionnelle

145. L'économie néo-institutionnelle a ceci de remarquable qu'il s'agit d'une théorie véritablement pluridisciplinaire. C'est ce que soulignent ses représentants les plus éminents, notamment Coase et Williamson, tous deux Prix Nobel.

⁴³⁶ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *article précité*, p. 465.

⁴³⁷ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 59 ; *Adde* WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *article précité*, pp. 468-469.

⁴³⁸ *V.*, notamment GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, pp. 259-276 ; *Adde* LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », *in* B. Levy, P. T. Spiller (eds.), *Regulations, Institutions and Commitment, Comparative Studies of Telecommunications*, Cambridge, Cambridge University Press, USA, 1996, p. 4 ; *Adde* HOPE E., SINGH B., « Harmonizing an effective regulation in Europe », *in* J.-M. Glachant, F. Lévêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, p. 89.

Coase a d'abord affirmé le caractère pluridisciplinaire de l'économie néo-institutionnelle, comme cela apparaît très clairement dans son discours de Prix Nobel⁴³⁹, dans lequel il regrette que les économistes négligent les institutions et les organisations⁴⁴⁰. Lui met au contraire l'accent sur « *l'importance cruciale du système juridique* » dans un monde de coûts de transaction positifs⁴⁴¹.

Williamson va plus loin encore. Il ne cesse en effet d'affirmer que l'économie néo-institutionnelle est fondée sur un triptyque constitué de l'économie, du droit et de la science des organisations⁴⁴². Dans son discours de Prix Nobel, il a expressément qualifié l'économie néo-institutionnelle de « *projet interdisciplinaire* » comportant l'économie, la théorie des organisations et le droit⁴⁴³. Il a également pu regretter que l'économie néo-institutionnelle ne soit pas davantage utilisée dans le cadre de l'élaboration des politiques publiques⁴⁴⁴.

146. L'économie néo-institutionnelle dispose en effet des outils conceptuels qui font d'elle une théorie économique particulièrement ouverte au droit. En effet, l'objet même de l'économie néo-institutionnelle, à savoir l'étude des institutions et des organisations, rend par nature nécessaire la recherche au-delà de l'économie, notamment vers le droit⁴⁴⁵. En outre, ses hypothèses sont plus proches du droit⁴⁴⁶, notamment du fait de la prise en compte des institutions dans l'économie⁴⁴⁷. Enfin, le critère d'efficacité de la théorie des coûts de transaction, l'économie de coûts de transaction, apparaît plus proche de la fonction sociale du droit que l'impératif d'efficacité allocative davantage porté par l'analyse économique du droit⁴⁴⁸.

Or, par cette prise en compte du droit en son sein, l'économie néo-institutionnelle s'oppose frontalement à l'analyse économique du droit, démontrant que les réticences des juristes à l'endroit de cette dernière ne sauraient être transposables à son égard.

⁴³⁹ V., COASE R. H., « The Institutional Structure of Production » in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 31-39.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, pp. 31-33.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 37.

⁴⁴² WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, p. 115 ; *Adde* WILLIAMSON O. E., « Contract and economic organization », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, p. 58 ; *Adde* WILLIAMSON O. E., « Transaction cost economics : the precursors », in C. Ménard, M. Ghertman (eds.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 15-22.

⁴⁴³ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *article précité*, pp. 468-469.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 473.

⁴⁴⁵ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 2 ; *Adde* CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle, op. cit.*, p. 3.

⁴⁴⁶ COPPENS P., « État, marché et institutions », *article précité*, pp. 298-299.

⁴⁴⁷ DEFFAINS B., « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche, LPA*, 19 mai 2005, p. 11 ; *Adde* BOY L., *Droit économique, op. cit.*, p. 34 ; *Adde* COPPENS P., « État, marché et institutions », *article précité*, p. 306.

⁴⁴⁸ CANIVET G., « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *op. cit.*, pp. 24-25 ; *Adde* CENTI J.-P., « Quel critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit ? », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique, RRJ*, 1987, pp. 455-473.

ii. L'opposition de l'économie néo-institutionnelle et de l'analyse économique du droit

147. Il est significatif de noter que l'ouverture de l'économie néo-institutionnelle sur le droit l'oppose frontalement à l'analyse économique du droit.

De ce point de vue, il doit être souligné que cette opposition s'est cristallisée physiquement, dans le cadre d'un séminaire organisé en 1993 par une revue américaine consacré à la place de l'économie néo-institutionnelle dans le courant « *Law & Economics* ». Au cours de ce séminaire étaient présents les plus grands auteurs du courant du « *Law & Economics* » américain, notamment Posner, North, Coase, et Williamson⁴⁴⁹. Or, au cours de ce séminaire, Posner, représentant l'analyse économique du droit d'une part, et Coase et Williamson, représentant l'économie néo-institutionnelle d'autre part, se sont confrontés dans ce qui peut être considéré comme un événement historique de l'opposition entre ces deux courants.

148. Premier à intervenir, Posner fit valoir, critiquant ainsi les pensées de Coase⁴⁵⁰ et de Williamson, que l'économie néo-institutionnelle n'apportait rien de vraiment nouveau⁴⁵¹. Par ailleurs, il critiqua sévèrement l'idée de Williamson selon laquelle le droit serait de nature à enrichir la théorie économique, et considéra, au contraire, que l'économie suffisait à la compréhension du droit⁴⁵². S'emportant, il se laissa même aller à des attaques personnelles en soulignant la mauvaise influence qu'avait eu sur Williamson un professeur de droit à l'université⁴⁵³.

L'exposé de Posner mit dans un embarras certain le commentateur de sa contribution qui, malgré ses efforts gênés pour aplanir les différends⁴⁵⁴, ne réussit pas à éviter la contre-réaction de Coase, qui, quoique plus policée, n'en fut pas moins sévère.

149. Coase répondit en effet que Posner, qui avait fondé toute la théorie de l'analyse économique du droit sur son article fondateur relatif au problème du coût social⁴⁵⁵, avait tout simplement mal interprété sa pensée⁴⁵⁶. Il considéra alors, contrairement à Posner, que le droit a une

⁴⁴⁹ V., NORTH D. C., « Institutions and Credible Commitment », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 11-23 ; Adde POSNER R. A., « The New Institutional Economics Meets Law and Economics », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 73-87 ; Adde COASE R. H. « Coase on Posner on Coase », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 96-98 ; Adde WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics », *op. cit.*, pp. 99-118.

⁴⁵⁰ POSNER R. A., « The New Institutional Economics Meets Law and Economics », *op. cit.*, pp. 74-79.

⁴⁵¹ *Ibid.*, pp. 79-82.

⁴⁵² *Ibid.*, pp. 83-85.

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ SCOTT K. E., « The New Institutional Economics Meets Law and Economics. Comment » in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, p. 92.

⁴⁵⁵ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

⁴⁵⁶ COASE R. H. « Coase on Posner on Coase », *op. cit.*, pp. 96-98.

importance fondamentale dans la construction de la théorie économique⁴⁵⁷. Il donna alors très nettement raison à l'économie néo-institutionnelle, position qu'il avait déjà affirmée lors de son discours de Prix Nobel⁴⁵⁸, citant Williamson comme un des auteurs ayant parfaitement compris sa pensée⁴⁵⁹. Ce dernier pris alors sa suite pour répondre à Posner, mais de façon moins subtile.

150. Williamson commença en effet son exposé ironiquement, indiquant son admiration pour Posner et sa capacité à avoir un avis sur tout, et ce, rajouta-t-il, même si tous ces avis ne sont pas forcément éclairés⁴⁶⁰. Il développa ensuite son argumentaire, consistant à démontrer l'incompréhension par Posner des travaux de Coase, la tendance irrésistible de la théorie économique à admettre l'hypothèse de rationalité limitée et l'incompréhension par Posner de la théorie des coûts de transaction⁴⁶¹. Enfin, concernant plus spécifiquement son rapport au droit, Williamson répondit que son objectif était bien de combiner l'économie, le droit, et la théorie des organisations afin d'aboutir à un ensemble plus vaste que la somme de ses composantes, et qu'il assumait cette ambition en la considérant, à la différence de Posner, comme un progrès⁴⁶².

151. En somme, l'économie néo-institutionnelle se spécifie sans doute, au sein du champ de la théorie économique, par la très grande importance qu'elle accorde au droit. Elle dispose alors des outils conceptuels permettant d'envisager une communication, au sens de la théorie autopoïétique du droit, avec le droit et davantage encore avec l'analyse néo-institutionnelle du droit.

b. La possibilité d'une communication de l'analyse néo-institutionnelle du droit avec l'économie néo-institutionnelle

152. Conformément à l'intuition qu'ont pu avoir sur ce sujet certains institutionnalistes⁴⁶³, on peut poser l'hypothèse que l'économie néo-institutionnelle et l'analyse néo-institutionnelle du droit sont particulièrement capables de communiquer entre elles.

153. Ainsi, pour Teubner, la théorie autopoïétique du droit conduit d'abord à rejeter, parce qu'elles négligent la clôture normative du droit, les théories économiques qui considèrent le droit comme un simple objet de la théorie économique, à l'instar de l'analyse économique du droit de Posner⁴⁶⁴. En effet, dans la mesure où deux systèmes ne peuvent évoluer de concert⁴⁶⁵ que s'ils

⁴⁵⁷ COASE R. H. « Coase on Posner on Coase », *op. cit.*, pp. 96-98.

⁴⁵⁸ COASE R. H., « The Institutional Structure of Production » *op. cit.*, p. 37.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁶⁰ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics », *op. cit.*, p. 99 et s.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² *Ibid.*, p. 115.

⁴⁶³ V., MILLARD E., *Famille et droit public*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 182, 1995, pp. 14-15.

⁴⁶⁴ TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 91.

disposent pour ce faire des couplages structurels adéquats⁴⁶⁶, l'analyse économique du droit n'est pas recevable pour le système juridique⁴⁶⁷ dans la mesure où elle ne dispose pas des couplages structurels nécessaires à la communication entre le droit et l'économie⁴⁶⁸.

Cependant, au contraire, les théories économiques institutionnalistes sont pour Teubner capables de mettre en œuvre une véritable communication avec le droit⁴⁶⁹. Il considère ainsi explicitement que la théorie des coûts de transaction de Williamson est la théorie économique la plus intéressante dans une optique de communication avec le droit⁴⁷⁰. En effet, il sera démontré que les institutions, qui visent les règles du jeu et notamment les règles de droit, et les organisations, qui visent les organes créés pour mettre en œuvre ces règles de droit⁴⁷¹, sont autant de couplages structurels avec le droit permettant une coévolution continue entre les deux systèmes⁴⁷².

154. Au-delà, l'analyse néo-institutionnelle du droit, en tant qu'elle est fondée sur la théorie de l'institution et par conséquent sur la distinction entre le droit disciplinaire, c'est-à-dire les règles destinées à sanctionner l'idée d'œuvre de l'institution, et le droit statutaire, c'est-à-dire les règles régissant l'organisation de l'institution⁴⁷³, peut être couplée avec l'économie néo-institutionnelle au niveau le plus fondamental. La distinction entre le droit disciplinaire et le droit statutaire de l'institution rejoint en effet la distinction entre les institutions d'une part et les organisations d'autre part en économie néo-institutionnelle.

Ainsi, on peut émettre l'hypothèse que le droit disciplinaire, et donc l'aspect matériel de l'institution d'un côté, et les institutions au sens de l'économie néo-institutionnelle d'un autre côté, constituent des couplages structurels. Également, on peut émettre l'hypothèse que le droit statutaire, et donc l'aspect organique de l'institution d'un côté, et l'organisation au sens de l'économie néo-institutionnelle d'un autre côté, constituent aussi des couplages structurels. Dès lors, il apparaît que l'analyse néo-institutionnelle du droit et l'économie néo-institutionnelle se trouvent couplées au niveau le plus fondamental de leur structure, ce qui permet de poser l'hypothèse de leur communication voire de leur coévolution.

Enfin, la parenté de nom, analyse néo-institutionnelle du droit d'un côté et économie néo-institutionnelle d'un autre côté, achèvera de marquer l'hypothèse de la bonne communication entre ces deux théories. Néanmoins, il faut sans doute se garder de franchir le pas, par rigueur méthodologique autant que par prudence, de proposer de fonder une théorie néo-institutionnelle de l'interdisciplinarité entre le droit et l'économie.

⁴⁶⁶ TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, pp. 148-149.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 99.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 152.

⁴⁷⁰ TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, *op. cit.*, pp. 199-200.

⁴⁷¹ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

⁴⁷² *Cf. Infra.*

⁴⁷³ HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *op. cit.*, p. 135 ; *Adde* HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 5, etc.

155. Désormais, les hypothèses de la déconstruction de la catégorie juridique de régulation par la démonstration de l'échec des méthodes existantes et notamment de l'analyse économique du droit, puis de sa reconstruction par l'analyse néo-institutionnelle du droit et sa communication avec l'économie néo-institutionnelle, sont posées. La question se pose donc de savoir si les résultats de la recherche permettent de les vérifier. Or, la réponse à cette question semble positive et permet alors de définir l'institution juridique de régulation.

Section III. Résultats de la recherche

156. Au terme de la démonstration, l'analyse permet de confirmer les hypothèses de recherche posées. Il est en effet possible, dans un premier temps, de déconstruire la catégorie juridique de régulation en démontrant l'échec de l'analyse économique du droit dans l'élaboration d'une institution juridique de régulation puis, dans un second temps, de reconstruire l'institution juridique de régulation par le biais de la communication entre l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation et la théorie économique néo-institutionnelle.

157. Dans un premier temps, l'analyse permet d'opérer une déconstruction de la catégorie juridique de régulation par la démonstration de l'échec de l'analyse économique du droit à construire une institution juridique viable, alors même qu'elle prétend pouvoir le faire.

En effet, c'est d'abord l'évolution de la théorie économique relative aux industries de réseaux, et plus particulièrement l'avènement de l'analyse économique du droit puis l'émergence de l'économie des réseaux, qui a remis en cause les solutions antérieurement admises sur le fondement de l'économie du bien-être, notamment l'hypothèse du monopole naturel. Cette évolution a été progressivement transcrite en droit positif puisque le droit communautaire d'abord et le droit interne ensuite se sont appropriés les solutions de ces théories économiques, tant en ce qui concerne la notion de régulation qu'en ce qui concerne le régime qui y a été associé. Par voie de conséquence, de telles conceptions ont influencé la doctrine, qui a pu définir la régulation comme une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseaux. On trouve encore de nombreuses conceptions liées directement ou indirectement à ce modèle, notamment par l'intermédiaire des concepts de régulation *ex ante* et *ex post*, qui résument la distinction du droit de la régulation sectorielle et du droit de la concurrence et l'hypothèse du passage de l'un à l'autre. Ainsi, force est de constater que l'analyse économique du droit a d'abord fourni un cadre d'analyse de référence pour la définition de la régulation juridique.

Cependant, une telle conception de la régulation ne résiste pas à une analyse plus approfondie et à l'évolution du droit positif. D'une part, il ressort de l'étude que le droit positif s'éloigne, voire contredit, les hypothèses de l'économie des réseaux concernant le monopole naturel, les ressources rares, l'investissement, la place de la redistribution et plus généralement des

politiques publiques dans la régulation. Les hypothèses de l'analyse économique du droit ne se retrouvent donc pas en droit de la régulation. D'autre part, et conséquemment, le droit positif tend à s'éloigner toujours davantage des résultats de l'économie des réseaux. En effet, ni la régulation sectorielle, ni le droit de la concurrence, ne correspondent finalement au modèle fixé par cette théorie économique, et il s'avère impossible en droit d'ériger la distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post* comme modèle explicatif de la régulation. Par conséquent, la régulation ne saurait se réduire au concept de régulation *ex ante* porté par l'économie des réseaux. Cela ne signifie pas que l'analyse économique du droit est inutile à la détermination de l'efficacité économique des règles de droit ou même qu'elle ne joue aucun rôle dans la création de celles-ci. Cependant, l'apport de l'analyse économique du droit se réduit finalement à la construction de certaines procédures. Celle-ci ne peut en aucun cas prétendre à servir de référence pour la construction de la catégorie juridique de régulation dans sa globalité.

En définitive, l'hypothèse de l'échec de l'analyse économique du droit de la régulation à fournir une définition de celle-ci et à élaborer son régime juridique se trouve vérifiée. La notion de régulation se trouve alors déconstruite puisqu'il est démontré qu'elle ne vise pas, contrairement aux conceptions dérivées de l'économie des réseaux, une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau (1^{ère} Partie).

158. Dans un second temps, il est possible de reconstruire la catégorie juridique de régulation en démontrant que l'analyse néo-institutionnelle du droit permet d'élaborer une véritable institution juridique de régulation sur la base de la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle.

L'analyse néo-institutionnelle du droit permet en effet de procéder d'abord à une analyse du droit matériel de la régulation. Il peut alors être démontré qu'il existe une véritable convergence du droit et de la théorie économique néo-institutionnelle en droit des communications électroniques et en droit de l'électricité, convergence qui permet d'appréhender en quoi consiste la fonction de la régulation dans toute son étendue, d'un point de vue économique comme non économique. Il est alors possible, sur cette base, d'induire une définition de la régulation du point de vue matériel qui rende compte de sa fonction, puis de vérifier déductivement la pertinence de celle-ci en l'appliquant aux autres secteurs régulés entrant dans le champ de l'étude. La régulation peut dès lors être définie du point de vue matériel comme *la fonction administrative ayant pour objet la mise en œuvre d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. Or, il est possible, une fois la fonction de la régulation isolée et conformément au cadre d'analyse néo-institutionnel, de poursuivre la construction de l'institution juridique de régulation.

L'analyse néo-institutionnelle du droit permet en effet de procéder ensuite à une analyse du droit formel de la régulation. En premier lieu, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet

d'induire, sur la base de la convergence du droit et de l'économie néo-institutionnelle, une définition organique précise de la régulation, à savoir la présence d'une autorité de régulation présentant certaines caractéristiques spécifiques. L'autorité de régulation se définit alors comme une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante, agissant de manière normative et contentieuse, et ayant une fonction de régulation. Cela permet de définir la régulation comme *la fonction administrative prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante ayant pour objet la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. En second lieu, la notion de régulation se trouvant ainsi définie, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de dégager, toujours sur la base de la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle, le régime juridique convergent de la régulation qui se trouve principalement associé à la figure de l'autorité de régulation.

En définitive, l'hypothèse selon laquelle il est possible de construire, par l'analyse néo-institutionnelle du droit, la régulation sur la base de la communication entre le droit et la théorie économique se trouve vérifiée. La régulation apparaît alors comme une authentique institution juridique du droit administratif français (2nd Partie).

1^{ère} Partie

La transcription limitée de l'analyse économique du droit en droit de la régulation

159. L'analyse économique du droit, « *Economic Analysis of Law* » aux États-Unis⁴⁷⁴, est une branche de l'économie néoclassique qui a pour objet le droit⁴⁷⁵. Elle est sans aucun doute la théorie économique s'intéressant au droit la plus connue et influente, à tel point que la doctrine juridique française a pu penser qu'elle constituait la totalité du mouvement « *Law & Economics* », alors qu'elle n'en est en réalité que l'un des courants, certes dominant⁴⁷⁶.

Cette relative méconnaissance de la matière⁴⁷⁷ explique sans doute les réticences de la doctrine juridique française vis-à-vis des théories économiques relatives au droit. Prenant la partie pour le tout, elle a traduit « *Law & Economics* » par analyse économique du droit⁴⁷⁸, et a donc réduit le vaste courant du « *Droit et Économie* » à cette seule théorie économique. Or, une telle perspective conduit nécessairement à un échec relatif dans l'étude des rapports entre le droit et l'économie.

En effet, l'analyse économique du droit peut être utile pour apprécier l'efficacité économique des règles de droit, et peut à ce titre inspirer un certain nombre de solutions juridiques si et seulement si l'on décide de faire prévaloir, juridiquement, l'efficacité économique. Cependant, elle échoue à participer à la construction du droit lui-même alors qu'elle prétend avoir vocation à le faire, comme le démontre l'étude des rapports entre l'analyse économique du droit et le droit de la régulation.

160. Certes, dans la matière de la régulation, il apparaît dans un premier temps que l'analyse économique du droit a eu une portée très forte, et ce jusqu'en droit. Le processus d'ouverture à la concurrence des industries de réseau, qui a entraîné le redémarrage du débat relatif à la notion

⁴⁷⁴ POSNER R., *Economic analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, 2007, 7^{ème} Ed., 787 p.

⁴⁷⁵ V., parmi de nombreux autres exemples, MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 57 ; Adde CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, Paris, La découverte, « Repères », 2007, p. 5.

⁴⁷⁶ V., parmi de nombreux autres exemples, ACKERMAN B. A., « Deux sortes de recherches en "Droit et économie" », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, p. 429 ; Adde CHEROT J.-Y., « Trois thèses de l'analyse économique du droit. Quelques usages de l'approche économique des règles juridiques », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, p. 443 ; Adde DAINTITH T., « Problèmes et chances de l'analyse économique du droit en Europe », *RIDE*, 1991, p. 317 et pp. 332-333.

⁴⁷⁷ DEFFAINS B., FERREY S., « Théorie du droit et analyse économique », *Droits*, 2007, p. 225.

⁴⁷⁸ V., parmi de nombreux autres exemples MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz/Thémis, 2008, 2^{ème} Ed., p. 6 ; Adde DAINTITH T., « Problèmes et chances de l'analyse économique du droit en Europe », *article précité*, p. 314 ; Adde ATIAS C., « Editorial », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, p. 409 ; Adde FERREY S., *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, « Droit & Économie », 2008, p. 3.

juridique de régulation au milieu des années 1990⁴⁷⁹, est très largement lié à la progression de l'analyse économique du droit puis de l'une de ses branches, l'économie des réseaux, qui fournit le modèle positif et normatif de cette libéralisation.

Or, il peut être démontré que le modèle théorique de l'économie des réseaux a été progressivement transcrit en droit positif, c'est-à-dire qu'il a été volontairement intégré au sein du système juridique, au moins en ce qui concerne le droit des communications électroniques, considéré comme ayant vocation à être suivi par les autres secteurs. Cette transcription du modèle de l'économie des réseaux en droit de la régulation a conduit à ce que cette théorie économique constitue aujourd'hui l'armature du droit positif de la régulation des communications électroniques. La portée doctrinale de ce processus est considérable, puisque ce dernier explique et justifie qu'une partie de la doctrine juridique définisse aujourd'hui la régulation dans le sens de la régulation *ex ante* de la théorie de l'économie des réseaux, c'est-à-dire comme une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau (Titre 1^{er}).

161. Néanmoins, si l'influence de l'analyse économique du droit de la régulation en droit positif et en doctrine est indéniable, force est de constater dans un second temps que sa transcription en droit de la régulation se trouve en réalité limitée, puisqu'il peut être démontré que le droit positif s'éloigne, toujours davantage, tant des hypothèses que des résultats de l'économie des réseaux. Le constat de la transcription de l'économie des réseaux en droit ne vaut en effet qu'au niveau du discours du droit positif, et non du droit positif lui-même qui évolue au contact de la réalité, c'est-à-dire à un niveau superficiel. Il ne résiste finalement ni à une analyse approfondie du droit positif, ni à l'évolution de ce dernier, qui ne cesse de s'émanciper du modèle à partir duquel il a été construit au départ. Cela ne signifie pas que la transcription de l'économie des réseaux n'ait finalement aucune portée en droit positif, mais celle-ci s'analyse seulement dans la mise en place de procédures, dont la forme et l'articulation sont au demeurant sensiblement différentes du modèle de l'économie des réseaux, et non dans la construction globale de la catégorie juridique de régulation au sens de la régulation *ex ante*.

En somme, en raison de leurs limites méthodologiques, l'analyse économique du droit et sa branche spécialisée de l'économie des réseaux ne permettent pas de construire la catégorie juridique de régulation dans le cadre d'une méthode fondée sur l'étude des rapports entre le droit et l'économie. Ainsi, la régulation ne peut finalement pas s'analyser comme une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries, ce qui vient infirmer directement certaines œuvres de définition juridique de la régulation (Titre 2nd).

⁴⁷⁹ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 32 ; *Adde* EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Les autorités administratives indépendantes, Rapport public*, n° 52, Paris, La documentation française, 2001, pp. 307-308 ; *Adde* JOBART J.-C., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *RRJ*, 2004-1, p. 34.

Titre 1^{er}

La transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation

162. Il peut en premier lieu être démontré que l'analyse économique du droit a eu et a toujours une influence fondamentale en droit de la régulation, à tel point qu'une partie des définitions de la régulation proposées par la doctrine juridique ont pour fondement, très majoritairement implicite voire inconscient, le modèle de l'analyse économique du droit pris dans sa branche spécialisée de l'économie des réseaux.

163. Tout d'abord, l'analyse économique du droit est très largement à l'origine du débat doctrinal relatif à la régulation. En effet, c'est bien le processus d'ouverture à la concurrence des industries de réseau qui fut historiquement à l'origine du renouveau du débat juridique relatif à la régulation dans les années 1990, en raison notamment de la création, en cette matière, d'autorités de régulation en droit interne⁴⁸⁰. Or, cette libéralisation tient assez largement à une opération de transcription progressive en droit de la régulation de la branche spécialisée de l'analyse économique du droit en matière d'industries de réseau, l'économie des réseaux, au moins en ce qui concerne le droit de la régulation des communications électroniques (Chapitre 1^{er}).

164. Ensuite, ce processus de transcription progressive a conduit à concevoir la régulation conformément au modèle de l'économie des réseaux. En effet, le droit de la régulation des communications électroniques, souvent considéré comme le domaine de référence en matière de régulation des industries de réseau⁴⁸¹, opère à première vue la transposition fidèle des notions et des régimes juridiques préconisés par l'économie des réseaux. Cette transcription conduit alors une part importante de la doctrine, universitaire comme institutionnelle, à voir dans la régulation une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau. La régulation se trouve donc ici juridiquement définie par référence à l'analyse économique du droit (Chapitre 2nd).

⁴⁸⁰ V., parmi de nombreux autres exemples MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 12-13 ; ADDE LASSERRE B., « L'autorité de régulation des télécommunications (ART) », in *Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation*, *AJDA*, 1997, p. 224.

⁴⁸¹ RICHER L., « Droit d'accès et service public », *AJDA*, 2006, p. 74.

Chapitre 1^{er}

Le processus de transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation

165. La progression de l'analyse économique du droit dans le domaine de la régulation s'est produite en deux phases, la première économique, et la seconde juridique.

Tout d'abord, l'analyse économique du droit s'est imposée dans le champ de la théorie économique. En effet, elle a dans un premier temps remis en cause les solutions de l'économie du bien-être, qui proposait jusqu'ici de gérer les monopoles naturels par des entreprises en situation de monopole réglementé, en proposant la mise en œuvre d'une concurrence pour le marché⁴⁸². Dans un second temps, elle fut cependant dépassée⁴⁸³ par la théorie de l'économie des réseaux, qui fut alors intégrée à l'analyse économique du droit⁴⁸⁴. L'économie des réseaux, comme on la désigne habituellement, est en effet la théorie économique qui a servi de référence première à l'ouverture à la concurrence des monopoles naturels⁴⁸⁵ (Section I).

Ensuite, l'analyse économique du droit, et plus précisément sa branche de l'économie des réseaux, a fait l'objet d'un processus de transcription en droit de la régulation. Si l'influence de cette théorie économique n'apparaît guère dans les premiers textes ouvrant à la concurrence les industries de réseau, elle ne cesse de s'approfondir, au moins dans les directives relatives aux communications électroniques. Il en résulte que le droit de la régulation s'analyse largement comme une « réglementation d'ingénieurs et d'économistes »⁴⁸⁶ (Section II).

Section I. De l'économie du bien-être à l'économie des réseaux

166. L'ouverture à la concurrence des industries de réseau résulte d'abord, dans le champ de la théorie économique, de la progression de l'analyse économique du droit, qui a dans un premier temps remis en cause les solutions précédentes de l'économie du bien-être (§1). Cette libéralisation s'est ensuite approfondie par l'intermédiaire d'une branche spécialisée, l'économie des ré-

⁴⁸² DEMSETZ H., « Why regulate utilities ? », *The Journal of Law and Economics*, 1968, pp. 55-65 ; Adde YVRANDE-BILLON A., *Choix contractuels et performances, Le cas des chemins de fer britanniques*, Thèse pour le Doctorat en Sciences économiques, Paris 1, 2002, pp. 64.

⁴⁸³ KIRAT T., « L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 343.

⁴⁸⁴ KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, Paris, Gualino éditeur, « Mémentos LMD », 2007, pp. 149-152 ; Adde MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz/ Thémis, 2008, 2^{ème} Ed., p. 108.

⁴⁸⁵ PENARD T., « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *RIDE*, 2002, p. 294.

⁴⁸⁶ MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in G. Marcou, F. Moderne, (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 55.

seaux, qui constitue aujourd'hui le cadre de référence d'ouverture à la concurrence des industries de réseau en théorie économique (§2).

§1. La progression de l'analyse économique du droit au détriment de l'économie du bien-être

167. Pendant très longtemps, le cadre économique de référence concernant les industries de réseau a été l'économie du bien-être, qui proposait une gestion des monopoles naturels par des entreprises en situation de monopole réglementé (A). Cette théorie a cependant été remise en cause par l'analyse économique du droit (B).

A. L'économie du bien-être, ancienne théorie économique de référence

168. L'économie du bien-être constitue la théorie néoclassique de référence pour les économistes⁴⁸⁷. Si la plupart des hypothèses de l'économie du bien-être ne sont pas remises en question par l'analyse économique du droit (1), tel n'est pas le cas en revanche de ses résultats, notamment en ce qui concerne les industries de réseau (2).

1. Les hypothèses de l'économie du bien-être

169. C'est dans le cadre de l'économie publique, branche de l'économie du bien-être⁴⁸⁸, qu'a été élaborée la première théorie économique de la réglementation⁴⁸⁹, qui est une théorie économique normative. Alors que l'économie positive a pour objet de décrire et d'expliquer l'économie telle qu'elle est, l'économie normative, au contraire, a pour objet de déterminer ce que l'économie devrait être⁴⁹⁰. Ainsi, l'économie du bien-être n'a pas seulement pour but de décrire la réalité économique telle qu'elle est, mais aussi d'en déterminer le fonctionnement idéal, c'est-à-dire la situation qu'il convient d'atteindre⁴⁹¹.

170. Les hypothèses de l'économie néo-classique, qui servent de fondement à l'analyse économique du droit qui n'en est finalement qu'une branche⁴⁹², sont très souvent critiquées pour leur

⁴⁸⁷ WOLFELSPERGER A., *Économie publique*, Paris, PUF, « Thémis », 1995, p. 161.

⁴⁸⁸ GREFFE X., *Économie des politiques publiques*, Paris, Dalloz, 1994, p. 50.

⁴⁸⁹ LÉVÊQUE F., *Économie de la réglementation*, Paris, La découverte, « Repères », 2004, p. 6 et s.

⁴⁹⁰ DEFFAINS B., « Introduction », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 2000, pp. 5-6.

⁴⁹¹ LEHMANN E., « Régulation économique et démocratie politique : un point de vue d'économiste », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 52.

⁴⁹² V., parmi de nombreux autres exemples, MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 57 ; Adde CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, Paris, La découverte, « Repères », 2007, p. 5.

caractère irréaliste⁴⁹³. Cependant, la théorie néo-classique considère avoir trouvé une réponse satisfaisante à ces critiques depuis Friedman, selon lequel l'important en théorie économique n'est pas le caractère réaliste de ses hypothèses, mais la capacité de la théorie fondée sur celles-ci à ne pas être mise en échec lorsqu'elle est testée dans la réalité⁴⁹⁴.

171. En économie néo-classique, l'acteur considéré est *l'homo oeconomicus*, qui est par hypothèse parfaitement rationnel et maximisateur, au regard du principe d'utilité marginale. Celui-ci agit soit sur un marché où la concurrence est pure et parfaite, soit sur un marché où la concurrence est au moins contestable, et où règne le principe de l'équilibre général⁴⁹⁵.

Dans un tel cadre d'analyse, la théorie économique rejette la question de la justice dans la distribution des revenus, considérée comme ne relevant pas de sa discipline du fait de l'impossibilité de juger des préférences individuelles sur des bases subjectives, autrement dit en raison de son caractère non scientifique⁴⁹⁶.

172. Dans ces conditions, l'objet de la théorie économique est de déterminer quelle doit être l'allocation optimale des ressources, c'est-à-dire la solution dite efficiente.

Deux types de critères d'efficience ont été successivement retenus par la théorie économique néoclassique : le critère de Pareto, dans un premier temps, et le critère de Kaldor-Hicks, dans un second temps. Le critère de Pareto considère qu'une solution n'est efficiente qu'à la condition d'augmenter le bien-être de certains sans diminuer le bien-être des autres. Ce critère d'efficience, trop exigeant, a progressivement été remplacé par le critère de Kaldor-Hicks, selon lequel une solution est efficiente si elle augmente le bien-être de certains et si cette augmentation permet de compenser la perte de bien-être subie par les autres⁴⁹⁷.

Or, l'économie du bien-être considère que le marché est, par principe, une solution efficiente. Il existe néanmoins des exceptions à ce principe, en présence d'externalités, de biens collectifs ou encore de monopoles naturels⁴⁹⁸. Cette dernière exception concerne particulièrement les industries de réseau.

⁴⁹³ COPPENS P., « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, « Droit économique », 2002, pp. 219-221.

⁴⁹⁴ FRIEDMAN M., *Essays in Positive Economics*, Chicago, The University of Chicago Press, 8^{ème} Ed., pp. 16-43.

⁴⁹⁵ LÉVÊQUE F., *Économie de la réglementation*, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹⁶ HOVENKAMP H., « The First Great Law & Economics Movement », *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, p. 1033.

⁴⁹⁷ KIRAT T., *Économie du droit*, Paris, La découverte, « Repères », 1999, pp. 69-72.

⁴⁹⁸ LÉVÊQUE F., *Économie de la réglementation*, *op. cit.*, pp. 7-10.

2. Les résultats de l'économie du bien-être

173. L'économie du bien-être a constitué pendant très longtemps le cadre de référence du traitement des industries de réseau en théorie économique (a). Son approche fut affinée mais confirmée par la nouvelle économie de la réglementation (b).

a. Le monopole justifié par la théorie du monopole naturel

174. Pour l'économie du bien-être, le marché, par principe, est efficient : il réalise de lui-même l'allocation optimale des ressources⁴⁹⁹. Cependant, il existe des hypothèses où ce n'est pas le cas, non pas parce que des mécanismes d'allocation alternatifs seraient par nature plus efficaces, mais parce que le marché, dans ces hypothèses, est défaillant. C'est ce que l'on appelle la théorie des défaillances de marché⁵⁰⁰. Le problème commun à ces différents types de mises en échec du marché peut être résumé simplement. Dans de telles hypothèses, la défaillance du marché ne permet pas d'atteindre l'optimum : la différence entre l'allocation existante et l'allocation optimale des ressources constitue le concept de coût social, qui s'analyse en termes de perte de bien-être général⁵⁰¹. Dans ce cas, et pour restaurer l'optimum, l'État, par hypothèse omniscient et bienveillant, doit imposer un certain nombre de correctifs aux marchés⁵⁰².

En premier lieu, les externalités constituent une défaillance de marché très importante. Il s'agit des éléments qui produisent un effet, positif ou négatif, qui n'est pas pris en compte par le marché et conduit donc à une situation sous optimale⁵⁰³.

En deuxième lieu, constitue également une défaillance de marché le bien collectif, caractérisé par la non-rivalité et la non-exclusion, c'est-à-dire par le fait que la consommation des uns n'empêche pas la consommation des autres. Ces caractéristiques peuvent conduire à une surconsommation du bien, ainsi que désinciter à l'investissement, ce qui est sous-optimal et justifie en principe l'intervention de l'État⁵⁰⁴.

En troisième lieu, on trouve l'hypothèse du monopole naturel. Ce dernier cas vise des industries caractérisées par des investissements très lourds, des rendements d'échelle croissants et une sous-additivité des coûts, hypothèses qui concernent au premier chef les industries de ré-

⁴⁹⁹ GREFFE X., *Économie des politiques publiques*, op. cit., p. 63.

⁵⁰⁰ Développée par Pigou dans *The Economics of Welfare* en 1920. V., BERTRAND E., DESTAIS C., « Le "théorème de Coase", une réflexion sur les fondements micro-économiques de l'intervention publique », *Reflets et perspectives*, vol. 41, 2002/2, p. 111.

⁵⁰¹ *Ibid.*, pp. 121-123.

⁵⁰² DELAS J.-P., *Économie contemporaine. Faits, Concepts, théories*, Paris, Ellipses, 2001, p. 49.

⁵⁰³ GREFFE X., *Économie des politiques publiques*, op. cit., p. 70.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 69 ; Adde LÉVÊQUE F., *Économie de la réglementation*, op. cit., pp. 8-9 ; Adde DEPRES C., GROLLEAU G., MZOUGH N., « Analyse exploratoire de quelques stratégies de fourniture "non publique" des biens "publics" », *Cahiers d'économie et sociologie rurales*, 2005, pp. 30-33.

seau⁵⁰⁵. Le monopole naturel justifie alors la présence d'un monopole public ou d'un monopole privé réglementé. Dans cette hypothèse, en effet, la fixation du prix au coût marginal, qui constitue en théorie la solution optimale, implique pour l'entreprise de vendre à perte, le coût marginal étant inférieur au coût moyen. Le monopole naturel rend donc nécessaire l'existence d'un monopole accompagné de l'intervention de l'État pour éviter qu'il n'exerce un pouvoir de marché⁵⁰⁶.

En somme, le monopole naturel a très longtemps constitué le « *pilier économique* » des monopoles publics⁵⁰⁷ en économie du bien-être. Cette analyse a ensuite été prolongée par la nouvelle économie de la réglementation.

b. Un résultat prolongé par la nouvelle économie de la réglementation

175. La nouvelle économie publique, dite également nouvelle économie de la réglementation⁵⁰⁸, a prolongé les résultats de l'économie du bien-être en la modernisant par le recours à la théorie dite des incitations⁵⁰⁹. Abandonnant les hypothèses irréalistes de l'économie néo-classique⁵¹⁰, adoptant les hypothèses de concurrence imparfaite⁵¹¹, de rationalité limitée de l'agent et d'information imparfaite⁵¹², cette théorie n'a cependant pas remis en cause l'hypothèse du monopole naturel. Au contraire, la réglementation des monopoles naturels est son objet premier⁵¹³.

La nouvelle économie de la réglementation se donne en effet pour objectif de déterminer la manière dont il convient de réglementer le prix du service rendu en monopole pour atteindre une solution efficace, sachant que l'optimalité sera seulement de second rang, l'optimum de premier rang ne pouvant être atteint du fait des différentes contraintes pesant sur la réglementation⁵¹⁴. Concrètement, cette théorie a pour objet de proposer un certain nombre de formules

⁵⁰⁵ V., parmi de nombreux autres exemples LÉVÊQUE F., *Économie de la réglementation*, *op. cit.*, p. 8 ; Adde GREFFE X., *Économie des politiques publiques*, *op. cit.*, pp. 68-69 ; Adde BENNET M., WADDAMS PRICE C., « Incentive contracts in utility regulation », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, p. 361 ; Adde CROISSANT Y., VORNETTI P., « État, marché et concurrence. Les motifs de l'intervention publique », in B. Ferrandon (dir.), *Concurrence et régulation des marchés*, *Cahiers français*, n°313, p. 6.

⁵⁰⁶ GREFFE X., *Économie des politiques publiques*, *op. cit.*, pp. 68-69 ; Adde BENZONI L., « Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des opérateurs. Un point de vue économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 43-44.

⁵⁰⁷ RICHER L., « Droit d'accès et service public », *AJDA*, 2006, p. 73.

⁵⁰⁸ V., l'ouvrage fondateur de cette théorie, LAFFONT J.-J., TIROLE J., *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1994, 2^{ème} Ed., 705 p.

⁵⁰⁹ V., LÉVÊQUE F., *Économie de la réglementation*, *op. cit.*, p. 14.

⁵¹⁰ BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M., « Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, pp. 23-27.

⁵¹¹ LAFFONT J.-J., « La nouvelle économie de la réglementation. Dix ans après », in *Économie industrielle : développements récents*, *Revue d'économie industrielle*, numéro spécial, 1986, p. 331.

⁵¹² LAFFONT J.-J., MARTIMORT D., *The Theory of Incentives, The Principal-Agent Model*, Princeton, Princeton University Press, 2002, p. 3.

⁵¹³ LAFFONT J.-J., TIROLE J., *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, *op. cit.*, p. xvii.

⁵¹⁴ LÉVÊQUE F., *Économie de la réglementation*, *op. cit.*, pp. 14-17.

économétriques de tarification, point sur lequel elle sera par la suite rejointe par l'économie des réseaux⁵¹⁵.

176. En définitive, la théorie économique a pendant longtemps justifié l'organisation des industries de réseau sous une forme monopolistique. Cependant, ce cadre d'analyse a été remis en cause par la progression de l'analyse économique du droit.

B. La remise en cause de l'économie du bien-être par l'analyse économique du droit

177. L'analyse économique du droit a d'abord remis en cause les principes posés par l'économie du bien-être (1) avant d'y substituer son propre cadre d'analyse (2).

1. La réfutation de l'économie du bien-être par l'analyse économique du droit

178. Le résultat proposé par l'économie du bien-être, la réglementation du monopole, a été remis en cause par l'analyse économique du droit, d'abord à travers les résultats de l'École des choix publics (a), ensuite par l'interprétation qu'elle a faite du théorème de Coase (b).

a. La réfutation de la réglementation par l'École des choix publics

179. En premier lieu, l'hypothèse de l'économie du bien-être selon laquelle l'État est omniscient et bienveillant a été remise en cause par la théorie économique. Cette évolution a été historiquement l'apport principal de l'École des choix publics⁵¹⁶.

L'École des choix publics est une analyse économique du processus de la décision politique. Elle considère le champ politique comme un marché, dans lequel les hommes politiques, rationnels et maximisateurs, cherchent à assurer leurs intérêts individuels, parfois au détriment de l'intérêt général⁵¹⁷. En outre, en raison de la capture des autorités politiques par les différents groupes d'intérêts, le marché politique est inefficace⁵¹⁸, ce qui conduit la réglementation à être toujours sous-optimale elle-même⁵¹⁹.

⁵¹⁵ PERROT A., « Ouverture à la concurrence dans les réseaux. L'approche stratégique de la théorie de l'économie des réseaux », in *Régulation des entreprises de réseaux, Économie et prévision*, 1995, n°119, p. 59 ; Adde KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation, op. cit.*, pp. 149-152.

⁵¹⁶ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 260.

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism, op. cit.*, pp. 92-93.

⁵¹⁹ OGUS A., *Regulation : legal form and economic theory*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2^{ème} Ed., 2004, pp. 71-73.

180. Aujourd'hui, l'École des choix publics est une composante de l'analyse économique du droit, qui considère que l'État et la réglementation sont par nature inefficients⁵²⁰. En matière de régulation, elle se caractérise donc par une position d'hostilité vis-à-vis de l'intervention de l'État⁵²¹ et par un soutien systématique au processus de privatisation des entreprises publiques⁵²².

b. La réfutation de la réglementation par l'interprétation du théorème de Coase

181. En second lieu, les travaux de Ronald Coase ont profondément remis en cause les analyses fondées sur la théorie des défaillances de marché. Il existe en effet, en micro-économie, un avant et un après Coase⁵²³. Son œuvre a une portée considérable, puisqu'il s'agit de déterminer si, dans quelle mesure et comment, la théorie économique prend en compte le droit⁵²⁴. Toutefois, il faut noter dès à présent que les différentes implications de la théorie de Coase ne sont pas mobilisées de la même manière selon la théorie économique considérée, l'œuvre de Coase ayant été interprétée de multiples façons⁵²⁵. Il s'agit ici de s'intéresser à la façon dont l'analyse économique du droit (ii) a interprété le fameux théorème de Coase (i).

i. Le théorème de Coase

182. L'article de Coase relatif au « *problème du coût social* »⁵²⁶ est sans doute à l'origine de l'ensemble du mouvement « *Law & Economics* » aux États-Unis⁵²⁷.

Dans cet article, Coase développe ce qui sera plus tard appelé le théorème de Coase. Il montre que « *dans un régime où les coûts de transaction sont nuls, une hypothèse standard de la théorie économique, des négociations privées entre les parties mèneront à la conclusion d'accords maximisant la richesse et ce, quel que soit l'arrangement initial des droits* »⁵²⁸. Or, selon Coase, la première conséquence de ce théorème est d'infirmer la théorie de l'économie du bien-être⁵²⁹. En effet, Coase démontre que si les

⁵²⁰ KIRAT T., « L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit », *op. cit.*, pp. 340-342.

⁵²¹ POSNER R., *Economic analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, 2007, 7^{ème} Ed., pp. 277-414.

⁵²² *Ibid.*, pp. 277-293.

⁵²³ STIGLER G., « Law or economics ? », *Journal of Law & Economics*, vol. 35, 1992, p. 456.

⁵²⁴ KIRAT T., *Économie du droit*, *op. cit.*, p. 58. *V.*, sur ce point LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, LGDJ, « Fondation Varenne », 2010, pp. 59-107.

⁵²⁵ MORISSETTE Y.-M., *Le coût du droit. Ronald Coase*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », 2000, p. 10.

⁵²⁶ « *The Problem of Social Cost* », *The Journal of Law and Economics*, octobre 1960. *V.*, cet article reproduit in COASE R. H., *The firm, the market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, pp. 95-156.

⁵²⁷ STIGLER G., « Law or economics ? », *article précité*, p. 456.

⁵²⁸ « *In a regime of zero transaction costs, an assumption of standard economic theory, negotiations between the parties would lead to those arrangements being made which would maximize wealth and this irrespective of the initial assignment of rights* », traduction libre. La formulation de ce théorème n'est pas de Coase lui-même mais de George Stigler. *V.*, sur ce point COASE R. H., « *The Institutional Structure of Production* » in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, p. 36.

⁵²⁹ *Ibid.*

coûts de transaction sont nuls, ce qui est une hypothèse de l'économie néo-classique, l'allocation des ressources finira par être optimale puisque, par leurs négociations, les parties vont épuiser toutes les solutions possibles jusqu'à trouver la solution efficiente⁵³⁰. Il est donc inutile dans ce cadre de mettre en place une réglementation destinée à compenser l'existence des défaillances de marchés⁵³¹. En somme, Coase place l'économie du bien-être devant ses propres contradictions.

183. Cependant, et contrairement à la façon dont ce théorème a été interprété par une partie des économistes néoclassiques, qui ont pris cette analyse au pied de la lettre en raisonnant en termes de coûts de transaction négatifs⁵³², il ne faut pas en déduire la thèse de la neutralité du droit, car Coase considère que les coûts de transaction ne sont jamais nuls dans la réalité⁵³³. De ce point de vue, l'analyse économique du droit a adopté une position intermédiaire.

ii. L'interprétation du théorème de Coase par l'analyse économique du droit

184. Le théorème de Coase, ainsi que plus généralement l'ensemble de l'article relatif au problème du coût social, se trouvent à la genèse de l'analyse économique du droit⁵³⁴. Coase interprète en effet le théorème de Coase en termes de coûts de transaction positifs, ce qui le conduit à accepter l'idée que des coûts de transaction trop élevés puissent faire obstacle à l'échange dans la mesure où le gain attendu de celui-ci serait inférieur aux coûts de transaction⁵³⁵.

Il en tire alors une conclusion dont la pérennité sera assurée par l'analyse économique du droit : l'arrangement des droits est fondamental et les décisions des tribunaux ont donc une véritable portée sur l'économie. Ceux-ci doivent alors tenir compte des conséquences économiques de leurs décisions en réattribuant ces droits⁵³⁶. Coase va jusqu'à poser l'hypothèse selon laquelle, le plus souvent, les tribunaux réalisent un calcul économique en rendant leurs décisions⁵³⁷.

185. Un tel raisonnement permet dès lors à l'analyse économique du droit de juger le droit et notamment les décisions des tribunaux à l'aune du principe d'efficacité⁵³⁸. Il permet de considérer que les droits attribués initialement par la réglementation doivent être réattribués par l'action des juges, conduisant l'analyse économique du droit à proposer des solutions alternatives à celles de l'économie du bien-être.

⁵³⁰ BERTRAND E., DESTAIS C., « Le "théorème de Coase", une réflexion sur les fondements micro-économiques de l'intervention publique », *op. cit.*, p. 115.

⁵³¹ COASE R. H., *The firm, the market and the Law*, *op. cit.*, p. 102.

⁵³² KIRAT T., *Économie du droit*, *op. cit.*, p. 61.

⁵³³ COASE R. H., *The firm, the market and the Law*, *op. cit.*, p. 114.

⁵³⁴ MACKAAY E., « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE*, 1986, p. 47 ; *Adde* KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, *op. cit.*, p. 64.

⁵³⁵ COASE R. H., *The firm, the market and the Law*, *op. cit.*, p. 114.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 119.

⁵³⁷ *Ibid.*, pp. 119-120.

⁵³⁸ POSNER R., *Economic analysis of Law*, *op. cit.*, p. 53.

2. Les résultats de l'analyse économique du droit

186. L'analyse économique du droit dispose de deux volets : un volet positif, par lequel elle affirme la supériorité du système de *common law* (a) et un volet normatif, par lequel elle apprécie les règles de droit à l'aune du principe d'efficacité et propose alors des solutions alternatives au monopole dans le cadre des industries de réseau (b).

a. L'analyse économique du droit positive

187. Dans son volet positif, la théorie de Posner émet l'hypothèse de l'efficacité du *common law*. En effet, pour l'École de Chicago, le *common law* se caractérise et s'explique par une logique économique néoclassique sous-jacente, une « *logique économique implicite* »⁵³⁹. Le *common law* a alors un but économique, c'est-à-dire qu'il est le mieux expliqué comme un système maximisant la richesse de la société⁵⁴⁰. Le *common law* chercherait ainsi par nature à « *mimer le marché* »⁵⁴¹, c'est-à-dire à sélectionner et agencer les règles juridiques dans le but d'obtenir un résultat efficace. Les exceptions à ce principe sont seulement considérées comme le résultat du phénomène de « *dépendance du sentier* », le droit pouvant se trouver en retard des changements économiques et sociaux⁵⁴².

Ainsi, la thèse de l'efficacité du *common law* fait largement office, et c'est sans doute ce qui explique pour une part son succès Outre-Atlantique, de théorie du droit⁵⁴³. En effet, le système de *common law* est depuis toujours à la recherche des principes qui en expliquent et en guident le fonctionnement⁵⁴⁴ et la thèse de l'efficacité du *common law* permet de rendre celui-ci « *compréhensible en tant qu'ensemble cohérent* »⁵⁴⁵.

Cependant, Posner a progressivement assoupli sa doctrine sur ce point⁵⁴⁶, et reconnaît désormais que toutes les décisions juridiques de *common law* ne sont pas efficaces⁵⁴⁷. Ce changement de position n'implique néanmoins pas un abandon de la théorie, mais plutôt le changement de statut de la thèse. En effet, celle-ci tend à se placer davantage, dès lors qu'on la reconnaît non

⁵³⁹ POSNER R., *Economic analysis of Law*, op. cit., p. 249.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, pp. 25-26 ; Adde MERCURO N., « Le *common law*, l'efficacité et la *Law and Economics* institutionnaliste aux États-Unis », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Éditions, 2000, pp. 60-61.

⁵⁴¹ POSNER R., *Economic analysis of Law*, op. cit., p. 250.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 252.

⁵⁴³ MILLARD E., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, p. 2526 ; Adde DESCHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, p. 2542 et p. 2547 ; Adde ATIAS C., « Sur E. Mackaay et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Éditions Thémis, 2008 », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, p. 2473.

⁵⁴⁴ MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, op. cit., p. 3 et s.

⁵⁴⁵ POSNER R., *Economic analysis of Law*, op. cit., p. 253.

⁵⁴⁶ DEFFAINS B., « Réglementation et inefficacité : quelle corrélation ? », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, p. 63.

⁵⁴⁷ POSNER R., *Economic analysis of Law*, op. cit., p. 25.

comme une réalité existante mais comme une réalité souhaitable, sur le terrain de la théorie économique normative⁵⁴⁸.

b. L'analyse économique du droit normative

188. L'analyse économique du droit, dans son volet normatif, a pour objet de déterminer les règles de droit efficientes. À l'instar des autres branches de l'économie néo-classique, elle considère les individus comme des êtres rationnels et maximisateurs de leur bien-être, entendu au sens de l'allocation optimale des ressources et plus précisément au sens de Kaldor-Hicks⁵⁴⁹.

Cependant, prenant en compte les enseignements du théorème de Coase, elle considère que les coûts de transaction ne sont jamais nuls dans le monde réel⁵⁵⁰ et qu'il revient donc au juge, lorsque ceux-ci s'opposent à la mise en œuvre de l'échange, de redéfinir les droits de façon efficiente⁵⁵¹. De manière générale, l'analyse économique du droit préfère donc les systèmes juridiques intervenant *a posteriori* par le biais du juge aux systèmes de réglementation⁵⁵².

189. L'analyse économique du droit a vocation à appliquer ce modèle à tous les domaines de la vie sociale, c'est-à-dire non seulement aux objets juridiques traditionnellement considérés comme proches par nature de la théorie économique, comme le droit de la concurrence⁵⁵³, mais plus généralement à tous les objets de la vie juridique, comme la propriété, le contrat, la famille, la responsabilité, la procédure, etc. En somme, il n'existe aucun pan du droit qui échappe à l'analyse économique du droit⁵⁵⁴.

190. En matière d'ouverture à la concurrence des industries de réseau, l'analyse économique du droit réfute l'idée que la réglementation du monopole naturel constitue la solution la plus efficace, et lui préfère l'idée de la mise en œuvre d'une concurrence pour le marché⁵⁵⁵. De ce point de vue,

⁵⁴⁸ MERCURO N., « Le *common law*, l'efficacité et la *Law and Economics* institutionnaliste aux États-Unis », *op. cit.*, p. 69 ; *Adde* BERGEL J.-L., CHÉROT J.-Y., « Avant-propos », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, p. 2456 ; *Adde* RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2509-2519.

⁵⁴⁹ POSNER R., *Economic analysis of Law*, *op. cit.*, pp. 10-15.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 53.

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² DEFFAINS B., « Responsabilité et incitations dans les régulations économiques », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2007, p. 18 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 57-58.

⁵⁵³ POSNER R., *Economic analysis of Law*, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁵⁴ Le traité de Posner passe ainsi en revue, avec les outils de la théorie néoclassique, tous les domaines du droit *V.*, à cet égard, la table des matières du traité de Posner, in POSNER R., *Economic analysis of Law*, *op. cit.*, pp. xi-xix.

⁵⁵⁵ POSNER R., *Economic analysis of Law*, *op. cit.*, pp. 277-414 ; *Adde* DEMSETZ H., « Why regulate utilities ? », *article précité*, pp. 55-65 ; *Adde* YVRANDE-BILLON A., *Choix contractuels et performances, Le cas des chemins de fer britanniques*, *op. cit.*, p. 64.

il est vrai que l'analyse économique du droit semble dépassée⁵⁵⁶. Cependant, elle a depuis intégré une autre théorie économique en son sein, l'économie des réseaux, qui est aujourd'hui la théorie économique de référence en la matière.

§ 2. L'avènement de l'économie des réseaux, branche de l'analyse économique du droit

191. Dépassée dans les solutions qu'elle proposait concernant les industries de réseau, l'analyse économique du droit a repris à son compte les analyses de l'économie des réseaux⁵⁵⁷. Cette théorie économique néoclassique a émergé au milieu des années 1980 à l'occasion du démantèlement d'AT&T aux États-Unis, et est apparue en France au début des années 1990⁵⁵⁸. Elle constitue encore aujourd'hui la théorie économique de référence en matière d'ouverture à la concurrence des industries de réseau⁵⁵⁹ tant du point de vue positif (A) que normatif (B).

A. L'économie des réseaux positive

192. Du point de vue positif, l'économie des réseaux adopte une conception originale du réseau (1) qui lui permet de remettre en cause la notion même de monopole naturel (2).

1. La définition du réseau

193. La théorie de l'économie des réseaux donne une définition générale du réseau (a), mais également une définition spécifique dans le cadre des industries de réseau (b).

a. La définition générale du réseau

194. Si la théorie de l'économie des réseaux ne prétend pas détenir une définition générale et incontestable du « réseau »⁵⁶⁰, elle cherche néanmoins à en déterminer les principales caractéristiques⁵⁶¹. Elle envisage alors le réseau en termes de réseau d'intermédiation, c'est-à-dire qu'elle considère le réseau comme un lieu de rencontre physique entre l'offre et la demande⁵⁶². Cepen-

⁵⁵⁶ KIRAT T., « L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit », *op cit.*, p. 343.

⁵⁵⁷ KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, *op. cit.*, pp. 149-152 ; Adde MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁵⁸ KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, *op. cit.*, p. 149 ; Adde PERROT A., BUREAU D., « Régulation des entreprises de réseau : présentation générale », in *Régulation des entreprises de réseaux, Économie et Prévision*, 1995, n°119, p. 57.

⁵⁵⁹ *V.*, notamment PENARD T., « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *article précité*, p. 294.

⁵⁶⁰ Pour une analyse du terme « réseau », *V.*, DUPUY G., « Avant-propos », in N. Curien (dir.), *Économie et management des entreprises de réseau. Économie des réseaux. Réseaux organisateurs. Management en Réseau*, Paris, ENSPTT/Economica, 1992, pp. vii-xiii.

⁵⁶¹ CURIEN N., « Introduction », in N. Curien (dir.), *Économie et management des entreprises de réseau. Économie des réseaux. Réseaux organisateurs. Management en Réseau*, Paris, ENSPTT/Economica, 1992, pp. xv-xvi.

⁵⁶² CURIEN N., *Économie des réseaux*, Paris, La découverte, « Repères », 2005, pp. 3-9.

dant, pour éviter le risque que tout puisse être considéré comme un réseau⁵⁶³, elle y ajoute l'existence d'externalités de réseau et notamment de l'effet de club⁵⁶⁴.

Ainsi, la définition que donne la théorie de l'économie des réseaux apparaît extrêmement large. En effet, le réseau englobe non seulement les télécommunications, l'énergie, les chemins de fer⁵⁶⁵, mais également d'autres champs comme la distribution commerciale ou encore les réseaux bancaires⁵⁶⁶. Cependant, cette théorie se spécialise toutefois dans les industries de réseau.

b. La définition particulière du réseau dans les industries de réseau

195. Si elle dispose donc d'une définition très large du réseau, l'économie des réseaux reconnaît cependant que celui des industries de réseau présente des caractéristiques spécifiques. Il s'agit d'une part de la division en trois couches (i) et d'autre part de l'externalité de club (ii).

i. La divisibilité du réseau en trois couches superposées

196. La théorie de l'économie des réseaux conçoit le réseau dans les industries de réseau en trois couches principales, dont le degré de réceptivité à la concurrence est variable. La couche la plus haute, qui correspond à la couche des services finals rendus aux clients, et la couche médiane, qui correspond à la couche des services de contrôle et de direction du réseau, sont susceptibles de faire l'objet d'une organisation concurrentielle. La couche basse, qui correspond aux infrastructures, pose au contraire des problèmes plus délicats⁵⁶⁷.

De ce point de vue, l'ouverture à la concurrence est souhaitable à chaque fois qu'il est possible de le faire, c'est-à-dire jusqu'aux éléments de monopole naturel qui doivent faire l'objet d'une régulation incitative⁵⁶⁸. Cependant, si la théorie de l'économie des réseaux semble admettre parfois le maintien du monopole naturel comme pour le transport électrique, elle considère généralement que les monopoles naturels ont vocation à disparaître⁵⁶⁹, prenant notamment appui sur l'hypothèse du développement d'infrastructures alternatives à l'œuvre dans le secteur des communications électroniques, modèle de référence⁵⁷⁰.

⁵⁶³ CURIEN N., « Introduction », *op. cit.*, p. xx.

⁵⁶⁴ *Cf. Infra.*

⁵⁶⁵ CROISSANT Y., VORNETTI P., « État, marché et concurrence. Les motifs de l'intervention publique », *op. cit.*, p. 6.

⁵⁶⁶ CURIEN N., « Introduction », *op. cit.*, p. xviii.

⁵⁶⁷ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 9-14 ; Adde PERROT A., « Ouverture à la concurrence dans les réseaux. L'approche stratégique de la théorie de l'économie des réseaux », *article précité*, p. 59. On appelle parfois cette conception « *théorie des trois couches* ». V., CURIEN N., « Introduction », *op. cit.*, p. xx ; Adde BARALE F., « Critique de la nouvelle économie des réseaux et de son principe de séparation de l'infrastructure et des services », *Revue d'économie industrielle*, n° 91, 2000, p. 12.

⁵⁶⁸ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁷⁰ FLACHER D., JENNEQUIN H., LORENZI J.-H., « Innovation, investment and Regulation: What are the options for Regulation in the near future ? », *Communications & strategies*, n°64, 2006, p. 3 et s.

Dans les télécommunications, on distingue ainsi la couche basse, correspondant aux réseaux, des couches médianes et hautes, qui tendent à fusionner et correspondent aux services. Dans l'électricité, l'interconnexion, le transport et la distribution constituent la première couche, le pilotage du réseau correspond à la couche médiane, tandis que les services finals rendus aux clients, parmi lesquels la production et la fourniture, constituent la couche des services. Une telle représentation est également appliquée à d'autres industries de réseau⁵⁷¹.

La division du réseau en trois couches permet donc d'envisager l'ouverture à la concurrence des réseaux. Cette hypothèse vient s'ajouter à celle de l'effet de club.

ii. L'existence d'une externalité positive de club

197. Au-delà de l'hypothèse de la division en trois couches, l'économie des réseaux fonde la possibilité de l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux sur une externalité caractéristique du réseau de télécommunications, bien davantage que d'autres réseaux⁵⁷², l'effet de club.

L'effet de club, externalité positive, est la propriété selon laquelle chaque consommateur du réseau tire un avantage de la consommation des autres en plus de la sienne, tant du point de vue de la demande que de l'offre⁵⁷³. Du point de vue de la demande, l'effet de club crée des complémentarités fortes entre des produits appartenant à des marchés différents, profitant notamment du phénomène de convergence, et conduit ainsi à l'augmentation des consommations et des entreprises présentes sur le marché⁵⁷⁴. Du point de vue de l'offre, il crée des externalités de production, dans le sens où l'effet de club crée des synergies entre les différents producteurs et donc encourage l'interopérabilité⁵⁷⁵. Cette externalité encourage alors la compatibilité spontanée des produits et par voie de conséquence la concurrence⁵⁷⁶.

198. La théorie de l'économie des réseaux reconnaît cependant l'existence d'externalités de réseau négatives dont les effets peuvent être inverses, comme les congestions, les nuisances, les refus d'interopérabilité, etc.⁵⁷⁷. Néanmoins, elle considère qu'il est possible de les internaliser par le biais de structures tarifaires *a priori*, et de les empêcher *a posteriori*, le cas échéant, par l'application du droit de la concurrence⁵⁷⁸.

⁵⁷¹ V., CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*

⁵⁷² CURIEN N., GENSOLLEN M., *Économie des télécommunications, Ouverture et réglementation*, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁷³ PERROT A., BUREAU D., « Régulation des entreprises de réseau : présentation générale », *article précité*, pp. 60-62.

⁵⁷⁴ PENARD T., « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *article précité*, p. 294.

⁵⁷⁵ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 9-14.

⁵⁷⁶ *Cf. Infra.*

⁵⁷⁷ PERROT A., « Ouverture à la concurrence dans les réseaux. L'approche stratégique de l'économie des réseaux », *article précité*, pp. 62-64.

⁵⁷⁸ *Cf. Infra.*

199. Le réseau étant ainsi défini par une division en trois couches et par l'existence d'effets de club, il est possible de dépasser les défaillances de marché mises en avant par l'économie publique et justifiant le recours au monopole réglementé.

2. La remise en cause du monopole naturel

200. Une telle définition du réseau permet à l'économie des réseaux de remettre en cause l'hypothèse du monopole naturel dans le secteur des communications électroniques (a) et dans une moindre mesure dans le secteur de l'électricité (b).

a. La remise en cause du monopole naturel dans les communications électroniques

201. Si l'instauration de la concurrence ne pose guère de difficultés sur la couche haute et médiane du réseau, elle peut être plus complexe sur la couche basse en raison de la présence de monopoles naturels. Cependant, l'économie des réseaux émet l'hypothèse que le maintien de ces monopoles naturels est, dans le pire des cas, de nature transitoire, notamment en raison du développement technologique (i). Ce développement technologique se conjugue à l'effet de club pour rendre possible l'exercice de la concurrence (ii).

i. L'effet pro-concurrentiel du développement technologique

202. L'argument du développement technologique est fondamental dans la théorie de l'économie des réseaux, dans la mesure où il fonde la disparition des monopoles naturels et par voie de conséquence la possibilité de mettre en place une concurrence de droit commun à place d'une régulation sectorielle⁵⁷⁹. Ce dépassement technologique se produirait ainsi par la construction de réseaux fixes alternatifs, le contournement des réseaux fixes par le mobile, et par le phénomène de la convergence.

203. En premier lieu, la théorie de l'économie des réseaux constate la possibilité de mettre en place des réseaux alternatifs à ceux de l'opérateur historique. Cette possibilité est liée à des avancées technologiques ayant permis une chute brutale des coûts qui a fait perdre aux réseaux de communications électroniques leurs caractéristiques de monopoles naturels⁵⁸⁰. Il peut s'agir de

⁵⁷⁹ *V.*, parmi de nombreux autres exemples CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 46 et p. 69 ; *Adde* FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, Paris, ECONOMICA, 2007, p. 1 ; *Adde* CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, Paris, Economica, « Nouvelles technologies de l'information et de la Communications », 2004, p. 8, p. 100 et p. 123 et s.

⁵⁸⁰ FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, pp. 244-245.

réseaux construits *ex nihilo* et de réseaux développés à partir de réseaux existants, actifs ou passifs⁵⁸¹. La création de ces réseaux engendre alors une concurrence par les infrastructures.

204. En deuxième lieu, la théorie de l'économie des réseaux considère que la technologie mobile permet de dépasser les maillons de monopole naturel restants, comme la boucle locale filaire⁵⁸². En effet, ces technologies sans fil, du fait de leurs caractéristiques techniques, ne constituent pas des monopoles naturels⁵⁸³. On peut citer ici la technologie des licences mobiles de troisième et bientôt de quatrième génération, qui permettent de faire sensiblement la même chose avec des appareils mobiles qu'avec les réseaux fixes, notamment en termes d'accès à internet, les systèmes de boucles locales radios permettant de se connecter à l'utilisateur final sans investissements considérables, voire le développement des communications par satellites⁵⁸⁴.

205. En troisième lieu, l'économie des réseaux met en avant les conséquences du processus de convergence dans le dépassement du monopole naturel. En vertu de ce principe, les contenus et les réseaux se rapprochent technologiquement⁵⁸⁵ ce qui conduit progressivement à une convergence des métiers et des opérateurs⁵⁸⁶. Plusieurs types de convergences sont ainsi observables et ont un impact du point de vue concurrentiel.

Tout d'abord, il existe une convergence des réseaux qui permet une concurrence par les infrastructures⁵⁸⁷ dans la mesure où elle permet de contourner les maillons de monopole naturel⁵⁸⁸. Par exemple, les réseaux câblés peuvent désormais être utilisés pour fournir des services de communications électroniques⁵⁸⁹. Cette convergence explique qu'une concurrence entre infrastructures se soit développée plus facilement dans les pays où, historiquement, les réseaux câblés sont bien implantés⁵⁹⁰, comme au Royaume-Uni où le régulateur a fait en sorte d'encourager le développement des câblo-opérateurs⁵⁹¹.

Ensuite, il existe une convergence des communications électroniques, de l'audiovisuel et de l'informatique par le biais des technologies « *tout IP* » permettant l'apparition d'opérateurs in-

⁵⁸¹ CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, pp. 11-18.

⁵⁸² SIDAK J. G., « The failure of good intentions : the collapse of American telecommunications after six years of deregulation », in C. Robinson (Ed.), *Successes and Failures in Regulating and Deregulating Utilities, Evidence from the UK, Europe and the USA*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2004, p. 10. *Cf. Infra.*

⁵⁸³ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, 2005, p. 70 ; *Adde* GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 7.

⁵⁸⁴ CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, pp. 19-32. *V.*, également FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, pp. 244-245.

⁵⁸⁵ FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, p. 249.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 246.

⁵⁸⁷ CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁵⁸⁸ GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁸⁹ CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 160.

⁵⁹¹ GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 191-192.

tégrés fournissant les trois types de services⁵⁹², ce qui renforce la concurrence.

Par ailleurs, on constate une convergence entre les réseaux fixes et les réseaux mobiles, puisque ces derniers sont de plus en plus capables de prendre en charge des fonctionnalités jusqu'ici uniquement accessibles par le biais de l'accès à internet via le réseau fixe⁵⁹³. Cela permet bien sûr de développer la concurrence par les infrastructures.

Enfin, on constate une convergence entre les réseaux de communications électroniques et les réseaux électriques, puisque ceux-ci peuvent de plus en plus être utilisés pour acheminer des communications électroniques⁵⁹⁴. Cette solution technique serait susceptible de développer la concurrence par les infrastructures, même si cette technologie n'en est aujourd'hui qu'à ses balbutiements⁵⁹⁵.

206. En somme, l'hypothèse du monopole naturel n'est plus pertinente pour la théorie de l'économie des réseaux, notamment grâce au développement technologique qui permet désormais de le contourner par de nombreux moyens. Ce développement technologique se conjugue par ailleurs à l'effet de club dont l'effet est pro-concurrentiel.

ii. L'effet pro-concurrentiel de l'effet de club

207. L'effet de club, en ce qu'il stimule l'agrandissement du club tant du point de vue de l'offre que du point de vue de la demande, est considéré comme ayant un effet pro-concurrentiel entraînant une concurrence auto-entretenu par un effet boule de neige⁵⁹⁶.

Cela implique alors de distinguer deux phases principales d'ouverture à la concurrence dans les industries de réseau, selon la masse critique qu'a atteint le marché. Dans un premier temps, le marché est trop petit et l'effet de club n'est pas activé, et les incitations concurrentielles sont donc faibles. Dans un second temps, au contraire, c'est-à-dire dès que le marché est arrivé à maturité, l'effet de club va jouer automatiquement pour entraîner une croissance auto-entretenu⁵⁹⁷. La réglementation doit alors accompagner l'évolution de ce marché en augmentant progressivement sa maturité jusqu'à que la concurrence puisse produire cet effet.

208. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que le monopole naturel n'est plus une hypothèse pertinente pour l'économie des réseaux en ce qui concerne les commu-

⁵⁹² FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, pp. 246-249 ; *Adde* GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 60-61.

⁵⁹³ NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 45.

⁵⁹⁴ SABLIERE P., « Électricité et communications électroniques », *AJDA*, 2006, pp. 1196-1200.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, pp. 1200-1202.

⁵⁹⁶ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 9-14.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, pp. 24-25.

nications électroniques. C'est également le cas, quoique soutenir cette hypothèse soit beaucoup plus difficile, concernant le secteur électrique.

b. La remise en cause du monopole naturel dans l'électricité

209. Dans le secteur de l'électricité, l'impact du développement technologique est moindre que dans le secteur des communications électroniques. Il faut ici distinguer la couche des services de la couche du réseau.

Du point de vue des services, il semble acquis que le développement technologique, par la multiplication des procédés de production, a renforcé les possibilités de mettre en place une concurrence dans le domaine de la production⁵⁹⁸.

Du point de vue du réseau, cependant, la situation est beaucoup plus complexe et la théorie de l'économie des réseaux semble parfois admettre l'existence d'un monopole naturel, parfois au contraire considérer que le monopole naturel va également disparaître⁵⁹⁹. L'économie des réseaux semble en somme assez mal à l'aise concernant sa propre capacité à servir de cadre d'analyse au secteur électrique.

210. Pour conclure, du point de vue positif, la théorie de l'économie des réseaux apparaît construite sur un ensemble d'hypothèses opposées à celles de l'économie du bien-être. Celles-ci lui permettent, du point de vue normatif, de proposer l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux selon un schéma allant de la régulation dite *ex ante* à la régulation dite *ex post*.

B. L'économie des réseaux normative

211. La procédure d'ouverture à la concurrence des industries de réseau comprend deux aspects différents, dont l'un est beaucoup plus développé que l'autre. Le premier aspect est la régulation économique, le second la régulation politique⁶⁰⁰. Du point de vue économique, l'économie des réseaux préconise la mise en œuvre d'un certain nombre de règles en distinguant trois étapes successives dans le sens de la progression vers un marché concurrentiel (1). Du point de vue politique, l'économie des réseaux prend acte de la mise en place de systèmes de service universel et préconise des modalités de mise en œuvre (2).

⁵⁹⁸ ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 242, 2006, p. 102 et pp. 107-109.

⁵⁹⁹ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 76.

1. La régulation économique

212. L'économie des réseaux suit un programme normatif d'ouverture à la concurrence des industries de réseau en trois phases. La première phase est dite juridique, et consiste à établir le cadre juridique de la réforme. La seconde phase est dite prescriptive, et consiste à mettre en œuvre des règles incitatives par une régulation sectorielle. On la qualifie de régulation *ex ante*. La troisième phase est dite comportementale, et consiste alors à remplacer les règles sectorielles par le droit commun de la concurrence. C'est ce que l'on qualifie de régulation *ex post*⁶⁰¹(a). La distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post* est un trait caractéristique de la théorie de l'économie des réseaux, et se situe au cœur de ses réflexions⁶⁰². Ainsi, l'économie des réseaux insiste particulièrement sur l'articulation entre les autorités de régulation et les autorités de concurrence et sur les différences existant entre elles (b).

a. Les trois phases du processus d'ouverture à la concurrence

213. Il faut ici distinguer les trois phases successives prévues par la théorie de l'économie des réseaux que sont la phase juridique (i), la régulation *ex ante* (ii) et la régulation *ex post* (iii).

i. La phase juridique

214. Dans un premier temps, il s'agit pour l'État de poser les règles minimales pour créer un marché qui n'existait pas auparavant. Il doit dès lors déterminer les principes fondamentaux de l'accès à l'infrastructure, les règles d'attribution des ressources rares, les obligations d'interopérabilité des réseaux⁶⁰³, et surtout prévoir la modification du régime de propriété de l'opérateur historique et sa dé-intégration, notamment en divisant l'exploitation des infrastructures et l'exploitation des services⁶⁰⁴.

Cependant, si elle prend en compte l'existence de cette phase, la théorie de l'économie des réseaux l'étudie en réalité très peu. Le cœur de son analyse est la régulation dite *ex ante*.

ii. La régulation *ex ante*

215. Dans un deuxième temps, et il s'agit là du cœur de l'économie des réseaux, il convient de mettre en place une régulation *ex ante* du secteur. Celle-ci consiste à mettre en œuvre, par le biais

⁶⁰¹ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 79.

⁶⁰² FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, p. 1.

⁶⁰³ LASSERRE B., « Régulation, mode d'emploi », in *Services publics et marché : Père des régulateurs, Sociétal*, n°30, 2000, pp. 77-79.

⁶⁰⁴ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 72.

d'un régulateur sectoriel, un ensemble de règles spéciales destinées à forcer le fonctionnement du marché. Elle comporte d'une part un aspect organique et d'autre part un aspect matériel.

216. D'un point de vue organique, l'analyse réalisée par la théorie de l'économie des réseaux consiste à préconiser la mise en place d'un régulateur sectoriel. Cependant, cette analyse est assez simple, voire simpliste, dans la mesure où elle n'est en définitive que de nature économique.

Il apparaît en effet que, contrairement aux questions tarifaires, la théorie de l'économie des réseaux discute peu de l'aspect institutionnel de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau. Elle propose certes quelques éléments de nature à justifier l'existence des autorités de régulation, tels que l'expertise, l'indépendance à l'endroit de l'industrie, ou encore l'étendue des pouvoirs des régulateurs facilitant la lutte contre les asymétries d'informations⁶⁰⁵. Cependant, il existe un certain nombre d'éléments qui ne sont pas, ou mal, traités par cette théorie.

Il apparaît en effet que les analyses en termes d'économie des réseaux considèrent souvent l'existence d'un régulateur comme donnée⁶⁰⁶ ou nécessaire, sans qu'elles prennent la peine d'expliquer de façon approfondie les déterminants de l'émergence de ce type de structure et l'augmentation continue de leurs pouvoirs⁶⁰⁷. Elle est par ailleurs incapable d'expliquer pourquoi il existe des différences entre pays européens ou encore pourquoi l'indépendance des régulateurs n'est en réalité que relative⁶⁰⁸. De manière plus générale, les problématiques juridiques, pourtant fondamentales en la matière, sont mises de côté.

Dès lors, l'analyse de l'aspect organique de la régulation n'est que très partiellement éclairée par la théorie de l'économie des réseaux⁶⁰⁹. Sans doute, plutôt que d'opérer une analyse approfondie de l'émergence de ce type d'institutions, l'économie des réseaux a-t-elle raisonné par analogie avec l'exemple des banques centrales⁶¹⁰, ou encore avec l'exemple américain.

217. D'un point de vue matériel, la théorie de l'économie des réseaux rejoint la nouvelle économie de la réglementation dans son volet incitatif⁶¹¹. En effet, pour pousser à l'effet de club et ouvrir un accès aux réseaux de l'opérateur dominant, la régulation *ex ante* va mettre en œuvre un certain nombre de contrats incitatifs ayant objet de lutter contre les asymétries d'information⁶¹².

⁶⁰⁵ REY P., « Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 17-28.

⁶⁰⁶ PERROT A., « Ouverture à la concurrence dans les réseaux. L'approche stratégique de la théorie de l'économie des réseaux », *article précité*, pp. 62-64.

⁶⁰⁷ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, pp. 76-77.

⁶⁰⁹ *Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.*

⁶¹⁰ TRAINAR P., « L'économiste et le régulateur », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs*, *Sociétal*, n°30, 2000, p. 84.

⁶¹¹ PERROT A., « Ouverture à la concurrence dans les réseaux. L'approche stratégique de la théorie de l'économie des réseaux », *article précité*, p. 59 ; *Adde* LAFFONT J.-J., TIROLE J., *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, *op. cit.*, p. xvii ; *Adde* KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, *op. cit.*, pp. 149-152.

⁶¹² *V.*, par exemple CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, pp. 4-5.

Tandis que la démarche prescriptive est particulièrement exigeante en informations et par conséquent très coûteuse pour une efficacité relativement faible, l'approche incitative consiste à choisir un certain nombre de solutions alternatives parmi lesquelles l'entreprise va choisir celle qui est la plus adaptée à ses besoins et, dans le même temps, révéler ses informations⁶¹³.

Cependant, dans le cadre de l'économie des réseaux, ces contrats incitatifs sont traités essentiellement sous l'angle des questions de tarification. Concrètement, il s'agit d'élaborer un certain nombre de formules économétriques ayant pour objet d'obtenir la tarification la plus efficace en internalisant les externalités de réseau⁶¹⁴. L'économie des réseaux a alors pour but d'élaborer des méthodes de calcul fondées sur des principes économiques transparents, non discriminatoires, et orientés vers l'efficacité économique⁶¹⁵. Pour ce faire, elle cherche d'abord à déterminer le coût pertinent puis la formule de fixation du prix pertinente⁶¹⁶.

218. D'une part, se pose donc la question de savoir quelle méthode il convient de mettre en place pour obtenir le coût économiquement pertinent.

De ce point de vue, la théorie de l'économie des réseaux a d'abord rejeté comme étant inefficace la méthode dite des « *coûts complets entièrement distribués* », ou « *FDC* », pour « *Fully Distributed Costs* ». Cette méthode consiste à déterminer le coût fixe et à le répartir en fonction d'un critère, qui peut par exemple être le prorata du chiffre d'affaires, la quantité de trafics, ou d'autres indicateurs. Cette méthode est considérée comme tout à fait inefficace dans la mesure où le choix du critère de répartition est arbitraire, la détermination du coût contestable car fondée sur la comptabilité de l'opérateur, et parce que l'allocation des ressources n'est pas efficace puisqu'elle peut donner lieu à des surconsommations ou à des sous-consommations⁶¹⁷.

Dès lors, c'est une solution alternative qui est proposée par l'économie des réseaux pour déterminer le coût pertinent. Il s'agit de la méthode des « *coûts moyens incrémentaux de long terme* », dits CMILT. Le coût pris en compte ici est un coût anticipé de long terme, intégrant le développement technologique et la meilleure optimisation possible du réseau, augmenté d'une marge⁶¹⁸. La théorie de l'économie des réseaux reconnaît que cette méthode présente l'avantage d'inciter à l'efficacité, tant du point de vue de l'entrée de nouveaux concurrents que du développement du

⁶¹³ LORIDAN-BAUDRIER A., *Coûts de coordination, structures de gouvernance réglementaire et environnement institutionnel : une analyse économique néo-institutionnelle de la mise en œuvre du cadre réglementaire européen des communications électroniques*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Économiques, Paris 1, 2007, p. 126.

⁶¹⁴ PERROT A., « Ouverture à la concurrence dans les réseaux. L'approche stratégique de la théorie de l'économie des réseaux », *article précité*, pp. 62-64.

⁶¹⁵ DANG NGUYEN G., PHAN D., *Économie des télécommunications et de l'internet*, Paris, Economica, « Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication », 2000, p. 56.

⁶¹⁶ FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, p. 101.

⁶¹⁷ DANG NGUYEN G., PHAN D., *Économie des télécommunications et de l'internet*, *op. cit.*, p. 57 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, p. 29.

⁶¹⁸ DANG NGUYEN G., PHAN D., *Économie des télécommunications et de l'internet*, *op. cit.*, p. 59 ; Adde FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, pp. 104-105.

marché, sans trop s'éloigner de l'efficacité allocative⁶¹⁹.

Cependant, cette méthode présente des défauts. Elle est d'abord difficile à mettre en œuvre compte tenu des difficultés à prédire l'avenir dans le secteur des communications électroniques⁶²⁰. En outre, cette tarification ne garantit ni l'absence de subventions croisées ni l'absence de discrimination tarifaire, et surtout elle n'est pas optimale, puisqu'elle n'est ni de premier ni de deuxième rang⁶²¹. Par ailleurs, le recours à la méthode des CMILT ne fait pas consensus dans la mesure où il existe deux méthodes pour les évaluer, la méthode du *top-down*, additionnant les coûts liés à l'interconnexion et une quote-part des coûts communs, tandis que la méthode *bottom-up* calcule les coûts subis par l'opérateur s'il utilisait les dernières techniques disponibles, nécessairement moins chères⁶²².

219. D'autre part, et conformément au modèle de l'économie de la réglementation, il convient de déterminer les méthodologies de tarification une fois définis les coûts pertinents. Le principal problème ici est d'adopter des mécanismes permettant de lutter contre les asymétries d'information, ce qui suppose des méthodes pour recueillir les informations dont le régulateur a besoin⁶²³. L'économie des réseaux a alors étudié un certain nombre de mécanismes tarifaires successifs afin de déterminer le plus efficace du point de vue économique.

220. Le premier mécanisme étudié est celui de la fixation du prix en fonction du taux de rentabilité du capital, dit également « *rate of return* ». Il s'agit d'un procédé de tarification dans lequel l'entreprise reçoit un prix égal à son coût, majoré d'une marge additionnelle dont le montant est fixé *a priori*. Ces mécanismes ont pour avantage d'inciter à la réalisation d'investissements et d'empêcher un profit excessif des opérateurs. Cependant, ce procédé n'est pas considéré comme performant, car il n'incite pas l'entreprise à réduire ses coûts puisque ceux-ci lui sont remboursés, et au contraire incite l'entreprise à surinvestir dans le capital et à construire des réseaux surdimensionnés au regard de la demande ou du degré de maturité des marchés. Enfin, cette méthode présente l'inconvénient de dépendre de la comptabilité de l'opérateur, dont on ne peut s'assurer de la transparence⁶²⁴. L'économie des réseaux préconise donc son abandon.

221. Par la suite, la théorie de l'économie des réseaux a d'abord proposé, afin de favoriser au maximum l'arrivée de nouveaux entrants, la règle dite « *EPCR* », pour « *Efficient Component Pricing*

⁶¹⁹ FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, op. cit., pp. 104-105 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, op. cit., pp. 36-39.

⁶²⁰ DANG NGUYEN G., PHAN D., *Économie des télécommunications et de l'internet*, op. cit., p. 59.

⁶²¹ FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, op. cit., pp.104-105 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, op. cit., pp. 36-39.

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, op. cit., pp. 26-27.

Rule ». Cette méthode consiste à garantir les revenus de l'opérateur historique pour que celui-ci ne s'oppose pas à l'entrée de concurrents sur le marché, et pour ce faire, à établir un prix d'accès correspondant au manque à gagner résultant pour l'opérateur historique de l'utilisation de son réseau par son concurrent. Cette méthode, outre le fait que l'opérateur historique ne s'oppose pas à l'entrée de concurrents, a pour avantage de ne faire entrer sur le marché que des entreprises efficaces, puisqu'elles seules sont en mesure de réaliser des profits alors même qu'elles doivent compenser le manque à gagner, pour les mêmes produits, subi par l'opérateur historique⁶²⁵. Cependant, la théorie de l'économie des réseaux a fini par admettre l'inefficacité de cette formule : elle a en effet tendance à pousser l'opérateur historique à l'inefficacité⁶²⁶.

222. Alors, la théorie de l'économie des réseaux a proposé des tarifs considérés comme répondant à l'objectif d'efficacité, au moins statique, les prix de « *Ramsey-Boiteux* ».

En théorie, et selon les principes bien établis de l'économie publique, la tarification optimale est la tarification au coût marginal. Cependant, dans le cadre de la théorie du monopole naturel, la tarification au coût marginal ne permet pas de couvrir les coûts fixes du monopole et le contraint à la faillite, d'où la nécessité de prévoir des mécanismes de subventions⁶²⁷. Toutefois, ces derniers étant relativement inefficaces, on leur préfère des mécanismes de tarification de second rang prenant en compte l'équilibre budgétaire de l'entreprise⁶²⁸.

Les prix optimaux de second rang sont, pour la nouvelle économie de la réglementation comme pour la théorie de l'économie des réseaux qui en reprend ici les principes⁶²⁹, les prix de « *Ramsey-Boiteux* », fondés sur la détermination de la marge de l'entreprise en fonction de l'élasticité prix-demande de chaque produit considéré⁶³⁰. Cette formule est efficace économiquement car elle permet de s'assurer du financement des coûts fixes tout en s'éloignant le moins possible des tarifs de premier rang correspondant au coût marginal⁶³¹.

Néanmoins, l'économie des réseaux a évolué sur ce point considérant qu'en pratique, ces formules sont difficiles à mettre en œuvre du fait des asymétries d'information. En effet, l'autorité de régulation ne dispose pas de toutes les informations qui seraient nécessaires à la mise en œuvre de cette formule⁶³². Par ailleurs, cette méthode peut avoir des effets discriminatoires, puisque c'est

⁶²⁵ CURIEN N., *Économie des réseaux*, op. cit., p. 88 ; Adde DANG NGUYEN G., PHAN D., *Économie des télécommunications et de l'internet*, op. cit., pp. 58-59.

⁶²⁶ CURIEN N., *Économie des réseaux*, op. cit., p. 88.

⁶²⁷ FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, op. cit., pp. 101-102.

⁶²⁸ CURIEN N., *Économie des réseaux*, op. cit., pp. 51-53.

⁶²⁹ *Ibid.*, pp. 53-55 ; Adde DANG NGUYEN G., PHAN D., *Économie des télécommunications et de l'internet*, op. cit., pp. 59-61 ; Adde FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, op. cit., pp. 101-102.

⁶³⁰ LAFFONT J.-J., TIROLE J., *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, op. cit., p. 247 et s.

⁶³¹ CURIEN N., *Économie des réseaux*, op. cit., pp. 53-54 ; Adde DANG NGUYEN G., PHAN D., *Économie des télécommunications et de l'internet*, op. cit., pp. 59-61.

⁶³² CURIEN N., *Économie des réseaux*, op. cit., p. 54 ; Adde DANG NGUYEN G., PHAN D., *Économie des télécommunications et de l'internet*, op. cit., pp. 60-61.

de la consommation du client que dépendra le tarif en question, alors même que les coûts marginaux restent identiques⁶³³.

223. Dès lors, la méthode finalement proposée par l'économie des réseaux est la technique dite du « *price cap* », dans laquelle les prix sont fixés *a priori* et échelonnés dans le temps. Il s'agit en principe d'une méthode de tarification incitative dans la mesure où l'entreprise réalise d'autant plus de profit qu'elle baisse ses coûts, ceux-ci étant alors inférieurs à ceux qui avaient été déterminés *a priori*⁶³⁴. Ce dispositif est considéré comme pertinent par la théorie de l'économie des réseaux dans la mesure où il est efficient, flexible et où il permet de rapprocher les prix du coût marginal⁶³⁵, malgré ses défauts tenant d'une part à l'exigence d'un engagement sur le long terme du régulateur de ne pas modifier avant terme le tarif, et d'autre part aux risques de transferts d'efforts de l'opérateur au détriment de la qualité du service⁶³⁶.

La théorie de l'économie des réseaux a donc tendance à préférer les méthodes de type « *price-cap* » aux méthodes de type « *rate of return* », mais en théorie, la nouvelle économie de la réglementation démontre que la solution optimale consiste à proposer aux opérateurs une palette de tarifs, allant, à une extrémité, d'un tarif de type « *rate of return* », et à l'autre extrémité, d'un tarif de type « *price cap* ». Les entreprises pourraient alors choisir parmi ces tarifs, ce qui permettrait au régulateur de déterminer les firmes efficaces et inefficaces en fonction du tarif choisi et ainsi d'adapter son comportement en fonction de cette information⁶³⁷.

224. En définitive, la théorie de l'économie des réseaux propose un grand nombre de méthodes de tarification et apprécie leur efficacité respective. Il s'agit ici du cœur de la régulation dite *ex ante*. Celle-ci s'oppose à la régulation *ex post* qui en principe lui succède.

iii. La régulation *ex post*

225. La troisième phase du modèle de l'économie des réseaux est la régulation *ex post*. En effet, avec le développement du marché et notamment grâce au développement technologique, la concurrence entre les infrastructures devient possible⁶³⁸, et par voie de conséquence, la défaillance de marché ayant disparue, il n'y a plus besoin de réglementation⁶³⁹ et l'on peut voir se développer un

⁶³³ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 54.

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 51.

⁶³⁵ GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 28-29 et pp. 42-44.

⁶³⁶ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 50-51 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, p. 29.

⁶³⁷ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 49-50.

⁶³⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 11.

⁶³⁹ GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, p. 107 ; Adde NIKOLINAKOS N. T., *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*, The Netherlands, Kluwer Law International, « International Competition law series », 2006, p. 4 et pp. 21-22.

marché de l'interconnexion⁶⁴⁰.

Dès lors, le régulateur *ex ante* va se comporter de plus en plus comme une autorité de concurrence spécialisée, stade auquel elle tendra à se confondre avec le droit commun de la concurrence⁶⁴¹. Ainsi, les autorités de régulation ne sont pas pérennes mais au contraire destinées à disparaître progressivement au profit des seules autorités de concurrence⁶⁴². À la régulation *ex ante* doit donc se substituer la régulation *ex post*, cette dernière désignant l'application des règles de concurrence *a posteriori* par l'autorité de concurrence⁶⁴³.

226. La théorie de l'économie des réseaux opère alors une classification des secteurs en fonction de ce modèle. Tandis que le secteur des communications électroniques entre aujourd'hui dans la troisième phase, le secteur de l'énergie se situe dans la seconde⁶⁴⁴.

227. En définitive, le modèle de la théorie de l'économie des réseaux apparaît donc particulièrement normatif, puisqu'il pose une véritable procédure à suivre afin d'ouvrir à la concurrence l'ensemble des industries de réseau. De ce point de vue, la distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post* est l'apport principal de cette théorie économique. C'est ainsi qu'en plus de prévoir le passage de l'une à l'autre, l'économie des réseaux procède à une véritable théorisation des différences entre ces deux types d'intervention.

b. L'articulation entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post*

228. En vertu du schéma précédent, la question de l'articulation entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post*, c'est-à-dire entre l'action des autorités de régulation et l'action des autorités de concurrence, est une question fondamentale de la théorie de l'économie des réseaux. Cette dernière dégage ainsi un modèle général des rôles respectifs de ces deux types d'autorités⁶⁴⁵, appli-

⁶⁴⁰ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 86-87 ; Adde CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, p. 126.

⁶⁴¹ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 48-61.

⁶⁴² V., parmi de nombreux autres exemples, LASSERRE B., « Régulation, mode d'emploi », *article précité*, pp. 77-79 ; Adde BERGOUIGNOUX J., « Comment le régulateur gagnera sa légitimité », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs*, *Sociétal*, n°30, 2000, p. 61 ; Adde FRISON-RICHE M.-A., « La victoire du citoyen-client », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs*, *Sociétal*, n°30, 2000, p. 49.

⁶⁴³ FLACHER D., JENNEQUIN H., LORENZI J.-H., « Innovation, investment and Regulation: What are the options for Regulation in the near future ? », *article précité*, p. 9 et s.

⁶⁴⁴ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 79.

⁶⁴⁵ PERROT A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'économie*, n° 4/vol XVI, avril 2002, pp. 81-112.

cable quel que soit le secteur considéré⁶⁴⁶. Ces deux types d'autorités se différencient alors par les objectifs qu'elles poursuivent (i) et les moyens qu'elles utilisent à cette fin⁶⁴⁷ (ii).

i. Les différences d'objectifs des régulations *ex ante* et *ex post*

229. D'une part, les régulations *ex ante* et *ex post* se distinguent par la différence d'objectifs qu'elles poursuivent. En effet, tandis que les secondes sont chargées de veiller au respect des règles de concurrence, les premières sont chargées d'introduire progressivement la concurrence dans des secteurs spécifiques, mais aussi de mettre en œuvre le service universel et des considérations d'aménagement du territoire⁶⁴⁸.

En outre, les autorités de régulation sectorielle, à la différence des autorités de concurrence, sont chargées de développer la concurrence par les infrastructures. De ce point de vue, le modèle de l'économie des réseaux correspond à la théorie de l'« échelle des investissements », selon laquelle il faut pousser l'opérateur concurrent, par le biais d'incitations produites à travers la tarification, à investir dans la construction de réseaux alternatifs jusqu'au niveau de la concurrence par les infrastructures⁶⁴⁹.

ii. Les différences d'instruments des régulations *ex ante* et *ex post*

230. D'autre part, les régulations *ex ante* et *ex post* se distinguent par les instruments qu'elles utilisent, qui sont très différents. En effet, tandis que les secondes n'interviennent que de manière répressive et négative, les premières peuvent intervenir de manière préventive et positive sur la structure du marché par la détermination du nombre des opérateurs, de la qualité attendue, de la quantité ou du prix des biens disponibles sur le marché, définissant en somme le cadre économique et juridique d'ensemble en vigueur dans le secteur⁶⁵⁰. Les autorités de concurrence sont ainsi moins armées que les régulateurs sectoriels pour révéler l'information⁶⁵¹.

231. Il résulte de ces différences, pour la théorie de l'économie des réseaux, que les procédures suivies par ces deux types d'autorités sont logiquement différentes. Ainsi, les autorités de concu-

⁶⁴⁶ V., pour une application de ce modèle au secteur électrique, PERROT A., « Régulation et politique de concurrence dans les réseaux électriques », in *L'ouverture des marchés de l'électricité en Europe*, *Économie publique*, 2004/1, pp. 159-167.

⁶⁴⁷ CHONÉ P., « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 49.

⁶⁴⁸ PERROT A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *article précité*, pp. 82-83 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 14-18.

⁶⁴⁹ FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, pp. 69-70.

⁶⁵⁰ PERROT A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *article précité*, pp. 87-91 ; Adde REY P., « Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation », *op. cit.*, pp. 18-21.

⁶⁵¹ PERROT A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *article précité*, pp. 97-103.

rence interviennent essentiellement *a posteriori* et au cas par cas, tandis que les autorités de régulation interviennent essentiellement *a priori* et de manière permanente⁶⁵². Par ailleurs, Les autorités de concurrence disposent d'un moindre pouvoir discrétionnaire que les autorités de régulation, car elles sont contraintes par des procédures plus lourdes ou par la cohérence de l'ensemble de la branche du droit de la concurrence⁶⁵³. En outre, en raison de leur mode de nomination et de leur absence de spécialisation, les autorités de concurrence sont moins soumises au risque de capture que les régulateurs⁶⁵⁴.

232. Enfin, si l'économie des réseaux reconnaît que cette distinction connaît parfois des exceptions, il reste que celles-ci sont considérées uniquement comme des anomalies⁶⁵⁵. Certains auteurs plus prudents préconisent néanmoins de poursuivre les recherches en cette matière⁶⁵⁶.

233. En définitive, il résulte des éléments qui précèdent que la théorie de l'économie des réseaux dispose d'un modèle particulièrement normatif concernant le volet économique de l'ouverture à la concurrence des industries. C'est également le cas, quoique dans une moindre mesure, en ce qui concerne son volet politique.

2. La régulation politique

234. Il existe, pour l'économie des réseaux, une régulation dite politique en parallèle de la régulation dite économique. Si l'économie des réseaux apparaît comme un cadre d'analyse faible sur le principe de la régulation politique (a), elle cherche tout de même à en apprécier les modalités de mise en œuvre dans une optique d'efficacité économique (b).

a. Le principe de la régulation politique

235. La régulation politique vise le maintien, à l'occasion de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau, de certaines considérations non économiques. La régulation politique est en principe prise en charge par les autorités gouvernementales, tandis que la régulation économique est assurée par les autorités de régulation⁶⁵⁷.

⁶⁵² GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 14-18 ; *Adde* REY P., « Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation », *op. cit.*, pp. 18-21.

⁶⁵³ PERROT A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *article précité*, pp. 91-97 ; *Adde* REY P., « Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation », *op. cit.*, pp. 18-19.

⁶⁵⁴ PERROT A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *article précité*, pp. 103-105 ; *Adde* REY P., « Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation », *op. cit.*, pp. 18-19.

⁶⁵⁵ PERROT A., « Régulation et politique de concurrence dans les réseaux électriques », *article précité*, p. 160. *Cf. Infra*.

⁶⁵⁶ CHONÉ P., « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre ex ante et ex post », *op. cit.*, p. 50.

⁶⁵⁷ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 76.

236. Cependant, force est de constater que la théorie de l'économie des réseaux, dans le domaine de la prise en charge de considérations extra-économiques, est bien plus descriptive qu'analytique. En effet, elle ne fait que reprendre l'état du droit positif sans en faire d'analyse approfondie⁶⁵⁸. Par ailleurs, constatant que le droit positif ne rejoint pas son modèle dans la mesure où le service universel est également pris en charge par les autorités de régulation, elle se contente de considérer que la régulation politique tend à rejoindre la régulation économique, conclusion qui semble finalement peu utile⁶⁵⁹.

La théorie de l'économie des réseaux apparaît donc comme un cadre d'analyse faible s'agissant du principe même de la régulation politique et de la désignation de l'autorité qui en est responsable. Cependant, elle réalise un certain nombre de préconisations plus précises concernant les modalités de mise en œuvre du service universel qui lui apparaissent préférables.

b. Les modalités de la régulation politique

237. Si l'économie des réseaux ne permet guère de rendre compte du principe même de la régulation politique, elle est plus précise dès lors qu'il s'agit de revenir sur des problématiques plus économiques, comme le mode d'attribution du service universel et son financement.

Elle envisage en effet quatre possibilités : l'autofinancement du service universel, la procédure d'appel d'offre, la création d'un fonds ayant vocation à compenser les pertes subies par l'opérateur ayant en charge le service universel, et enfin la possibilité d'offrir le choix aux opérateurs de mettre en œuvre le service universel ou de payer⁶⁶⁰. L'objectif du système est alors de permettre l'existence d'un service universel sans que celui-ci puisse avantager ou désavantager l'opérateur ou les opérateurs qui le prennent en charge⁶⁶¹.

De ce point de vue, la théorie de l'économie des réseaux préconise de mettre en œuvre le dernier système, c'est-à-dire de laisser le choix à chaque opérateur d'exercer le service universel ou de payer pour que celui-ci soit mis en œuvre par un autre, considérant qu'il s'agit de la modalité de mise en œuvre du service universel la plus concurrentielle et donc la plus efficace du point de vue économique⁶⁶².

238. En définitive, la théorie de l'économie des réseaux est un cadre d'analyse positif et normatif particulièrement puissant s'agissant de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau. Or

⁶⁵⁸ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 100-106.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 78.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, pp. 107-109 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 56-57.

⁶⁶¹ GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 56-57.

⁶⁶² CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 107-109 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 56-57.

il peut être établi que ce modèle a été progressivement transcrit en droit, c'est-à-dire progressivement et volontairement intégré au sein même du système juridique.

Section II. La transcription progressive de l'économie des réseaux en droit de la régulation

239. Le processus de transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation est très net en matière de communications électroniques, le droit des télécommunications s'étant progressivement structuré autour du modèle proposé par cette théorie économique (§1). En revanche, la situation est différente en ce qui concerne le secteur électrique dans lequel, et malgré la place croissante prise par les considérations économiques dans le droit positif de la régulation électrique, les références à l'économie des réseaux sont très marginales (§2).

§ 1. La transcription de l'économie des réseaux en droit des communications électroniques

240. Il peut être démontré que l'évolution du droit positif des communications électroniques se caractérise par un processus continu et toujours croissant de transcription de l'économie des réseaux. En effet, s'il apparaît que l'ouverture à la concurrence des industries de réseau résulte initialement du droit (A), l'influence de la théorie de l'économie des réseaux n'a cessé de s'approfondir, notamment à partir de 1998, pour trouver sa consécration définitive à partir du paquet Télécom de 2002 (B).

A. La logique juridique initiale de l'ouverture à la concurrence des communications électroniques

241. La transcription de l'économie des réseaux n'a pas été immédiate mais dérive d'un processus continu. En effet, l'ouverture à la concurrence des industries de réseau ne dérive pas d'abord de la théorie économique mais de l'application logique du système juridique communautaire⁶⁶³. Dès lors, cela signifie que l'ouverture à la concurrence des communications électroniques résulte initialement moins d'une recherche de l'efficacité économique que de raisons juridiques liées à la construction du marché commun⁶⁶⁴. On peut le démontrer d'abord en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, qui a impulsé l'ouverture à la concurrence du secteur (1), qu'en ce qui concerne le droit dérivé, qui l'a mise en œuvre (2).

⁶⁶³ LAGET-ANNAMAYER A., *La régulation des services publics en réseau*, Paris, LGDJ, 2002, p. 33.

⁶⁶⁴ NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, *op. cit.*, pp. 66-69.

1. La logique juridique de l'ouverture à la concurrence des communications électroniques par la jurisprudence

242. L'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques ne résulte pas d'une reprise immédiate de la théorie de l'économie des réseaux. Au contraire, elle dérive initialement de l'application logique et rigoureuse de l'intégralité des règles du système juridique communautaire, c'est-à-dire non seulement du droit de la concurrence (a) mais aussi des autres principes, notamment les principes de liberté et d'égalité (b).

a. L'application du droit de la concurrence

243. L'ouverture à la concurrence des communications électroniques résulte d'abord de l'application logique des règles du droit de la concurrence. De ce point de vue, la CJCE disposait pour établir sa jurisprudence (ii) du précédent américain (i).

i. Le précédent américain

244. Du point de vue du droit de la concurrence, l'expérience européenne dans le secteur des communications électroniques fut assez similaire à l'expérience américaine⁶⁶⁵. C'est en effet aux États-Unis qu'ont été posés les premiers jalons de l'ouverture à la concurrence des communications électroniques.

Aux États-Unis, et ce jusqu'en 1984, le secteur des communications électroniques s'est structuré autour d'un monopole, celui d'AT&T⁶⁶⁶. La surveillance d'AT&T était alors confiée à la FCC, la *Federal Communications Commission*, mais celle-ci apparaissait insuffisante⁶⁶⁷. À partir du milieu des années soixante-dix, de nombreux procès en violation du droit de la concurrence furent intentés contre AT&T, qui cherchaient à obtenir la séparation du monopole en plusieurs segments⁶⁶⁸. Alors qu'un de ces procès aurait pu, en raison de l'obstination du juge, se conclure au détriment de l'entreprise, AT&T préféra conclure un accord avec le ministère de la Justice confirmé par la Cour Suprême à la fin de l'année 1983, ayant pour effet de séparer les activités exercées sous monopole des activités concurrentielles, c'est-à-dire notamment de séparer l'activité de gestion des infrastructures, confiée à des sociétés locales, et les activités de services, encore détenues par AT&T⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ NIKOLINAKOS N. T., *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁶⁶⁶ SIMON J.-P., *L'esprit des règles. Réseaux et réglementation aux États-Unis*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1991, pp. 149-152.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, pp. 153-154.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, pp. 166-168.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, pp. 168-171.

245. L'ouverture à la concurrence des communications électroniques aux États-Unis dérive donc de la jurisprudence et de l'application par celle-ci des règles du droit de la concurrence. Elle ne résulte pas de l'assimilation de la théorie économique. Au contraire, c'est plutôt du démantèlement d'AT&T que résulte l'émergence de la théorie de l'économie des réseaux⁶⁷⁰. C'est donc le droit qui a précédé l'économie, et non l'inverse. Ce résultat, tout à fait significatif, se retrouve également en droit communautaire.

ii. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

246. A l'instar du précédent américain, c'est la jurisprudence de la CJCE qui a lancé, sur le fondement du droit de la concurrence, le processus d'ouverture à la concurrence des industries de réseau. Dans un premier temps, la Cour a remis en question le cumul de fonctions réglementaires et de fonctions d'exploitation. Dans un second temps, elle a remis plus directement en cause le monopole dont disposaient les opérateurs sur les marchés de services.

247. D'une part, la Cour a remis en cause l'organisation du secteur des communications électroniques sans viser directement les monopoles publics, en exigeant la dissociation du pouvoir réglementaire et de l'exercice d'une activité d'exploitation.

Le premier arrêt significatif de ce point de vue est l'arrêt *Italie contre Commission* du 20 mars 1985⁶⁷¹. Dans cette affaire, la société British Telecom, société de droit public détenant le monopole légal de la gestion des infrastructures, disposait parallèlement d'un pouvoir réglementaire délégué par la loi qui lui permettait de déterminer les tarifs et les conditions des prestations de service⁶⁷². Or, elle utilisa ce pouvoir afin d'édicter un certain nombre de règlements ayant pour objet d'empêcher l'émergence de concurrents sur le marché des services⁶⁷³. La Cour, saisie du litige, considéra que l'édiction totalement libre par *British Telecom* de règlements destinés à régir les modalités de la fourniture de services était une activité d'entreprise soumise à la concurrence et qu'en l'espèce elle était constitutive d'un abus de position dominante⁶⁷⁴. Ainsi, si cet arrêt n'a pas remis en cause le monopole de l'exploitation du réseau ou de l'activité de service, il opéra néanmoins le premier contrôle de l'abus de position dominante d'une entreprise historique de communications électroniques. Surtout, cet arrêt pose implicitement le principe de dissociation des fonctions d'exploitation et de réglementation qui donnera lieu plus tard à la création des autorités de régulation⁶⁷⁵.

⁶⁷⁰ KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Réglementation*, op. cit., p. 149.

⁶⁷¹ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 20 mars 1985, *République Italienne contre Commission*, C-41/83.

⁶⁷² *Ibid.*, § 2.

⁶⁷³ *Ibid.*, § 8 et 9.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, § 18 à 20.

⁶⁷⁵ Cf. *Infra*.

Cette solution sera confirmée plus explicitement dans l'arrêt *France contre Commission* du 19 mars 1991, la Cour ayant considéré ici que le cumul des fonctions de réglementation et d'exploitation faisait obstacle à l'existence d'une concurrence non faussée⁶⁷⁶. Par la suite, dans l'arrêt *RTT* du 13 décembre 1991⁶⁷⁷, la Cour confirmera son raisonnement au nom du principe de concurrence effective et du principe de transparence⁶⁷⁸, interdisant à une seule et même entreprise de se faire « *juge et partie* »⁶⁷⁹ en disposant à la fois de compétences réglementaires et du droit d'exploitation sur un même secteur d'activités.

248. D'autre part, la Cour a remis en cause directement les entreprises verticalement intégrées, impliquant alors logiquement l'ouverture à la concurrence du secteur. Ainsi, sans condamner l'existence d'un monopole public sur les réseaux d'infrastructures, elle a néanmoins considéré dans un arrêt *CBEM* du 3 octobre 1985 qu'était constitutif d'un abus de position dominante le monopole sur le marché connexe des appareils terminaux dès lors que l'on dispose du monopole des infrastructures⁶⁸⁰. Cette solution a par la suite été confirmée par l'arrêt *RTT* précité⁶⁸¹.

Un tel principe conduisait nécessairement à la libéralisation du secteur des télécommunications. C'est ce qui se produit par le biais du droit dérivé à partir de la directive de 1988⁶⁸².

b. L'application des autres principes fondamentaux du droit communautaire

249. La Cour s'est également appuyée, afin de renforcer sa jurisprudence, sur les grandes libertés reconnues par le droit communautaire (i) ainsi que sur les principes généraux du droit et notamment le principe d'égalité (ii).

i. L'application du principe de libre circulation des marchandises

250. Afin de renforcer sa jurisprudence, la Cour a ajouté aux solutions fondées sur le droit de la concurrence des principes posés sur le fondement de la libre circulation des marchandises. Ainsi, l'arrêt *RTT* a posé le principe selon lequel une entreprise publique ne pouvait disposer du pouvoir

⁶⁷⁶ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 mars 1991, *France contre Commission*, C-202/88.

⁶⁷⁷ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 décembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM SA*, C-18/88.

⁶⁷⁸ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 27 octobre 1993, *M. le Procureur du Roi contre Jean-Marie Lagache et autres*, Affaires jointes C-46/90 et C-93/91 ; *Adde* Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 27 octobre 1993, *Procédure Pénale contre Decoster*, C-69/91 ; *Adde* Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 novembre 1995 *Procédure Pénale contre Thierry Tranchant*, C-91/94.

⁶⁷⁹ LAGET-ANNAMAYER A., *La régulation des services publics en réseau*, *op.cit.*, p. 68 ; *Adde* RODRIGUES S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Énergie, postes, télécommunications et transport*, Paris, Éditions TEC&DOC, 2000, pp. 272-273.

⁶⁸⁰ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 3 octobre 1985, *CBEM, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion S.A et al.*, C- 311/84, § 18 et 27.

⁶⁸¹ CJCE, *Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM SA*, C-18/88, précité, § 18 et s.

⁶⁸² Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, § 13 de l'exposé des motifs.

d'agrément des appareils téléphoniques dès lors que sa décision ne pouvait faire l'objet d'un recours juridictionnel, sur le fondement du principe de libre circulation des marchandises⁶⁸³. Cette jurisprudence fut par la suite confirmée et étendue à l'interdiction pour une même entité de cumuler une activité d'exploitation économique et une activité de réglementation⁶⁸⁴.

ii. L'application du principe d'égalité

251. Le principe d'égalité, principe général du droit de l'Union européenne⁶⁸⁵, a pour source originelle le principe de non-discrimination consacré aujourd'hui à l'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁶⁸⁶. Cependant, les rapports entre ces deux principes ont depuis été inversés puisque le principe de non-discrimination est désormais considéré comme n'étant finalement que l'expression du principe plus large d'égalité, qui interdit aux États membres de traiter de manière différente des situations identiques ou de manière identique des situations différentes sauf raison objective suffisante, au regard des objectifs poursuivis par la législation en cause⁶⁸⁷. Or, le principe d'égalité est très souvent utilisé non pas de manière autonome, mais dans le but de renforcer d'autres obligations prévues par le droit communautaire⁶⁸⁸.

252. Notamment, le principe d'égalité des chances entre opérateurs économiques est souvent utilisé pour renforcer les solutions issues de l'application du droit de la concurrence⁶⁸⁹. En effet, le principe d'égalité est utilisé en combinaison avec les articles 101, 102 et 107, et surtout, pour ce qui nous intéresse, avec l'article 106 du traité relatif aux entreprises publiques⁶⁹⁰.

Or, c'est précisément dans un certain nombre d'arrêts précités relatifs à l'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques que la Cour a dégagé le principe d'égalité des chances entre opérateurs économiques⁶⁹¹, ce principe ayant par la suite servi à de nombreuses reprises pour renforcer l'effet de l'article 106§1 du traité⁶⁹². Le principe d'égalité des chances apparaît alors opposable à une mesure étatique qui créerait, par la violation de ce prin-

⁶⁸³ CJCE, *Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM SA*, C-18/88, précité, § 27 et s.

⁶⁸⁴ CJCE, *M. le Procureur du Roi contre Jean-Marie Lagache et autres*, C-46/90 et C-93/91, précité.

⁶⁸⁵ V., sur ce point PAPADOPOULO REBECCA-EMMANUELA., *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, Athènes/Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1996, 319 p.

⁶⁸⁶ Le principe de non-discrimination est d'une importance fondamentale, en ce qu'il irrigue l'ensemble du système juridique de l'Union européenne. V., LEGER P. (dir), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Dalloz/Bruylant, 2000, p. 204.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 204.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 207 ; Adde ROBIN-OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 46.

⁶⁸⁹ ROBIN-OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques, op. cit.*, pp. 88-89.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, pp. 99-103.

⁶⁹¹ CJCE, *France contre Commission*, C-202/88, précité ; Adde CJCE, *Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM SA*, C-18/88, précité.

⁶⁹² Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 30 avril 1974 *Sacchi* du 30 avril 1974, C-155/73 ; Adde Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*, C-269/89.

cipe, une violation automatique du droit de la concurrence⁶⁹³. Il y a donc bien combinaison et renforcement réciproques des différents principes.

253. En définitive, il résulte de ce qui précède que l'ouverture à la concurrence des communications électroniques a d'abord été opérée par la jurisprudence sur la base d'un raisonnement strictement juridique, fondé sur les grands principes du droit communautaire. On retrouve ce même résultat en ce qui concerne le droit dérivé.

2. La logique juridique de l'ouverture à la concurrence des communications électroniques en droit dérivé

254. À l'instar de la jurisprudence, le droit dérivé a pour fondement l'application mécanique et complète de la majeure partie des principes du droit communautaire, c'est-à-dire du droit de la concurrence (a) et des autres principes du droit communautaire (b).

a. L'application du droit de la concurrence

255. Les directives communautaires de la première génération confirment le droit de la concurrence comme fondement de l'ouverture à la concurrence. Ce dernier est en effet le fondement principal de la directive 88/301 (i), ainsi que des directives 90/387 et 90/388 (ii).

i. L'application du droit de la concurrence dans la directive 88/301

256. En premier lieu, il faut d'abord noter que c'est bien l'application de l'ancien article 86, et donc du droit de la concurrence, qui a permis à la Commission de mettre en œuvre la libéralisation du secteur des communications électroniques. En effet, la directive 88/301 a été adoptée sur le fondement de l'ancien article 86§3 permettant à la Commission d'adopter des directives pour

⁶⁹³ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 22 mai 2003 *Connect Austria*, C-462/99, § 84, selon lequel « si l'inégalité de chances entre les opérateurs économiques, et donc la concurrence faussée, est le fait d'une mesure étatique, une telle mesure constitue une violation de l'article 86, paragraphe 1, CE, lu en combinaison avec l'article 82 CE ». Cet arrêt figure dans le Guide de jurisprudence de la CJCE dans le domaine des communications électroniques établi par la Commission. V., COMMISSION EUROPEENNE, *Guide de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine des télécommunications*, 2007, 137 p.

mettre en œuvre l'ancien article 86 du traité⁶⁹⁴, comme le seront également les directives 90/387 et 90/388⁶⁹⁵.

257. En second lieu, la directive 88/301 adopte pour fondement le droit de la concurrence, et plus précisément, comme le montre son exposé des motifs, l'interdiction des abus de position dominante⁶⁹⁶. Considérant que chacun des monopoles nationaux dispose, par nature, d'une position dominante sur le réseau, la directive considère qu'est constitutif d'un abus de position dominante le monopole sur le marché connexe des appareils terminaux⁶⁹⁷. Par ailleurs, l'exposé des motifs fait référence à l'ancien article 86 du traité⁶⁹⁸ relatif à l'application du droit de la concurrence aux entreprises publiques et aux éventuelles dérogations qui peuvent y être admises⁶⁹⁹.

Ainsi, c'est bien sur le seul fondement du droit de la concurrence que la directive 88/301 a posé la première pierre à l'ouverture à la concurrence des télécommunications en exigeant l'abolition des monopoles⁷⁰⁰ sur les appareils terminaux⁷⁰¹, à l'instar, d'ailleurs, de ce qui s'était produit aux États-Unis quelques années auparavant⁷⁰².

258. Ainsi, cette directive n'applique pas, à ce stade, la théorie de l'économie des réseaux. Certes, il est bien considéré que l'ouverture à la concurrence est permise par le développement technologique⁷⁰³. Néanmoins, il s'agit seulement de constater que celui-ci a permis à certains États précurseurs d'ouvrir à la concurrence ce secteur économique⁷⁰⁴, et ce n'est donc pas une prise de position théorique. C'est donc sur la base d'expériences précédentes et non par l'application d'une théorie économique que s'est réalisée l'ouverture à la concurrence⁷⁰⁵.

⁶⁹⁴ La possibilité pour la Commission d'utiliser l'article 86§3 a été contestée à l'époque lors d'un contentieux porté devant la Cour de justice des Communautés européennes. Dans l'arrêt du 6 juillet 1982 *Commission contre France*, C-188 à 190/80, la Cour a considéré que la Commission pouvait valablement s'appuyer sur l'article 86§3 du traité pour édicter la directive du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre l'État et les entreprises publiques, et, de manière plus générale, que la Commission disposait du pouvoir de préciser par voie de directives les obligations découlant du paragraphe 1 de l'article 86. Cette solution a été confirmée par l'arrêt CJCE, *France contre Commission*, C-202/88, précité.

⁶⁹⁵ Cf. *Infra*. Cependant, en raison de la résistance des États, la Commission n'utilisa plus cette compétence pour les directives postérieures, laissant l'initiative au Conseil et au Parlement.

⁶⁹⁶ Directive 88/301 précitée, § 12 de l'exposé des motifs.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, § 13 de l'exposé des motifs.

⁶⁹⁸ A l'époque, selon une numérotation encore antérieure, il s'agissait de l'article 90 du traité.

⁶⁹⁹ Directive 88/301 précitée, § 11 de l'exposé des motifs.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, article 2.

⁷⁰¹ *Ibid.*, article 3.

⁷⁰² SIMON J.-P., *L'esprit des règles. Réseaux et réglementation aux États-Unis*, *op. cit.*, p. 155 et s.

⁷⁰³ Directive 88/301 précitée, § 1 et §2 de l'exposé des motifs.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, § 2 de l'exposé des motifs.

⁷⁰⁵ MATHEU M., « L'Europe à l'école américaine et britannique », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs*, *Sociétal*, n°30, 2000, pp. 55-60.

ii. L'application du droit de la concurrence dans les directives 90/387 et 90/388

259. Les directives du début des années 1990 suivent une logique identique à celle de la directive 88/301. Certes, on peut parfois déceler une influence un peu plus importante des considérations économiques, mais l'ouverture à la théorie économique reste encore faible, tant dans la directive 90/388 « *relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication* »⁷⁰⁶ que dans la directive 90/387 « *relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication* »⁷⁰⁷.

260. En premier lieu, l'étude de la directive 90/388 est d'une très grande importance puisqu'elle a posé la première le principe de l'ouverture du marché des services de communications électroniques à la concurrence⁷⁰⁸. Cependant, la directive ne fait aucune référence à la théorie de l'économie des réseaux.

Certes, l'importance du développement technologique est ici réaffirmée⁷⁰⁹, mais le fondement de l'abolition des droits exclusifs de services⁷¹⁰ et la mise en place de conditions d'accès objectives, transparentes et non discriminatoires pour l'accès au réseau⁷¹¹, se trouve encore essentiellement dans le droit de la concurrence.

Il est ainsi fait référence à l'ancien article 86 dans la mesure où les monopoles publics sont, dans la plupart des États membres, maintenus en ce qui concerne l'établissement et l'exploitation du réseau⁷¹² et à l'ancien article 82 à propos des marchés de services⁷¹³. Par ailleurs, le principe d'interdiction du cumul des fonctions d'exploitation et de réglementation est rappelé sur le fondement de l'interdiction de l'abus de position dominante⁷¹⁴. Enfin une nouveauté intéressante apparaît puisque cette directive, à la différence de la précédente, fait une application positive de la notion de service d'intérêt économique général au sens de l'ancien article 86§2 du trai-

⁷⁰⁶ Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication.

⁷⁰⁷ Directive 90/387 du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication.

⁷⁰⁸ Directive 90/388 précitée, article 2, qui dispose que les « *États membres assurent, sans préjudice de l'article 1er paragraphe 2, l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux pour la fourniture de services de télécommunications autres que le service de téléphonie vocale et prennent les mesures nécessaires afin de garantir le droit de tout opérateur économique de fournir lesdits services de télécommunications* ».

⁷⁰⁹ *Ibid.*, § 1 de l'exposé des motifs, selon lequel « *le secteur des télécommunications a connu une évolution technologique considérable [...] qu'elle rend, en outre, techniquement et économiquement possible un régime où la concurrence entre différents opérateurs peut s'installer* ». Cela est notamment lié au développement vers le numérique. *V.*, § 22 de l'exposé des motifs.

⁷¹⁰ *Ibid.*, article 2.

⁷¹¹ *Ibid.*, article 4.

⁷¹² *Ibid.*, § 3, 4 et 17 de l'exposé des motifs.

⁷¹³ *Ibid.*, § 13 à 17 de l'exposé des motifs. Ainsi, la directive considère que chacun des monopoles publics considérés détient une position dominante s'agissant de l'établissement et de l'exploitation du réseau, et que les droits exclusifs ou spéciaux donnés à ces entreprises sur les réseaux étendent la position dominante sur le marché des services. Cette position dominante rend donc le droit interne contraire aux articles 82 et 86§1 du traité.

⁷¹⁴ *Ibid.*, § 28 et 29 de l'exposé des motifs.

té à propos du « *réseau universel* »⁷¹⁵. C'est donc bien le droit de la concurrence qui sert de fondement à l'ouverture à la concurrence.

261. En second lieu, il est également nécessaire de se reporter à la directive 90/387 qui est à l'origine de la construction du droit d'accès au réseau⁷¹⁶.

Or, cette directive ne fait pas référence à la théorie économique⁷¹⁷. Par ailleurs, les spécificités du secteur en termes d'intérêt général sont également conceptualisées sur le fondement implicite de l'ancien article 86§2 du traité⁷¹⁸, la directive faisant même référence aux « *services publics de télécommunications* »⁷¹⁹. La notion de service universel n'avait pas encore cours et ce dernier concept, s'il fut utilisé par la Commission européenne dans le livre vert qui servit de préalable à l'édition des directives⁷²⁰, ne connut pas, à ce stade, de suite⁷²¹.

262. En définitive, c'est donc bien de l'application logique du droit de la concurrence et non de l'application de la théorie économique que résulte l'ouverture à la concurrence des communications électroniques dans les directives de première génération. Celles-ci s'appuient également sur les autres principes du droit de l'Union européenne.

b. L'application des libertés de circulation

263. Par ailleurs, l'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques dérive également des autres principes du droit communautaire. Sont ainsi mobilisés les principes de libre circulation des marchandises et de libre circulation des capitaux.

⁷¹⁵ Directive 90/388 précitée, § 18 à 20 de l'exposé des motifs. L'exposé des motifs considère que relève d'une mission de service d'intérêt économique général (SIEG) la mission confiée aux organismes de télécommunications consistant à établir et à exploiter un « *réseau universel, c'est-à-dire ayant une couverture géographique générale et étant fourni, sur demande et dans un délai raisonnable, à tout fournisseur de services ou utilisateur* ». Elle considère, d'une part, que cette mission étant encore largement financée par l'exploitation du service de téléphonie vocale, l'ouverture à la concurrence du marché de la téléphonie vocale serait susceptible de mettre en danger l'équilibre financier des opérateurs de réseau, et, d'autre part, que ce monopole permet d'assurer la sécurité publique (§20). Un raisonnement similaire est tenu s'agissant de la fourniture de capacités de circuits loués (§19).

⁷¹⁶ *V.*, notamment ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, 1997, pp. 14-15.

⁷¹⁷ Directive 90/387 précitée, exposé des motifs de la directive.

⁷¹⁸ *Ibid.*, article 2§6 en vertu duquel l'intérêt général est qualifié d'« *exigences essentielles* » susceptibles de limiter l'accès aux réseaux. En vertu de l'article 3, il concerne non seulement le maintien du fonctionnement et de l'intégrité du réseau, le cas échéant la protection des données et l'interopérabilité des services (article 3§2), mais également « *les restrictions qui peuvent découler de l'exercice de droits spéciaux ou exclusifs accordés par les États membres et qui sont compatibles avec le droit communautaire* » (article 3§3).

⁷¹⁹ *Ibid.*, exposé des motifs et article 1§1. Les services publics de télécommunication désignent les « *services de télécommunications dont les États membres ont spécifiquement confié l'offre notamment à un ou plusieurs organismes de télécommunications* » (article 2§4).

⁷²⁰ Commission européenne, *Vers une économie européenne dynamique, livre vert (green paper) sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications*, COM(87) 290 final.

⁷²¹ RODRIGUES S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Énergie, postes, télécommunications et transport*, *op. cit.*, p. 176.

264. En premier lieu, le principe de la liberté de circulation des marchandises est fondamental en matière d'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques. L'exposé des motifs de la directive 88/301 fait ainsi référence au principe d'interdiction des restrictions quantitatives entre les États-membres⁷²². Ce dernier est par ailleurs lu en combinaison avec le principe de l'aménagement des monopoles nationaux conduisant à la nécessité d'abolir les monopoles sur les équipements terminaux⁷²³.

265. En second lieu, le principe de libre circulation des services est plus fondamental encore. Afin de ne pas se voir opposer l'argument selon lequel les télécommunications relèvent des services et non des marchandises⁷²⁴, la directive 88/301 faisait déjà référence au principe de libre circulation des services⁷²⁵. Ce fondement sera ensuite utilisé s'agissant des services de communications électroniques par la directive 90/388⁷²⁶ et par la directive 90/387⁷²⁷.

266. En définitive, il apparaît bien que les premières directives ouvrant à la concurrence le secteur des communications électroniques se fondent sur le droit communautaire et non sur une théorie économique. Cependant, l'évolution du droit positif a conduit à une véritable transcription de la théorie de l'économie des réseaux.

B. Le processus de transcription de l'économie des réseaux en droit des communications électroniques

267. La théorie de l'économie des réseaux a commencé à gagner de l'influence en Europe à partir du milieu des années 1990⁷²⁸. Celle-ci a alors été transcrite assez vite dans le droit positif de la régulation des communications électroniques, notamment à partir du paquet Télécom de 1998 (1). Elle est aujourd'hui omniprésente dans le droit positif (2).

1. L'influence de l'économie des réseaux sur le paquet télécom de 1998

268. Le « *paquet réglementaire* » de 1998⁷²⁹ comprend un grand nombre de directives dont l'étude n'est pas d'un égal intérêt en ce qui concerne l'analyse des rapports entre le droit et la théorie

⁷²² Directive 88/301 précitée, § 3 de l'exposé des motifs.

⁷²³ *Ibid.*, § 4, 5 et 6 de l'exposé des motifs.

⁷²⁴ LAGET-ANNAMAYER A., *La régulation des services publics en réseau*, *op. cit.*, p. 38.

⁷²⁵ Directive 88/301 précitée, § 7 de l'exposé des motifs.

⁷²⁶ Directive 90/388 précitée, § 5 à 12 de l'exposé des motifs.

⁷²⁷ Directive 90/387 précitée, article 1§2.

⁷²⁸ KIRAT T., MARTY F., *Économie du Droit et de la Régulation*, *op. cit.*, p. 149 ; Adde PERROT A., BUREAU D., « Régulation des entreprises de réseau : présentation générale », *article précité*, p. 57.

⁷²⁹ COMMISSION EUROPEENNE, *Guide de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine des télécommunications*, *op. cit.*, p. 24.

économique⁷³⁰. L'étude de la directive 96/19 « *modifiant le directive 90/388 en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications* »⁷³¹ et de la directive 97/33 « *relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP)* »⁷³², qui sont les plus importantes, suffit à démontrer l'existence d'un processus de transcription en droit de la théorie de l'économie des réseaux. En effet, si la première a d'abord repris ce modèle de manière implicite (a), la seconde en a opéré une transcription explicite quoiqu'encore marginale (b).

a. L'influence implicite de l'économie des réseaux sur la directive 96/19

269. La directive 96/19 du 13 mars 1996 fut historiquement d'une importance fondamentale dans la mesure où elle décida de la libéralisation complète du secteur, d'une part en exigeant l'ouverture à la concurrence de la téléphonie vocale, et d'autre part en prévoyant la possibilité de construction de réseaux alternatifs⁷³³. Or, si l'on retrouve des références aux anciens articles 86§1 et 86§2⁷³⁴ et au principe de libre prestation de services⁷³⁵, les considérations tirées de la théorie économique se conjuguent désormais fortement à l'application logique du système juridique communautaire. C'est le cas tant en ce qui concerne la régulation économique (i) que la régulation dite politique (ii).

i. La transcription implicite de la notion de régulation économique

270. La directive 96/19 consacre implicitement l'économie des réseaux en reprenant la totalité de ses hypothèses et des résultats. En effet, elle remet en cause l'hypothèse du monopole naturel, raisonne en termes de phases successives et pose le principe selon lequel l'objectif du cadre réglementaire est le passage d'une réglementation sectorielle au droit commun de la concurrence.

271. En premier lieu, cette directive remet en cause l'hypothèse du monopole naturel. En effet, si elle admet qu'il existe dans ce secteur de lourdes infrastructures et d'importantes économies

⁷³⁰ V., Directive 96/19 de la Commission du 13 mars 1996 « *modifiant le directive 90/388 en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications* » ; Adde Directive 97/51 du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 relative à la concurrence « *modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel* » ; Adde Directive 97/13 du Parlement et du Conseil du 10 avril 1997 « *relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications* » ; Adde Directive 97/33 du Parlement et du Conseil du 30 juin 1997 « *relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP)* » ; Adde Directive 98/10 du Parlement et du Conseil du 26 février 1998 « *concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunication dans un environnement concurrentiel* ».

⁷³¹ Directive 96/19 précitée.

⁷³² Directive 97/33 précitée.

⁷³³ Directive 96/19 précitée, § 2 de l'exposé des motifs.

⁷³⁴ *Ibid.*, § 3, 4 et 5 de l'exposé des motifs.

⁷³⁵ *Ibid.*, § 6 de l'exposé des motifs.

d'échelle⁷³⁶, et qualifie l'infrastructure détenue par l'opérateur historique d'« *infrastructure essentielle* »⁷³⁷, elle prévoit néanmoins l'hypothèse, voire considère comme nécessaire, la construction d'infrastructures alternatives⁷³⁸. Elle pose alors le principe selon lequel le maintien du droit exclusif de construction de réseaux de communications électroniques est constitutif d'une violation des règles du droit de la concurrence⁷³⁹.

272. En deuxième lieu, l'influence la plus significative du modèle de la théorie de l'économie des réseaux apparaît s'agissant du problème du droit d'accès et de l'interconnexion. En effet, la directive, en posant le principe selon lequel les conditions de l'accès doivent être équitables, non discriminatoires et publiées⁷⁴⁰, raisonne en termes de phases successives.

Elle considère alors qu'il existe une « *phase qui suit immédiatement la suppression des droits spéciaux et exclusifs* » et qui correspond à « *la période de temps nécessaire à l'entrée des concurrents* »⁷⁴¹. Cette phase vise la mise en place des systèmes de publication des tarifs non-discriminatoires d'accès⁷⁴² et des méthodes de séparation comptable pour éviter des tarifs d'accès excessifs⁷⁴³. Il apparaît alors pertinent d'« *instaurer une procédure de recours ad hoc pour résoudre les conflits d'interconnexion* » rapide, peu coûteuse et efficace au cours de cette phase⁷⁴⁴. Or, conjuguée au principe selon lequel l'élaboration et la gestion du plan de numérotation doivent être confiées à un organe indépendant des organismes de télécommunications⁷⁴⁵, cette disposition peut être interprétée comme les prémisses de l'émergence des autorités de régulation.

De ce point de vue, il semble donc que le droit communautaire commence à reprendre l'idée d'une phase intermédiaire de mise en œuvre d'un cadre réglementaire spécifique pris en charge par une institution indépendante. Il s'agit ici de la reprise implicite de la régulation *ex ante*.

273. En troisième lieu, la directive pose l'objectif d'application à terme du droit commun de la concurrence, la directive faisant état de ce point de vue d'un « *processus de transition vers un marché des télécommunications complètement libéralisé* »⁷⁴⁶. On reconnaît ici le modèle de la théorie de l'économie des réseaux et le passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*.

274. Il apparaît donc que la directive 96/19, à la différence des directives précédentes, ne se contente pas de faire application d'un raisonnement juridique mais tend au contraire à réaliser une

⁷³⁶ Directive 96/19 précitée.

⁷³⁷ *Ibid.*, § 7 de l'exposé des motifs.

⁷³⁸ *Ibid.*, § 6 et 7 de l'exposé des motifs.

⁷³⁹ *Ibid.*

⁷⁴⁰ *Ibid.*, § 12 de l'exposé des motifs.

⁷⁴¹ *Ibid.*, § 13 de l'exposé des motifs.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ *Ibid.*, § 14 de l'exposé des motifs.

⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁷⁴⁵ *Ibid.*, § 11 de l'exposé des motifs.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, § 29 de l'exposé des motifs.

transcription, quoiqu'encore implicite, de l'économie des réseaux du point de vue la régulation économique. En outre, l'émergence du service universel vient confirmer cette transcription.

ii. La transcription de la notion de service universel

275. Enfin, on peut trouver une trace de la transcription de l'économie des réseaux dans l'émergence du concept de service universel au détriment du concept de service public de télécommunications, présent dans les directives précédentes. La directive 96/19, suivant en cela une directive précédente, la directive 95/62 du 13 décembre 1995⁷⁴⁷, conforte le concept de service universel en droit des communications électroniques⁷⁴⁸.

Cependant, cette transcription est à ce stade limitée car les modalités de financement du service universel sont laissées à l'appréciation de l'État membre, sous réserve que celles-ci ne pèsent pas trop fortement sur les nouveaux entrants⁷⁴⁹. Il n'y a donc pas ici de reprise des propositions normatives de l'économie des réseaux.

276. La directive 96/19 marque donc les débuts de la transcription juridique de l'économie des réseaux. La directive 97/33 va franchir une étape supplémentaire en consacrant de manière explicite la théorie de l'économie des réseaux et notamment le concept de régulation *ex ante*.

b. L'influence explicite de l'économie des réseaux sur la directive 97/33

277. La directive 97/33 mettant en œuvre le droit d'accès et d'interconnexion aux réseaux⁷⁵⁰ réalise une transcription plus explicite de la théorie de l'économie des réseaux. En effet, non seulement elle reprend les principales propositions de celle-ci (i), mais, surtout, elle opère pour la première fois la transcription du concept même de régulation *ex ante* (ii).

i. La transcription des principes de l'économie des réseaux

278. En premier lieu, la directive 97/33 reprend d'abord un grand nombre des principes fondamentaux de l'économie des réseaux, dont certains avaient déjà été formulés dans les directives précédentes. C'est le cas concernant le caractère fondamental de l'interconnexion et de l'interopérabilité⁷⁵¹, la lutte contre les subventions croisées abusives via la mise en place d'une séparation comptable voire d'une séparation complète⁷⁵², ou encore la mise en place du service

⁷⁴⁷ Directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1995, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale, § 28 et 50 de l'exposé des motifs, et article 11§4.

⁷⁴⁸ Directive 96/19 précitée, § 9 et § 18 et s. de l'exposé des motifs.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, § 19 de l'exposé des motifs.

⁷⁵⁰ Directive 97/33 précitée.

⁷⁵¹ *Ibid.*, § 1 et 2 de l'exposé des motifs.

⁷⁵² *Ibid.*, § 11 de l'exposé des motifs.

universel⁷⁵³. On peut noter par ailleurs que la présence et le rôle fondamental des autorités de réglementation nationale est de plus en plus souligné⁷⁵⁴. Enfin, on peut insister ici sur la réaffirmation du caractère provisoire de la régulation sectorielle et sa disparition au profit du droit commun de la concurrence, la directive fixant le principe selon lequel « *quand une concurrence réellement effective aura été réalisée sur le marché, les règles de concurrence du traité suffiront, en principe, pour que l'on puisse contrôler a posteriori la loyauté de la concurrence* »⁷⁵⁵.

279. En outre, la directive va plus loin encore dans la transcription de la théorie économique dans la mesure où elle ne se contente plus de fixer les principes juridiques de fixation des tarifs comme la transparence, la non-discrimination, l'égalité d'accès, l'accès à l'information⁷⁵⁶ et la proportionnalité⁷⁵⁷, mais prévoit par ailleurs tout à fait explicitement un certain nombre de principes économiques guidant la fixation de ces tarifs. L'exposé des motifs de la directive préconise ainsi des méthodes de tarification fondées sur « *un niveau de prix étroitement lié aux coûts marginaux à long terme de la fourniture de l'accès à l'interconnexion* », dans la mesure où « *les tarifs doivent stimuler la productivité et favoriser l'entrée sur le marché d'opérateurs efficaces et viables* »⁷⁵⁸. Ces principes économiques de fixation des tarifs illustrent bien la montée en puissance de la théorie économique dans le droit.

280. Cependant, la preuve la plus significative de la transcription de l'économie des réseaux dans le droit positif reste la référence, réalisée ici pour la première fois, à la régulation *ex ante*.

ii. La transcription du concept de régulation *ex ante*

281. En second lieu, la directive 97/33 réalise une transcription explicite de l'économie des réseaux en consacrant pour la première fois le concept de régulation *ex ante* et en lui donnant une ébauche de signification conforme au modèle de cette théorie économique.

282. Ainsi, l'article 9 de la directive, relatif à l'interconnexion, dispose que les autorités réglementaires nationales, qui doivent en outre s'acquitter de « *leur tâche de façon à dégager une efficacité économique maximale et un intérêt maximal pour l'utilisateur final* », peuvent, lorsqu'une question d'interconnexion leur est soumise, « *fixer des conditions ex ante* » lors d'un litige⁷⁵⁹.

La qualification d'*ex ante* sera ensuite reprise par la Cour de justice lors d'un litige relatif à la transposition de cette directive. Dans un arrêt *Telefónica de España / Administración General del*

⁷⁵³ Directive 97/33 précitée, § 7 et 8 de l'exposé des motifs et articles 1 et 5.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, § 12 de l'exposé des motifs.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, § 25 de l'exposé des motifs.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, § 9 de l'exposé des motifs.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, § 10 de l'exposé des motifs.

⁷⁵⁸ *Ibid.*

⁷⁵⁹ *Ibid.*, article 9, renvoyant à l'annexe VII.

Estado rendu en 2001⁷⁶⁰, la Cour devait juger de la possibilité, pour les autorités réglementaires nationales, de forcer les opérateurs dominants à donner accès à leur boucle locale. La Cour considéra alors que la directive fixait les « conditions *ex ante* » d'accès au réseau et qu'il était donc toujours possible « d'imposer *ex ante* des conditions ou des obligations d'accès » aux opérateurs considérés comme dominants sur le marché. Elle conclut alors en considérant que la directive permettait « aux autorités réglementaires nationales d'imposer *ex ante* à un opérateur qui est puissant sur le marché l'obligation de fournir aux autres opérateurs l'accès à la boucle locale des abonnés »⁷⁶¹.

Ainsi, la directive 97/33 et la jurisprudence qui y est liée ont marqué l'histoire de l'évolution du droit des communications électroniques en transcrivant explicitement pour la première fois le concept d'*ex ante*.

283. Cependant, ce concept n'était pas défini, et l'on ne peut à ce stade qu'essayer d'induire sa signification sur la base des données du droit positif. Or, il apparaît que le sens qui semble s'en dégager vient consacrer le modèle de l'économie des réseaux. En effet, ce concept est utilisé s'agissant de l'interconnexion et vise l'obligation consistant à contraindre l'opérateur puissant, de manière asymétrique, à ouvrir ses réseaux, et notamment la boucle locale en cuivre, à ses concurrents. Or, il s'agit bien là de ce qu'entend la théorie de l'économie des réseaux par le biais du concept de régulation *ex ante*.

284. En définitive, l'évolution du droit positif communautaire démontre bien l'existence d'un processus de transcription progressif de la théorie de l'économie des réseaux en droit. Le système juridique semble donc avoir accompagné la montée en puissance de cette théorie économique en Europe dans les années 1990. Ce processus a trouvé son aboutissement par l'adoption du « paquet *Télécom* » de 2002 récemment modifié et toujours en vigueur.

2. La transcription de l'économie des réseaux en droit positif

285. Le processus de transcription de l'économie des réseaux a trouvé son aboutissement dans le paquet *Télécom* de 2002, qui constitue aujourd'hui le droit positif des communications électroniques (a). La transposition de celui-ci en droit interne a ensuite conduit à rattacher directement le modèle de l'économie des réseaux à la notion juridique de régulation (b).

⁷⁶⁰ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 décembre 2001 *Telefónica de España / Administración General del Estado*, C-79/00. Cet arrêt est cité dans le Guide de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine des télécommunications. V., COMMISSION EUROPEENNE, *Guide de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine des télécommunications*, op. cit., pp. 64-65.

⁷⁶¹ *Ibid.*, § 26 à 37.

a. La transcription de l'économie des réseaux par le paquet Télécom de 2002 modifié

286. Le « *paquet télécom* » adopté le 7 mars 2002, modifié le 25 novembre 2009 par la nouvelle directive 2009/140 destinée à améliorer le dispositif de régulation économique⁷⁶² et par la nouvelle directive 2009/136 destinée à renforcer la protection des consommateurs⁷⁶³, qui constitue aujourd'hui le droit positif communautaire, est composé de plusieurs directives. Il s'agit de la directive 2002/21 dite « *directive cadre* »⁷⁶⁴, de la directive 2002/20 dite « *directive autorisation* »⁷⁶⁵, de la directive 2002/19 dite « *directive accès* »⁷⁶⁶, de la directive 2002/22 dite « *directive service universel* »⁷⁶⁷, et de la directive 2002/77 dite « *concurrence* »⁷⁶⁸.

Or, l'étude de ce paquet Télécom démontre une transcription sans précédent du modèle de la théorie de l'économie des réseaux (i). Celle-ci est plus explicite encore dans le *soft law* adopté par la Commission et accompagnant ces directives (ii).

i. La transcription de l'économie des réseaux dans les directives du paquet Télécom

287. Le paquet Télécom de 2002 produit une véritable transcription du modèle de l'économie des réseaux en droit positif, au-delà des premiers jalons posés par les directives précédentes. Cela est significatif tant dans la directive cadre que dans la directive accès. En outre, la directive 2009/140 a confirmé cette transcription et l'a même renforcé en insistant sur l'idée de concurrence par les infrastructures.

⁷⁶² Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

⁷⁶³ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs.

⁷⁶⁴ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre").

⁷⁶⁵ Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation").

⁷⁶⁶ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès").

⁷⁶⁷ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel").

⁷⁶⁸ Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques.

288. En premier lieu, la directive cadre consacre de la manière la plus nette le modèle de la théorie de l'économie des réseaux. Celle-ci réaffirme en effet immédiatement l'objectif du passage de la régulation sectorielle au droit commun de la concurrence, considérant que « *le cadre réglementaire actuel applicable aux télécommunications a permis la création des conditions d'une concurrence effective dans le secteur des télécommunications au cours de la transition d'une situation de monopole à la pleine concurrence* »⁷⁶⁹. Les considérations économiques sont par ailleurs tout de suite mises en avant, ainsi de la compétitivité⁷⁷⁰, des asymétries d'information⁷⁷¹, ou encore du processus de convergence⁷⁷². Le principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, pouvant donner lieu à l'indépendance des autorités de réglementation nationales, est réaffirmé⁷⁷³, s'agissant notamment de l'élaboration du plan de numérotation national⁷⁷⁴, sous réserve cependant, et l'on verra les conséquences de cette réserve par la suite, de l'autonomie institutionnelle des États membres⁷⁷⁵.

En outre, la directive cadre vise les obligations *ex ante*. Ainsi, l'exposé des motifs dispose qu'il « *est nécessaire d'instituer des obligations ex ante dans certaines circonstances afin de garantir le développement d'un marché concurrentiel* »⁷⁷⁶. De plus, ces obligations semblent bien relever d'une phase sectorielle et transitoire puisque la directive prévoit qu'il « *est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème* »⁷⁷⁷. La directive cadre renvoie alors à certaines dispositions des directives accès et service universel⁷⁷⁸.

Enfin, la directive cadre commence à faire réellement référence à l'idée de concurrence par les infrastructures. En effet, si la volonté de mettre en place des incitations à l'investissement en vue de favoriser la concurrence par les infrastructures apparaît avec la directive 96/19 à propos de la téléphonie vocale⁷⁷⁹, la transcription de la théorie de l'échelle des investissements se produit réellement suite à l'adoption du paquet Télécom de 2002, la directive cadre prévoyant que les autorités réglementaires nationales poursuivent l'objectif de promotion de la concurrence en encourageant l'investissement dans les infrastructures⁷⁸⁰.

⁷⁶⁹ Directive 2002/21 précitée, § 1 de l'exposé des motifs.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, § 4 de l'exposé des motifs, qui vise le « *potentiel de croissance, de compétitivité et de création d'emplois associé au passage à une économie numérique fondée sur la connaissance* ».

⁷⁷¹ *Ibid.*, § 13 et 14 de l'exposé des motifs.

⁷⁷² *Ibid.*, § 5 de l'exposé des motifs.

⁷⁷³ *Ibid.*, § 11 de l'exposé des motifs.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, § 20 de l'exposé des motifs.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, § 11 de l'exposé des motifs.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, § 25 de l'exposé des motifs.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, § 27 de l'exposé des motifs.

⁷⁷⁸ Directive 2002/19 précitée, articles 7 et 8 et Directive 2002/22 précitée, articles 16, 17, 18 et 19.

⁷⁷⁹ Directive 96/19 précitée, § 4 de l'exposé des motifs.

⁷⁸⁰ Directive 2002/21 précitée, article 8. 2 c).

289. En deuxième lieu, la directive accès opère une transcription tout à fait significative de l'économie des réseaux en son sein. Elle dispose ainsi, de manière saisissante, que son « *objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché* »⁷⁸¹. Le modèle de l'économie des réseaux apparaît doublement transcrit, car son objectif est consacré en même temps que son vocabulaire conceptuel.

Dans le même temps, la directive reconnaît que dans les cas où il existerait des « *marchés où subsistent de grosses différences de puissance de négociation entre les entreprises et où certaines entreprises sont tributaires, pour la fourniture de leurs services, d'infrastructures fournies par d'autres* », il est nécessaire de conserver des règles spécifiques⁷⁸² que la directive qualifie alors d'« *obligations réglementaires ex ante* »⁷⁸³. Ces obligations visent le droit d'accès, la séparation comptable, etc., en somme l'ensemble des prérogatives associées à la régulation *ex ante* selon l'économie des réseaux.

290. En troisième lieu, enfin, la directive 2009/140 modifiant les directives du Paquet Télécom confirme les éléments précédents et les approfondit.

D'une part, elle considère que l'« *objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur les marchés jusqu'à ce que, à terme, les communications électroniques soient régies par le seul droit de la concurrence* »⁷⁸⁴. Elle confirme donc l'objectif de passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*.

D'autre part, elle insiste sur l'hypothèse de la concurrence par les infrastructures. Elle pose en effet le principe selon lequel les marchés effectivement concurrentiels ne doivent plus faire l'objet d'une régulation sectorielle⁷⁸⁵, par exemple lorsqu'il existe une véritable concurrence par les infrastructures⁷⁸⁶. Le cadre réglementaire poursuit alors le double objectif de renforcement de la concurrence et de réalisation d'investissements efficaces, ces deux objectifs se réalisant de pair par le biais de la concurrence entre les infrastructures⁷⁸⁷.

Ainsi, l'objectif de concurrence par les infrastructures vient d'être consacré en droit interne. En effet, l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 portant transposition de la directive 2009/140 a modifié L. 32-1.II CPCE, qui fixe les objectifs de la régulation des communications électroniques⁷⁸⁸, pour le compléter en son 2° par une formule selon

⁷⁸¹ Directive 2002/19 précitée, § 13 de l'exposé des motifs.

⁷⁸² *Ibid.*, § 6 de l'exposé des motifs.

⁷⁸³ *Ibid.*, § 27 de l'exposé des motifs.

⁷⁸⁴ Directive 2009/140 précitée, § 5 de l'exposé des motifs.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, § 5 et 6 de l'exposé des motifs.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, § 7 de l'exposé des motifs.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, § 53 et 54 de l'exposé des motifs.

⁷⁸⁸ CPCE, article L. 32-1. II.

laquelle le ministre chargé des communications électroniques et l'autorité régulation veillent « lorsque cela est approprié, à la promotion d'une concurrence fondée sur les infrastructures »⁷⁸⁹.

291. En somme, les directives du paquet Télécom constituant actuellement le droit positif des communications électroniques procèdent à une véritable transcription de l'économie des réseaux. La démonstration de celle-ci peut être renforcée et gagner en précision par le biais de l'étude du *soft law* adopté par la Commission sur la base de ces directives.

ii. La transcription de l'économie des réseaux dans le *soft law* de la Commission

292. L'utilisation des concepts de la théorie de l'économie des réseaux, déjà présente dans les directives, devient tout à fait courante dans le *soft law* de la Commission.

L'utilisation par la Commission de *soft law* est prévue par la directive cadre, qui vise deux types d'instruments⁷⁹⁰. L'article 15§1 prévoit, d'une part, l'adoption d'une recommandation destinée à recenser les marchés pertinents pour lesquels les obligations prévues par la directive vont s'appliquer⁷⁹¹, et l'article 15§2 prévoit, d'autre part, l'adoption de lignes directrices relatives à l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché⁷⁹². Ces textes, sans être formellement contraignants, sont d'une importance considérable en pratique, dans la mesure où les autorités réglementaires nationales doivent « en tenir le plus grand compte » dans leurs analyses⁷⁹³.

Or, ces deux instruments font une utilisation systématique des concepts de l'économie des réseaux. D'une part, les deux recommandations successives sur les marchés pertinents de 2003⁷⁹⁴ et de 2007⁷⁹⁵ réaffirment l'objectif de passage au droit commun de la concurrence⁷⁹⁶ et ont pour objet de désigner les « marchés de produits et de services sur lesquels une réglementation *ex ante* peut se justifier »⁷⁹⁷. Plus généralement, il est fait un usage très courant du mot *ex ante*⁷⁹⁸. On peut d'ailleurs

⁷⁸⁹ Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, article 3.I. 1°. *V.*, dans le même sens l'article 21 6°, prévoyant une modification de l'article L. 38 CPCE relatif aux obligations d'accès et d'interconnexion des opérateurs puissants, en vertu duquel l'autorité de régulation doit prendre ses décisions « en apportant une attention particulière à la concurrence efficace fondée sur les infrastructures ».

⁷⁹⁰ Directive 2002/21 précitée, article 15.

⁷⁹¹ *Ibid.*, article 15§1.

⁷⁹² *Ibid.*, article 15§2.

⁷⁹³ *Ibid.*, article 16§1. Cette obligation est par ailleurs réaffirmée aux § 27 et 28 de l'exposé des motifs.

⁷⁹⁴ Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2003/311/CE.

⁷⁹⁵ Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2007/879/CE.

⁷⁹⁶ Recommandation 2003/311 précitée, § 1 ; *Adde* Recommandation 2007/879 précitée, § 1 concernant les marchés de gros et § 2 concernant les marchés de détail.

⁷⁹⁷ Recommandation 2007/879 précitée, § 2.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, § 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 14, 15, 16, 17 et 18.

relever ici le titre même de la recommandation, qui vise « *les marchés susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive cadre* » et consacre donc le concept d'*ex ante*. D'autre part, les lignes directrices de la Commission⁷⁹⁹ font non seulement un usage très courant du concept d'*ex ante*⁸⁰⁰, mais utilisent également le concept d'*ex post* pour désigner le droit de la concurrence mis en œuvre par les autorités de concurrence⁸⁰¹.

En somme, le *soft law* de la Commission vient parachever le processus de transcription de la théorie de l'économie des réseaux en droit des communications électroniques. Le lien avec la notion juridique de régulation se trouve ensuite consacré par l'intermédiaire du droit français.

b. Le rattachement de la notion de régulation à l'économie des réseaux en droit interne

293. À la différence de l'optique choisie par le droit de l'Union européenne, le législateur français n'a pas repris le terme d'*ex ante* en transposant les directives. Cependant, il reste qu'il paracheve néanmoins le processus de transcription de l'économie des réseaux s'agissant du droit de la régulation en désignant par le terme de régulation ce que les directives désignent par réglementation *ex ante* (i). La transcription de l'économie des réseaux trouve par ailleurs un canal privilégié par le biais des décisions de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes, l'ARCEP (ii).

i. Le rattachement de la notion de régulation à l'économie des réseaux par le Code des postes et des communications électroniques

294. Le paquet Télécom communautaire a été transposé en droit interne en 2004 dans le Code des postes et des communications électroniques⁸⁰². Celui-ci est ambigu car il consacre deux acceptions du terme de régulation, l'une large et l'autre étroite, cette dernière correspondant au modèle de l'économie des réseaux.

295. La définition étroite de la régulation se trouve dans le chapitre intitulé « *régulation des communications électroniques* »⁸⁰³. Ce qui est ici désigné par le terme de régulation comporte alors deux aspects. D'une part, un aspect organique, l'autorité de régulation, à laquelle est consacrée la pre-

⁷⁹⁹ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2002/C 165/03, du 11 juillet 2002.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, § 3, 4, 5, 9, 16, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 36, 37, 61, 70, 71, 73, 81, 82, 84, 85, 96 et 127.

⁸⁰¹ *Ibid.*, § 70, 73 et 82.

⁸⁰² Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 sur les communications électroniques et les services de communication audiovisuelle modifiée par la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005, à laquelle il faut sans doute ajouter la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom et la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁸⁰³ CPCE, Livre II, Titre I, Chapitre IV.

mière section⁸⁰⁴. D'autre part, un aspect matériel, l'ensemble des dispositions relatives aux opérateurs exerçant une influence significative sur le marché⁸⁰⁵.

Or, une telle définition étroite de la régulation correspond sans aucun doute à ce que le droit de l'Union européenne nomme réglementation *ex ante*. De ce point de vue, le droit français semble achever le processus de transcription de l'économie des réseaux en rattachant à la notion de régulation la réglementation *ex ante* au sens du droit de l'Union européenne et donc la régulation *ex ante* au sens de la théorie de l'économie des réseaux⁸⁰⁶.

296. Ainsi, il semble que le législateur français procède, au moins indirectement, à une assimilation entre régulation au sens juridique et régulation *ex ante* au sens économique. Un tel résultat est enfin définitivement entériné par les décisions de l'autorité de régulation elle-même.

ii. Le rattachement de la notion de régulation à l'économie des réseaux par l'autorité de régulation

297. L'ARCEP semble également procéder à une assimilation entre régulation et régulation *ex ante*. Elle va en outre plus loin que le législateur en procédant à cette assimilation de façon tout à fait explicite, achevant la transcription en droit de la théorie de l'économie des réseaux.

Ainsi, dans sa première décision relative à la délimitation d'un marché pertinent suite à l'adoption du Paquet Télécom, l'autorité de régulation a estimé, dans un considérant de principe, que le « *Code des postes et communications électroniques désigne l'ART pour analyser les marchés énumérés par la Commission européenne comme marchés pertinents pour une régulation ex ante, déterminer les entreprises disposant éventuellement d'une puissance sur ces marchés et définir les obligations ex ante susceptibles de remédier aux problèmes concurrentiels envisagés* »⁸⁰⁷. Ce considérant de principe sera réaffirmé⁸⁰⁸, et par la suite de nouveau utilisé sous la forme d'un préambule à la décision⁸⁰⁹. La régulation se trouve donc bien assimilée à la régulation *ex ante*.

⁸⁰⁴ CPCE, articles L. 36-5 à L. 36-13.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, articles L. 37-1 à L. 38-3.

⁸⁰⁶ Nous verrons qu'il faut cependant nuancer cette affirmation dans la mesure où coexiste avec cette conception étroite une conception plus large de la régulation visée à l'article L. 32-1 CPCE. *Cf. Infra.*

⁸⁰⁷ Décision n° 04-936 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur la détermination des marchés pertinents concernant la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole.

⁸⁰⁸ Décision n° 05-0111 de l'Autorité de régulation des télécommunications du 1^{er} février 2005 portant sur la détermination des marchés pertinents concernant la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles d'outre-mer.

⁸⁰⁹ Décision n° 05-0425 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la terminaison d'appel géographique sur les réseaux alternatifs fixes, la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre ; *Adde* Décision n° 05-0571 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre. *V.*, également, quoique dans une formulation un peu différente, Décision n° 06-0592 de l'Arcep en date du 26 septembre 2006 portant sur la définition des marchés pertinents des services de capacité, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

298. En définitive, on peut donc effectivement affirmer que la « *distinction entre réglementation ex ante et ex post, et les choix politiques qu'elle implique, a fait son entrée en droit communautaire européen par l'entremise de la théorie réglementaire et économique. À son tour, le droit européen l'introduit dans les ordres juridiques nationaux* »⁸¹⁰ en ce qui concerne le droit de la régulation des communications électroniques, de sorte que ce dernier semble s'être construit par référence à l'économie des réseaux.

299. En revanche, ce résultat ne vaut pas pour le droit de l'électricité, dans lequel la place de l'économie des réseaux est extrêmement marginale, et ce malgré la montée en puissance des considérations économiques en son sein. La transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation semble donc se concentrer dans le droit des communications électroniques.

§ 2. La place marginale de la théorie de l'économie des réseaux en droit de l'électricité

300. Au contraire du droit des communications électroniques, le droit de l'électricité ne semble pas marqué par un processus de transcription de l'économie des réseaux en son sein. En effet, la logique de l'ouverture à la concurrence de ce secteur résulte d'abord de l'application des principes du système juridique de l'Union européenne (A). En outre, si l'évolution du droit positif, notamment telle qu'elle résulte de l'adoption de la nouvelle directive 2009/72, consacre une prise en considération croissante des considérations économiques, celle-ci ne permet pourtant pas de conclure à une transcription du modèle de la théorie de l'économie des réseaux autre que marginale en droit de l'électricité (B).

A. La logique juridique de l'ouverture à la concurrence du secteur électrique

301. L'ouverture à la concurrence du secteur électrique, quoique plus tardive que celle des communications électroniques, à également pour origine, non pas la transcription d'une théorie économique particulière, mais bien l'application logique du droit communautaire. C'est ce qui ressort de la jurisprudence (1) comme du droit dérivé (2).

1. La logique juridique de l'ouverture à la concurrence du secteur électrique par la jurisprudence

302. Sans doute parce que l'ouverture à la concurrence était plus complexe dans l'électricité qu'en matière de communications électroniques, c'est d'abord sur le fondement des principes de

⁸¹⁰ LAROCHE P., « Contrôle *ex ante* et *ex post*. Possibilités et contraintes en droit national, à la lumière de l'expérience néerlandaise », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, « Thèmes et commentaires », Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2006, p. 95.

libre circulation (a), puis seulement ensuite sur le fondement du droit de la concurrence (b), que la jurisprudence a impulsé l'ouverture à la concurrence de ce secteur.

a. L'application des libertés de circulation

303. Les différentes libertés du droit communautaire ont été mobilisées afin d'œuvrer à l'ouverture à la concurrence du secteur électrique. C'est notamment le cas de la liberté de circulation des marchandises et de la liberté de circulation des capitaux.

304. En premier lieu, en matière électrique, l'ouverture à la concurrence a d'abord consisté à faire échec aux monopoles d'importation et d'exportation existants dont disposaient les grandes entreprises nationales⁸¹¹.

Dans le fameux arrêt *Commune d'Almelo* du 27 avril 1994, la Cour a qualifié, alors que la question était contestée et que les États-membres faisaient valoir qu'il s'agissait d'un service, l'électricité de marchandise⁸¹², confirmant une solution qui avait déjà été posée implicitement dans l'arrêt *Costa contre Enel* de 1964⁸¹³. Dès lors, c'est sur la base de l'obligation d'aménagement des monopoles nationaux, liée à la qualification de marchandise, que le droit communautaire a cherché à remettre en cause les monopoles d'importation et d'exportation.

Dans l'arrêt *Commune d'Almelo*, la Cour avait considéré que ce principe était applicable, mais avait accepté une dérogation fondée sur l'ancien article 86§2, à condition que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté⁸¹⁴. Ainsi, si les monopoles n'ont pas été remis en cause à cette occasion, c'était seulement par dérogation sur le fondement du SIEG. Cependant, l'applicabilité même de ces principes démontrait que le changement de logique par rapport aux systèmes précédents était en toute hypothèse acté.

305. En second lieu, le principe de libre circulation des capitaux a également été utilisé afin d'ouvrir à la concurrence le secteur énergétique. Ce fut notamment le cas par la condamnation des actions spécifiques existant dans le secteur de l'énergie, pour lesquelles la Cour a estimé que, s'il était possible de prévoir par exception des dispositifs limitant la liberté de circulation des capitaux dans le but d'intérêt général d'approvisionnement en électricité, ceux-ci devaient néanmoins

⁸¹¹ ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, *op. cit.*, p. 141.

⁸¹² Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, C-393/92, § 28.

⁸¹³ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.I.*, C-6/64. La Cour a en effet accepté d'apprécier le respect des dispositions du traité relatives à l'élimination des restrictions quantitatives aux échanges, admettant ainsi implicitement que l'électricité pouvait être qualifiée de marchandise. *V.*, également Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, C-155/73.

⁸¹⁴ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 octobre 1997, *Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas, République italienne, République française et Royaume d'Espagne*, Affaire jointes C-157/94, C-158/94, C-159/94, C-160/94, § 46 et 47.

être objectifs, transparents, nécessaires et proportionnés⁸¹⁵.

Néanmoins, la nécessité de sauvegarder la structure concurrentielle du marché n'est pas un intérêt général suffisant permettant de déroger à la liberté de circulation des capitaux⁸¹⁶. Le principe de libre circulation, s'il peut accompagner l'ouverture à la concurrence, n'est cependant pas construit comme un instrument exclusivement à son service. Il a ainsi été récemment fait application de ce principe en matière d'électricité par la censure d'une réglementation italienne visant à éviter que des établissements publics européens, et notamment français, ne s'emparent du capital des sociétés énergétiques italiennes⁸¹⁷.

306. Les premiers jalons de l'ouverture à la concurrence du secteur électrique résultent donc de l'application des principes de liberté. Ce raisonnement a par ailleurs été renforcé par l'application des principes du droit de la concurrence.

b. L'application du droit de la concurrence

307. Dans le secteur de l'électricité, l'application des règles du droit de la concurrence dérive de la jurisprudence (i) mais ces dernières n'ont pas conduit à l'ouverture complète à la concurrence dans la mesure où les monopoles ont été justifiés sur le fondement du SIEG (ii).

i. L'application du droit de la concurrence au secteur électrique

308. Face aux difficultés pour ouvrir les marchés électriques nationaux au début des années 1900, c'est d'abord la Commission européenne qui a poussé à l'application du droit de la concurrence en cette matière. Ainsi, saisie d'une plainte contre les monopoles d'importation et d'exportation, la Commission avait sanctionné dans une décision *Ijsselcentrale* du 16 janvier 1991 ce qu'elle considérait comme une entente non justifiable sur le fondement du SIEG⁸¹⁸. L'application du droit de la concurrence à ces industries avait ensuite été confirmée par le Tribunal de première instance dans une décision *Rendo* du 18 novembre 1992⁸¹⁹.

Dans un second temps, la Cour de justice a également admis l'application du droit de la concurrence à l'électricité. Elle a ainsi considéré dans l'arrêt *Commune d'Almelo* qu'il était de juris-

⁸¹⁵ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 4 juin 2002, *Commission des Communautés européennes contre Royaume du Portugal*, C-367/98 ; *Adde* Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique* du 4 juin 2002, C-503/99 ; *Adde* Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 4 juin 2002, *Commission contre République française*, C-483/99.

⁸¹⁶ CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Royaume du Portugal*, C-367/98, précité, § 52.

⁸¹⁷ Arrêt de la Cour de justice des communautés européenne du 2 juin 2005, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, C-174/04.

⁸¹⁸ Décision 91/50/CEE de la Commission, du 16 janvier 1991, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE [IV/32.732 - Ijsselcentrale (IJC) et autres].

⁸¹⁹ Arrêt du Tribunal de première instance (première chambre) du 18 novembre 1992, *Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV et Regionaal Energiebedrijf Salland NV contre Commission des Communautés européennes*, T-16/91.

prudence constante que le comportement d'une entreprise publique devait être apprécié au regard des règles du droit de la concurrence⁸²⁰. Cependant, cela n'a pas conduit à l'ouverture à la concurrence du secteur car il a été considéré, dans le même temps, que les monopoles en question étaient justifiés sur le fondement du SIEG.

ii. La dérogation du service d'intérêt économique général

309. En effet, s'il a été prévu dans l'arrêt *Commune d'Almelo* l'application du droit de la concurrence à l'électricité, il a été accepté, dans le même temps, la possibilité d'y déroger sur le fondement du service d'intérêt économique général⁸²¹.

Ainsi, si la Cour a décidé d'appliquer les règles de la concurrence au secteur électrique, elle a cependant admis dans le même temps des dérogations fondées sur l'intérêt général. Cette ouverture à la concurrence limitée démontre bien que la logique initiale de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau est de nature juridique et non de nature économique.

310. En somme, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que la libéralisation du secteur électrique trouve son origine dans l'application du système juridique communautaire par la jurisprudence, qui a conduit à une ouverture à la concurrence limitée du secteur. Le constat est le même concernant le droit dérivé, qui est cependant allé plus loin dans la libéralisation.

2. La logique juridique de l'ouverture à la concurrence du secteur électrique par le droit dérivé

311. Les premiers actes contraignants de droit dérivé dans le secteur électrique ont été adoptés au début des années 1990⁸²². À ce stade, c'est surtout la volonté de créer le marché intérieur qui a justifié l'ouverture à la concurrence et non la transcription d'une quelconque théorie économique (a). Cette logique s'est poursuivie dans les directives postérieures (b).

a. La logique de construction du marché intérieur dans les premières directives électricité

312. Deux directives, les directives 90/337 et 90/547, ont été adoptées au début des années 1990 pour poser les premiers jalons de l'ouverture à la concurrence, sans que celles-ci ne produisent réellement d'effets. On peut ici noter que leur objectif n'a jamais été la mise en œuvre d'une

⁸²⁰ CJCE, *Commune d'Almelo*, C-393/92, précité, § 33.

⁸²¹ *Ibid.*, § 46 et s.

⁸²² ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, *op. cit.*, p. 172.

théorie économique mais bien davantage l'application du droit de la concurrence et la construction du marché intérieur.

313. Tout d'abord, la directive 90/377 avait pour objectif d'assurer la transparence des prix au consommateur final d'électricité et de gaz⁸²³. Son objectif n'était pas de mettre en œuvre une théorie économique, mais de poursuivre les grands objectifs du droit communautaire, à savoir une concurrence non faussée, elle-même garante de la réalisation et du bon fonctionnement du marché intérieur⁸²⁴. Il s'agissait donc ici, avant toute chose, du premier acte de construction d'un marché intérieur de l'énergie, objectif premier du droit communautaire⁸²⁵.

314. Ensuite, la seconde directive importante à avoir été adoptée fut la directive 90/547 relative au transit d'électricité sur les grands réseaux⁸²⁶. L'objectif de cette directive n'était alors pas la transcription d'une théorie économique, ni même la poursuite d'une concurrence libre et non faussée. Son objectif était, ainsi que le démontre son exposé des motifs, d'« *établir progressivement le marché intérieur* », conformément à la nécessité de « *réaliser un marché intérieur unique dans le secteur de l'énergie* », aux fins de faciliter les objectifs ultérieurs de la Communauté en cette matière⁸²⁷.

Au contraire, la directive précisait explicitement que « *la politique énergétique, plus encore que toutes les autres mesures contribuant à l'achèvement du marché intérieur, ne doit pas être mise en œuvre dans la seule perspective d'une réduction des coûts et de l'exercice de la concurrence* », mais qu'elle doit également tenir compte de la sécurité d'approvisionnement et de l'environnement⁸²⁸. Cela démontre que la logique d'ouverture à la concurrence ne résultait pas en premier lieu d'une logique économique.

315. En somme, la logique initiale de l'ouverture à la concurrence de l'électricité visait moins à l'efficacité économique et notamment au principe d'efficacité allocative qu'à la construction du marché unique. Les directives ultérieures ont confirmé cette approche.

b. La logique de construction du marché intérieur dans les directives ultérieures

316. Les directives ultérieures n'ont semble-t-il pas modifié la logique juridique du droit dérivé, comme le montre l'étude des directives 96/62, 2003/54 et 2009/72.

⁸²³ Directive 90/377/CEE du Conseil du 29 juin 1990 instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité.

⁸²⁴ *Ibid.*, §1 et 2 de l'exposé des motifs.

⁸²⁵ ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, *op. cit.*, pp. 172-177.

⁸²⁶ Directive 90/547/CE du Conseil, du 29 octobre 1990 relative au transit d'électricité sur les grands réseaux.

⁸²⁷ *Ibid.*, §1 de l'exposé des motifs.

⁸²⁸ *Ibid.*, §4 de l'exposé des motifs.

317. En premier lieu, suite à l'échec des tentatives contentieuses, et des tentatives de la Commission pour adopter seule une directive relative au marché électrique⁸²⁹, la première directive établissant des règles globales d'ouverture à la concurrence du secteur électrique apparaît comme un compromis entre les différentes institutions et les différents intérêts⁸³⁰. Il s'agit de la directive 96/92 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité⁸³¹.

Il faut certes souligner que cette directive se présente elle-même comme une « *nouvelle phase de la libéralisation* »⁸³². Cependant, la place des considérations économiques est faible dans cette directive dont l'objectif premier est la réalisation du marché intérieur de l'énergie, lequel devrait être un espace sans frontières où seraient garanties les libertés de circulation des marchandises, services, capitaux et personnes⁸³³. L'achèvement d'un marché concurrentiel n'est alors pas pris pour lui-même, mais d'abord considéré comme une étape permettant la réalisation du marché intérieur de l'énergie⁸³⁴.

Enfin, la directive poursuit également la mise en œuvre d'objectifs de service public⁸³⁵. De ce point de vue, la référence au service public⁸³⁶, et non au service universel, montre bien que le modèle de l'économie des réseaux n'est pas reçu ici.

318. En deuxième lieu, la directive 2003/54, abrogeant la directive précédente⁸³⁷, se situe dans le prolongement de celle-ci. Même si les préoccupations économiques apparaissent grandissantes, cette directive ne peut être considérée comme transcrivant une théorie économique.

Son objectif principal reste l'achèvement du marché intérieur de l'énergie⁸³⁸ dans la mesure où il est seul de nature à permettre aux grandes libertés reconnues par le droit communautaire de s'exercer effectivement⁸³⁹. Par ailleurs, il est fait référence ici aux objectifs de protection du consommateur voire à l'équité⁸⁴⁰, ainsi qu'aux objectifs de service public dont la place apparaît tout à fait importante⁸⁴¹. En toute hypothèse, y compris du point de vue concurrentiel, la directive ne fait pas jamais référence au modèle théorique de l'économie des réseaux.

⁸²⁹ ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, *op. cit.*, pp. 201-202.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 207.

⁸³¹ Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

⁸³² *Ibid.*, § 39 de l'exposé des motifs.

⁸³³ *Ibid.*, § 1 de l'exposé des motifs.

⁸³⁴ *Ibid.*, § 2 de l'exposé des motifs.

⁸³⁵ *Ibid.*, § 9 de l'exposé des motifs.

⁸³⁶ *Ibid.*, § 13 de l'exposé des motifs.

⁸³⁷ Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE.

⁸³⁸ *Ibid.*, § 1 de l'exposé des motifs. Il faut aussi citer le § 31 de l'exposé des motifs selon lequel « *l'objectif de l'action envisagée* » est « *la création d'un marché intérieur de l'électricité pleinement opérationnel et dans lequel une concurrence loyale existe* ».

⁸³⁹ *Ibid.*, § 4 de l'exposé des motifs.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, § 2 et 19 de l'exposé des motifs.

⁸⁴¹ *Ibid.*, § 24 et 26 de l'exposé des motifs.

319. En troisième lieu, enfin, la nouvelle directive 2009/72 adoptée le 13 juillet 2009, abrogeant la directive 2003/54⁸⁴², réaffirme les principes précédents.

L'objectif de cette directive est également de créer un marché intérieur de l'électricité, qui a pour finalité de favoriser à la fois l'efficacité, la compétitivité, la sécurité d'approvisionnement et le développement durable⁸⁴³, et de permettre l'exercice des grandes libertés garanties par le droit de l'Union européenne⁸⁴⁴. La directive considère également que le « *développement d'un véritable marché intérieur de l'électricité, grâce à un réseau interconnecté dans toute la Communauté, devrait être l'un des objectifs principaux de la présente directive* »⁸⁴⁵ et que l'« *un des principaux objectifs de la présente directive devrait également être d'assurer des règles communes pour un véritable marché intérieur et une large offre d'électricité accessible à tous* »⁸⁴⁶. La logique juridique, et notamment celle de création du marché intérieur, reste donc fondamentale en droit positif.

320. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'ouverture à la concurrence du secteur électrique s'est réalisée selon une logique juridique ordonnée notamment à la réalisation du marché intérieur. Certes, cela ne signifie pas que les considérations économiques soient absentes des directives, celles-ci étant au contraire croissantes. Cependant, il ne peut être établi l'existence d'un processus de transcription en droit de l'économie des réseaux.

B. L'absence de transcription de l'économie des réseaux en droit de l'électricité

321. La prééminence d'une logique juridique dans les directives relatives au secteur électrique ne signifie pas que celles-ci ne prennent pas en compte les logiques économiques. De ce point de vue, il apparaît en effet que la théorie économique a pris une importance croissante en droit de l'électricité (1). Cependant, cette évolution ne permet pas de conclure à la transcription de la théorie de l'économie des réseaux, force étant de constater que les références à ce modèle théorique, à défaut d'être inexistantes, sont extrêmement marginales (2).

1. La prise en compte croissante de l'efficacité économique en droit de l'électricité

322. L'évolution du droit positif de l'électricité révèle que la place de l'efficacité économique a été croissante en son sein, de sorte que sa rationalité relève aujourd'hui assez largement de la volonté d'efficacité économique. De ce point de vue, l'évolution du droit de l'Union européenne (a)

⁸⁴² Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

⁸⁴³ *Ibid.*, § 1 de l'exposé des motifs.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, § 3 de l'exposé des motifs.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, § 59 de l'exposé des motifs.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, § 60 de l'exposé des motifs.

a entraîné l'évolution du droit interne, qui se manifeste significativement avec l'adoption récente du Code de l'énergie (b).

a. La prise en compte croissante de l'efficacité économique en droit de l'Union européenne

323. Quoique les objectifs juridiques apparaissent prééminents en droit de l'électricité, l'ouverture à la concurrence du marché poursuit également des objectifs économiques, dont l'importance s'est avérée croissante en droit de l'Union européenne.

324. La directive 96/92 n'insistait pas beaucoup sur la poursuite de l'efficacité économique. Ainsi, la référence à la rationalisation de l'organisation de l'industrie électrique, de la production, du transport et de la distribution, ne résultait pas explicitement d'une recherche d'efficacité économique⁸⁴⁷. En outre, il n'était fait référence qu'à la « libéralisation » du secteur⁸⁴⁸ et à la perspective, au sein du marché intérieur, « d'un marché de l'électricité qui soit concurrentiel et compétitif »⁸⁴⁹. La part des considérations purement économiques était donc assez faible.

325. Cette situation va cependant évoluer avec l'adoption de la directive 2003/54. En effet, la directive considère que l'« expérience acquise (...) montre les avantages considérables qui peuvent découler du marché intérieur de l'électricité, en termes de gains d'efficacité, de baisses de prix, d'amélioration de la qualité du service et d'accroissement de la compétitivité »⁸⁵⁰ et met en avant l'objectif de « libéralisation totale » du marché de l'électricité⁸⁵¹. Elle se place donc davantage dans une perspective d'efficacité économique.

Cependant, la place de cette dernière apparaît encore relativement faible par rapport aux autres objectifs poursuivis, notamment la création du marché intérieur. Cette situation a cependant été récemment modifiée avec l'adoption de la directive 2009/72.

326. La nouvelle directive 2009/72 semble aujourd'hui s'ouvrir davantage à une logique économique que les deux directives précédentes.

En effet, elle fait valoir que le marché intérieur de l'électricité « a pour finalité d'offrir une réelle liberté de choix à tous les consommateurs de l'Union européenne, qu'il s'agisse de particuliers ou d'entreprises, de créer de nouvelles perspectives d'activités économiques et d'intensifier les échanges transfrontaliers, de manière à réaliser des progrès en matière d'efficacité, de compétitivité des prix et de niveau de service et à favoriser la sécurité d'approvisionnement ainsi que le développement durable »⁸⁵². Ainsi, cette directive présente pour la première fois l'efficacité économique, à laquelle il est fait directement référence, comme une finalité

⁸⁴⁷ Directive 96/92 précitée, § 4 et 5 de l'exposé des motifs.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, § 39 de l'exposé des motifs.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, § 9 de l'exposé des motifs.

⁸⁵⁰ Directive 2003/54 précitée, § 2 de l'exposé des motifs.

⁸⁵¹ *Ibid.*, § 3 de l'exposé des motifs.

⁸⁵² Directive 2009/72 précitée, § 1 de l'exposé des motifs.

même de la construction du marché intérieur.

Il est en outre fait mention de la « *promotion de la compétitivité sur le marché intérieur* »⁸⁵³, de la concurrence comme instrument permettant la fourniture d'électricité au prix le plus bas possible⁸⁵⁴, du fait que le marché intérieur souffre d'un manque de liquidité et de transparence qui « *entrave l'attribution efficace des ressources, la couverture des risques et l'entrée de nouveaux arrivants* »⁸⁵⁵, etc.

On pourrait ainsi multiplier les exemples mettant en avant des impératifs de nature économique, ce qui traduit un renforcement très net de la prise en compte de l'économie en droit de l'électricité. Ce renforcement de la logique économique du droit de l'Union européenne n'a pas été sans impact en droit interne, l'adoption récente du Code de l'énergie ayant renforcé la place de l'efficacité économique au détriment de celle du service public.

b. Le renforcement de la logique économique en droit interne

327. L'évolution du droit interne conforte le mouvement amorcé par le droit de l'Union européenne. Cela se traduit notamment par un affaiblissement du service public au profit d'une approche plus économique du droit régissant le secteur.

328. Avant l'adoption en mai 2011 du Code de l'énergie⁸⁵⁶, la rationalité du droit français était fondée à titre principal sur la notion de service public.

Ainsi, l'article 1^{er} de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, aujourd'hui majoritairement abrogée⁸⁵⁷, prévoyait que le service public de l'électricité, dans le cadre de la politique énergétique nationale, visait à favoriser la sécurité d'approvisionnement, l'approvisionnement en électricité sur tout le territoire, la qualité de l'air et la lutte contre l'effet de serre, la maîtrise de la demande, la cohésion sociale, etc. L'objectif de « *compétitivité de l'activité économique* » n'apparaissait qu'incidemment⁸⁵⁸.

Par la suite, la place des considérations économiques a certes été croissante dans le droit de l'électricité, mais elles restaient secondaires par rapport au service public. Ainsi, la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique du 13 juillet 2005, aujourd'hui également abrogée⁸⁵⁹, posait comme principe que la « *politique énergétique repose sur un service public de l'énergie qui garantit l'indépendance stratégique et favorise sa compétitivité économique* »⁸⁶⁰. L'objectif de compétitivité économique prend donc, avec la loi de 2005, une importance nouvelle puisqu'il est dé-

⁸⁵³ Directive 2009/72 précitée, § 5 de l'exposé des motifs.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, § 8 de l'exposé des motifs.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, § 39 de l'exposé des motifs.

⁸⁵⁶ Ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 1.

⁸⁵⁹ Ordonnance n°2011-504 précitée.

⁸⁶⁰ Loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, article 1.

sormais considéré comme l'un des deux objectifs poursuivis par la politique énergétique. Néanmoins, cet objectif continue d'être intégré dans le service public de l'électricité, dont la rationalité ne se réduit pas à l'efficacité économique, qui conserve donc la prééminence sur le plan juridique. De ce point de vue, le principe qui était posé par la loi selon lequel la conduite de la politique énergétique « *nécessite le maintien et le développement d'entreprises publiques nationales et locales dans le secteur énergétique* »⁸⁶¹, visant expressément à favoriser la constitution et le maintien de champions nationaux, s'opposait très nettement à l'instauration d'une véritable concurrence et, au-delà, à la poursuite prioritaire de l'objectif d'efficacité économique.

En somme, sous l'empire du droit qui a été applicable jusqu'au 1^{er} juin 2011, jour de l'entrée en vigueur du Code de l'énergie, la mise en œuvre d'une politique publique de l'énergie fondée sur le service public primait sur la recherche de l'efficacité économique.

329. Au contraire, l'adoption du Code de l'énergie par l'ordonnance du 9 mai 2011, transposant la directive 2009/72 en droit interne⁸⁶², consacre logiquement l'importance croissante de l'efficacité économique comme objectif principal du droit de l'électricité. Ainsi, le Code de l'énergie dispose désormais, dans son titre préliminaire consacré aux objectifs de la politique énergétique, et dès son premier article, que la « *politique énergétique garantit l'indépendance stratégique de la nation et favorise sa compétitivité économique* »⁸⁶³. Deux points semblent devoir être soulignés concernant cette nouvelle formulation.

D'une part, il résulte de cette disposition la confirmation du principe selon lequel la compétitivité économique constitue l'un des objectifs du droit de l'électricité, objectif désormais placé à un niveau fondamental puisqu'il apparaît en premier lieu dans le nouveau code. Le principe d'efficacité économique prend donc une importance toujours croissante en droit positif.

D'autre part, il résulte de cette nouvelle formulation la fin de la primauté du service public dans le dispositif du droit de l'électricité, puisqu'il n'en est plus fait mention dans cet article définissant la politique énergétique de la France. S'il faudra revenir sur cette évolution fondamentale du droit de l'électricité de manière bien plus approfondie⁸⁶⁴, il faut ici souligner que cette disparition du service public peut être interprétée comme la fin du statut central de celui-ci en droit de l'électricité au profit de l'accroissement des considérations économiques. Cette hypothèse trouve une confirmation tout à fait nette dans le fait que la référence au « *maintien et (...) développement d'entreprises publiques nationales et locales* », présente dans la loi de 2005, a tout simplement disparu dans le cadre du nouveau code⁸⁶⁵. Ce changement est bien sûr un signe particulièrement révélateur de la transformation de logique à l'œuvre en droit de l'électricité.

⁸⁶¹ Loi n°2005-781 précitée, article 1.

⁸⁶² Ordonnance n°2011-504 précitée.

⁸⁶³ Code de l'énergie, article L. 100-1.

⁸⁶⁴ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

⁸⁶⁵ Code de l'énergie, article L. 100-1.

330. En définitive, à la différence des directives précédentes, la directive 2009/72 procède d'une véritable logique économique, de plus en plus à l'œuvre également en droit français, qui en reprend les principes. Néanmoins, à la différence des directives relatives aux communications électroniques, cette évolution ne permet pas de démontrer l'existence d'une transcription autre que marginale de la théorie de l'économie des réseaux en droit de l'électricité.

2. La transcription marginale de l'économie des réseaux en droit de l'électricité

331. Il résulte des recherches effectuées que la transcription des concepts de l'économie des réseaux est extrêmement marginale en droit de l'électricité, en ce qu'elle n'apparaît qu'en droit français s'agissant du dispositif d'accès à l'électricité nucléaire historique (a). Ces références à l'économie des réseaux ne suffisent pas à conclure à la transcription de cette théorie économique en droit de l'électricité (b).

a. Des références marginales à l'économie des réseaux en droit de l'électricité

332. Les références à l'économie des réseaux semblent marginales en droit de l'électricité, malgré la vocation théorique de ce modèle à s'appliquer y compris aux réseaux électriques⁸⁶⁶. À notre connaissance, on ne trouve de référence explicite et convaincante à cette théorie économique, et notamment au concept de régulation *ex ante*⁸⁶⁷, qu'à propos⁸⁶⁸ du nouvel accès régulé à l'énergie nucléaire historique, dit ARENH.

333. S'il faudra revenir très largement sur ce mécanisme dans la suite de la recherche⁸⁶⁹, il convient de l'expliquer brièvement ici afin de présenter pourquoi le concept de régulation *ex ante* a été utilisé à cette occasion.

La particularité la plus significative du marché électrique français est que, l'essentiel de la production d'électricité étant d'origine nucléaire et le nucléaire étant encore une énergie particulièrement compétitive, la concurrence par la production est rendue impossible du fait que le prix de la production non nucléaire est supérieur au prix du tarif réglementé de vente assis sur le nucléaire. La seule possibilité de mettre en œuvre la concurrence tout en maintenant des tarifs réglementés à un niveau faible est alors de donner un accès régulé à l'électricité nucléaire historique, produite par EDF, au bénéfice des concurrents de celui-ci, régime mis en place en France à partir

⁸⁶⁶ Cf. *Supra*.

⁸⁶⁷ *V.*, en dernière analyse l'absence de référence au concept d'*ex ante* dans le rapport de 2010 de la CRE, *in* CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2010, 96 p.

⁸⁶⁸ *V.*, cependant, mais de manière très marginale et très peu significative, la référence à « *l'approbation ex ante des règles d'accès à l'interconnexion* », CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2009, p. 63.

⁸⁶⁹ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1*.

de la loi *Nouvelle organisation du marché électrique*, dite loi NOME⁸⁷⁰. Or, c'est dans ce cadre qu'a été utilisé en droit français le concept d'*ex ante* dans le sens de l'économie des réseaux en matière électrique.

334. En effet, en 2006, la Commission de régulation de l'énergie, suite à une série de décisions du Conseil de la concurrence allant dans ce sens⁸⁷¹, prenait position en faveur de la mise en œuvre d'un « *programme régulé de mise à disposition d'électricité sur le marché de gros* »⁸⁷². Or, à cette occasion, la CRE considérait que « *le programme proposé doit être régulé ex ante* »⁸⁷³. L'utilisation du concept d'*ex ante* s'entend donc bien ici dans le sens de la régulation *ex ante* de l'économie des réseaux, puisqu'il s'agit de mettre en place un système asymétrique d'accès à un monopole, même s'il s'agit là d'un moyen de production, par une autorité de régulation sectorielle,

Néanmoins, il s'agit d'une utilisation très marginale du terme d'*ex ante* dans un cas très particulier, qui ne saurait rendre compte du fonctionnement global du secteur. De ce point de vue, il est significatif de noter qu'à la différence du droit des communications électroniques, la qualification d'*ex ante* n'est guère utilisée autrement concernant les problèmes d'accès aux réseaux.

b. L'absence de transcription de l'économie des réseaux

335. Ainsi, le modèle de l'économie des réseaux ne semble pas avoir fait l'objet d'une transcription en droit de l'électricité. Si ce dernier fait une place grandissante aux principes économiques, il ne peut cependant être établi que ceux-ci résultent de la transcription de la théorie de l'économie des réseaux en particulier. En soi, ce constat semble déjà un échec du modèle théorique de l'économie des réseaux.

336. Néanmoins, il est vrai que le secteur des communications électroniques est considéré de manière générale comme le secteur précurseur en matière de régulation des industries de réseaux⁸⁷⁴, et qu'il pourrait donc être théoriquement soutenu que si la théorie de l'économie des réseaux n'a pas encore été transcrite en droit de l'électricité, cela se produira sans doute un jour. À ce stade de l'analyse, il est possible de maintenir cette hypothèse.

Néanmoins, dans tous les cas, il en résulte que l'étude des rapports entre l'analyse économique du droit, et le droit de la régulation, doit se concentrer sur le droit des communications électroniques à l'exclusion du droit de l'électricité.

⁸⁷⁰ Loi n°2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité. *V.*, pour une synthèse NICINSKI S., « La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *RJEP*, n°684, mars 2011, pp. 3-8.

⁸⁷¹ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

⁸⁷² Communication du 16 mars 2006 de la Commission de régulation de l'énergie sur les *Virtual Power Plants* (VPP) mis en œuvre par EDF et leur évolution vers un programme régulé de mise à disposition d'électricité sur le marché de gros, pp. 1-4.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 3.

⁸⁷⁴ RICHER L., « Droit d'accès et service public », *article précité*, p. 74.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

337. L'analyse permet donc de démontrer qu'il a historiquement existé un processus ayant conduit à la transcription en droit de la régulation de l'économie des réseaux, branche spécialisée de l'analyse économique du droit.

Tout d'abord, ce processus s'est caractérisé par la progression de l'analyse économique du droit dans le champ de la théorie économique. Dans un premier temps, l'analyse économique du droit a remis en cause les solutions du modèle jusque-là dominant, l'économie du bien-être. Cette dernière posait le principe selon lequel les industries caractérisées par des défaillances de marché telles que le monopole naturel devaient être prises en charge par des entreprises en situation de monopole, soit publiques, soit privées mais réglementées. L'analyse économique du droit a déconstruit ce résultat en démontrant l'inefficacité d'un tel système, du fait de la capture des autorités publiques et des asymétries d'informations. Par la suite, une de ses branches spécialisées, l'économie des réseaux, a proposé un modèle nouveau ayant pour finalité l'ouverture à la concurrence des industries de réseau. Fondé sur l'hypothèse de la disparition des monopoles naturels et de l'existence d'effets de club, cette théorie économique préconise de mettre en place une régulation sectorielle prise en charge par une autorité indépendante et consistant à mettre en œuvre des règles spéciales, dite régulation *ex ante*. Cette régulation *ex ante* doit alors fonctionner le temps qu'une concurrence auto-entretenu se mette en place dans le secteur, permettant ensuite le passage au droit commun de la concurrence, dit régulation *ex post*. Ce modèle est aujourd'hui le modèle économique de référence en matière d'ouverture à la concurrence des industries de réseau.

Ensuite, ce processus s'est poursuivi par une transcription juridique des concepts de la théorie économique, au moins en ce qui concerne le droit de la régulation des communications électroniques. Certes, au départ, les fondements de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau semblent exclusivement juridiques. Cependant, la théorie économique n'a pas tardé à trouver prise dans le droit positif. Ce fut d'abord le cas en droit communautaire, implicitement puis explicitement, au milieu des années 1990, c'est-à-dire à l'époque où l'économie des réseaux s'est imposée en Europe. Ce fut ensuite le cas en droit interne, dans lequel le législateur a associé la notion juridique de régulation aux règles imposées par l'autorité de régulation aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché, et donc à la régulation *ex ante* au sens de l'économie des réseaux. En somme, l'étude du droit des communications électroniques démontre l'existence d'une transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation. Celle-ci semble plus marginale en droit de l'électricité, mais l'hypothèse peut être maintenue à ce stade que les communications électroniques consistent en cette matière en domaine précurseur.

En définitive, la régulation semble résulter très largement d'un processus de transcription de l'analyse économique du droit par le système juridique. Cela explique la portée de ce modèle dans la construction du droit positif et dans l'élaboration de la doctrine de la régulation.

Chapitre 2nd

La portée de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation

338. L'analyse économique du droit, et notamment sa branche spécialisée de l'économie des réseaux, a donc incontestablement fait l'objet d'un processus de transcription progressif en droit de la régulation des communications électroniques.

Dès lors, il en résulte que ce dernier se trouve désormais construit conformément au modèle de l'économie des réseaux, et qu'ainsi le régime juridique qu'il met en place correspond au modèle normatif de la régulation *ex ante* (Section I). Une telle transcription en droit positif produit alors un effet structurant sur le discours doctrinal, tant universitaire qu'institutionnel, qui tend à construire une théorie de la régulation juridique correspondant au concept économique de régulation *ex ante*. Ainsi, la notion juridique de régulation se définit comme une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau (Section II).

Section I. La portée technique de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation

339. La principale innovation du paquet réglementaire de 2002 est la mise en place d'une procédure spécifique de désignation des marchés et des entreprises soumis à des obligations particulières, codifiée à l'article L. 37-1 CPCE⁸⁷⁵, qui constitue désormais le cœur de la régulation sectorielle⁸⁷⁶. Or, il peut être démontré que ce régime résulte directement de la transcription en droit positif du concept de régulation *ex ante* propre à l'économie des réseaux, tant en ce qui concerne son champ d'application (§1) qu'en ce qui concerne les règles qui y sont associées (§2).

§1. La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur le champ d'application de la régulation

340. Tout d'abord, le champ d'application de la régulation correspond sans doute au concept de la régulation *ex ante*. Cela peut être démontré positivement, par l'étude des critères déterminant l'application de la régulation (A) et négativement, par l'étude du processus de dérégulation *ex ante* actuelle de nombreux marchés au profit du droit commun de la concurrence (B).

⁸⁷⁵ CPCE, article L. 37-1.

⁸⁷⁶ GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, Thessalonique, Athènes, Bruxelles, Éditions Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2010, pp. 138-175.

A. La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur les critères d'application de la régulation *ex ante*

341. L'analyse démontre de la façon la plus nette que le champ d'application de la régulation sectorielle correspond au concept de régulation *ex ante*. Les critères de détermination du champ d'application de la régulation résultent en effet d'une véritable transcription de l'économie des réseaux tant *rationae materiae* (1) que *rationae personae* (2).

1. La transcription des critères *rationae materiae* de la régulation *ex ante* des marchés

342. Le champ d'application *rationae materiae* de la régulation correspond au modèle de l'économie des réseaux. En effet, la régulation sectorielle ne s'applique en principe qu'à certains marchés considérés comme pertinents *ex ante* qu'il s'agit de déterminer (a) en utilisant un certain nombre de critères dérivant du modèle de l'économie des réseaux (b).

a. La qualification préalable du marché pertinent *ex ante*

343. Les obligations réglementaires spécifiques ne peuvent être imposées que sur des marchés qualifiés de marchés pertinents *ex ante* (i). Pour les déterminer, l'autorité de régulation met en œuvre une méthodologie correspondant parfaitement aux schémas construits par la théorie de l'économie des réseaux (ii).

i. La définition du marché pertinent *ex ante*

344. Pour appliquer les règles de la régulation sectorielle, les autorités de régulation doivent d'abord définir les marchés pertinents en tenant le plus grand compte des lignes directrices et de la recommandation de la Commission européenne⁸⁷⁷, le marché étant présumé pertinent *ex ante* s'il a été considéré comme tel par cette dernière⁸⁷⁸. Selon la formule désormais consacrée par l'ARCEP, « conformément à l'article L.37-1 du code des postes et des communications électroniques, l'Autorité est en charge de la détermination des marchés du secteur des communications électroniques pertinents, susceptibles

⁸⁷⁷ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), articles 15§ 3 et 16§1 ; *Adde* CPCE, article D.301 selon lequel l'autorité doit tenir « le plus grand compte » du *soft law* de la Commission.

⁸⁷⁸ Décision n° 04-936 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur la détermination des marchés pertinents concernant la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole, p. 26.

d'être soumis à une régulation ex ante »⁸⁷⁹.

L'étape préalable à l'application des obligations réglementaires spécifiques est donc l'existence d'un marché pertinent *ex ante*. Un marché sera considéré comme pertinent *ex ante* s'il n'est pas effectivement concurrentiel⁸⁸⁰. Pour le savoir, l'autorité de régulation va appliquer une méthodologie spécifique, conformément au modèle de l'économie des réseaux.

ii. La méthodologie spécifique de l'autorité de régulation

345. Les autorités de régulation sont, selon le droit positif des communications électroniques, caractérisées par un certain nombre de particularités méthodologiques qui les distinguent des autorités de concurrence. Notamment, dans la détermination des marchés pertinents *ex ante*, l'autorité doit mettre en œuvre une analyse prospective du marché considéré⁸⁸¹, à la différence des autorités de concurrence⁸⁸². Par ailleurs, les autorités de régulation disposent d'un pouvoir discrétionnaire plus étendu⁸⁸³. Enfin, les autorités de régulation interviennent de manière continue⁸⁸⁴, par opposition à l'intervention au cas par cas de l'autorité de concurrence⁸⁸⁵. Or, il est tout à fait significatif de souligner que ces différences méthodologiques correspondent au schéma de l'économie des réseaux s'agissant de la distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post*.

346. Par ailleurs, il faut noter que malgré le maintien de certaines spécificités, il existe un rapprochement des méthodologies de l'autorité de régulation et de celles de l'autorité de concurrence.

⁸⁷⁹ *V.*, parmi d'autres exemples, Décision n° 05-0275 de l'Autorité de régulation des télécommunications du 19 mai 2005 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès dégroupé à la boucle locale cuivre et à la sous-boucle locale cuivre et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché, p. 2 ; *Adde* Décision n° 05-0277 de l'Autorité de régulation des télécommunications du 19 mai 2005 portant sur les obligations imposées à France Télécom en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur le marché de gros de l'accès dégroupé à la boucle cuivre et à la sous boucle locale cuivre, p. 2 ; *Adde* Décision n° 06-0160 de l'Arcep du 6 avril 2006 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché, pp. 2-3.

⁸⁸⁰ Directive 2002/21 précitée, article 16§2.

⁸⁸¹ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2002/C 165/03, du 11 juillet 2002, § 27, en vertu duquel l'autorité « réalise une évaluation globale prospective de la structure et du fonctionnement du marché considéré ».

⁸⁸² *Ibid.*, § 26.

⁸⁸³ *Ibid.*, § 22, en vertu duquel « les ARN jouissent de pouvoirs discrétionnaires qui témoignent de la complexité de l'ensemble des facteurs déterminants qu'elles doivent apprécier (aspects économiques, factuels et juridiques) pour recenser les marchés pertinents et repérer les entreprises puissantes sur le marché ».

⁸⁸⁴ Décision n° 2008-0836 de l'Arcep en date du 24 juillet 2008 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, p. 18 ; *Adde* Décision n° 2011-0669 de l'Arcep en date du 14 juin 2011 portant sur la définition du marché de gros pertinent des offres d'accès haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, p. 24.

⁸⁸⁵ Décision n° 05-0281 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur la définition du marché des offres de gros d'accès large bande livrées au niveau national, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations qui lui sont imposées, pp. 24-26 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 06-0160 précitée, pp. 22-23.

rence. Ainsi le droit communautaire prévoit que l'analyse des marchés pertinents se réalise conformément aux principes du droit de la concurrence⁸⁸⁶, ce qu'a très tôt confirmé l'autorité de régulation⁸⁸⁷. Or, une telle évolution semble résulter de la transcription juridique de l'hypothèse du passage progressif de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*.

347. Ainsi, la première étape du raisonnement de l'autorité de régulation est conforme au schéma de l'économie des réseaux puisqu'il s'agit de qualifier des marchés non concurrentiels sur le fondement d'une méthodologie spécifique à la régulation *ex ante*. En outre, il apparaît que les critères permettant d'opérer une telle qualification réalisent également une transcription de l'économie des réseaux.

b. Les critères de qualification du marché pertinent *ex ante*

348. Selon un principe significatif posé par l'ARCEP, il existe « *trois critères qui justifient la mise en place d'une régulation ex ante en complément de la régulation ex post du Conseil de la concurrence* »⁸⁸⁸, qui réalisent tous trois une transcription de l'économie des réseaux. Il s'agit des critères de la présence de barrières à l'entrée du marché (i), de l'absence d'évolution vers une situation concurrentielle (ii) et de l'insuffisance du seul droit de la concurrence dans la prise en charge du marché (iii).

i. Le critère des barrières à l'entrée du marché

349. Le premier critère de la pertinence *ex ante* d'un marché est la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée⁸⁸⁹, qu'elles soient de nature structurelle⁸⁹⁰ ou de nature légale et réglementaire⁸⁹¹. Les barrières légales ne sont pas de nature économique⁸⁹² mais visent essentiellement les droits exclusifs ainsi que les droits de passage ou l'utilisation du spectre hertzien⁸⁹³. Les barrières structurelles visent les différentes caractéristiques économiques des monopoles naturels

⁸⁸⁶ Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2007/879/CE, § 3 ; *Adde* Lignes directrices 2002/C 165/03 précitée, § 5.

⁸⁸⁷ ART, Décision n° 04-936 précitée, p. 4.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 26. *V.*, également la décision n° 05-0111 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 1er février 2005 portant sur la détermination des marchés pertinents concernant la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles d'outre-mer, p. 27.

⁸⁸⁹ Recommandation 2007/879 précitée, § 5.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, § 8 et 9.

⁸⁹¹ *Ibid.*, § 8.

⁸⁹² *Ibid.*, § 10.

⁸⁹³ Explanatory note accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronics communications sector susceptible to *ex ante* regulation in accordance with Directive 2002/21 EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications network and services (Second Edition), C(2007) 5406, p. 9.

comme l'impossibilité de reproduire le réseau, les économies d'échelle, les contraintes de capacités, la présence de coûts irrécupérables massifs, etc.⁸⁹⁴.

350. Cependant, les autorités de régulation doivent prendre en compte le développement technologique dans leur analyse en adoptant une méthodologie prospective fondée sur une conception dynamique du marché⁸⁹⁵, qui peut les conduire à considérer qu'il n'y a pas de barrière à l'entrée du marché dans une optique de marché contestable⁸⁹⁶. Par ailleurs, les autorités de régulation doivent procéder à un réexamen périodique de la pertinence des marchés afin de vérifier l'impact du changement technologique sur l'existence de barrières à l'entrée⁸⁹⁷.

De ce point de vue, le droit positif des communications électroniques va dans le sens du modèle théorique de l'économie des réseaux.

ii. Le critère de l'absence d'évolution vers une situation concurrentielle

351. Le second critère du marché pertinent *ex ante* consiste à vérifier que la structure du marché ne laisse pas présager d'évolution vers une situation de concurrence effective⁸⁹⁸.

L'autorité de régulation doit ainsi mettre en œuvre une analyse prospective⁸⁹⁹ afin de déterminer si les « *tendances* » du marché⁹⁰⁰ vont vers un fonctionnement concurrentiel⁹⁰¹, notamment du fait du développement technologique⁹⁰². Par ailleurs, l'autorité peut qualifier la dynamique concurrentielle malgré la présence de barrières à l'entrée dès lors qu'il existe un nombre suffisant de concurrents pouvant intervenir sur ce marché dans l'hypothèse où un changement minime se produirait⁹⁰³, ce qui renvoie à l'hypothèse économique du monopole contestable.

352. En droit interne, l'autorité de régulation considère le plus souvent que la présence de barrières à l'entrée implique nécessairement l'absence de possibilité d'évolution du marché vers une situation davantage concurrentielle, et les deux critères sont alors lus ensemble⁹⁰⁴.

Cependant, elle procède parfois à une lecture plus autonome de ce critère. Ainsi, lors de l'analyse du marché des offres de gros d'accès large bande de type DSL livrées au niveau national,

⁸⁹⁴ Recommandation 2007/879 précitée, § 9.

⁸⁹⁵ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, pp. 6-8.

⁸⁹⁶ Lignes directrices 2002/C 165/03, précitées, § 11, selon lequel « *l'importance des barrières à l'entrée peut être relativisée sur des marchés orientés vers l'innovation, évoluant au rythme des progrès technologiques. En effet, les pressions concurrentielles découlent souvent dans ce cas des ambitions innovatrices de concurrents potentiels qui ne sont pas encore présents sur le marché. Sur ces marchés d'innovation, une concurrence dynamique ou à plus long terme peut naître entre des entreprises qui ne sont pas nécessairement concurrentes sur un marché « statique » existant* ».

⁸⁹⁷ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 5.

⁸⁹⁸ Recommandation 2007/879 précitée, § 8.

⁸⁹⁹ Lignes directrices 2002/C 165/03, précitées, § 27.

⁹⁰⁰ Recommandation 2007/879 précitée, § 6.

⁹⁰¹ *Ibid.*, § 5.

⁹⁰² Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 10.

⁹⁰³ *Ibid.*, pp. 9-10.

⁹⁰⁴ ART, Décision n° 05-0275 précitée, pp. 9-10.

l'autorité a considéré que la possibilité d'évolution vers une situation concurrentielle est caractérisée dès lors que le marché est devenu durablement concurrentiel, sachant qu'il ne doit pas l'être du seul fait de l'application de la régulation *ex ante*, l'autorité recherchant alors si l'« évolution "naturelle" du marché » est de tendre, ou non, vers une situation de concurrence effective⁹⁰⁵.

Enfin, l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 transposant la directive 2009/140⁹⁰⁶, qui ne produit pourtant pas en la matière de changement significatif, vient insister sur ce principe en insérant un nouvel alinéa à l'article L. 37-2 CPCE, relatif aux obligations imposés aux opérateurs désignés comme disposant d'une puissance significative sur le marché pertinent *ex ante*⁹⁰⁷, selon lequel l'autorité « n'impose d'obligations aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques qu'en l'absence de concurrence efficace et durable et les supprime dès lors qu'une telle concurrence existe »⁹⁰⁸.

Or, ce critère résulte directement de la transcription de l'économie des réseaux, dans la mesure où il apparaît que la régulation *ex ante* ne peut se maintenir que s'il n'existe pas d'évolution vers une régulation *ex post*. La logique est enfin similaire s'agissant du troisième critère, le critère de l'insuffisance du droit de la concurrence.

iii. Le critère de l'insuffisance du droit de la concurrence

353. Le troisième critère utilisé pour la qualification du marché pertinent *ex ante* est parfaitement conforme à l'économie des réseaux puisqu'il s'agit de l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul aux défaillances du marché⁹⁰⁹. L'autorité de régulation consacre ainsi le critère de « l'efficacité relative du droit de la concurrence et de la régulation *ex ante* »⁹¹⁰.

Elle s'assure alors d'une part que le droit de la concurrence ne suffit pas à offrir une perspective concurrentielle effective au marché et d'autre part que les mécanismes de la régulation *ex ante* sont plus adaptés que le droit de la concurrence pour dépasser les obstacles au fonctionnement concurrentiel du marché⁹¹¹. Il existe donc ici deux sous-critères.

⁹⁰⁵ ART, Décision n° 05-0281 précitée, p. 25. Ce qui n'était pas le cas en l'espèce en raison de la présence d'une infrastructure difficilement reproductible. En effet, l'autorité a considéré que l'évolution naturelle du marché serait au contraire de voir la concurrence se restreindre dans la mesure où France Telecom serait alors économiquement et structurellement incité à pratiquer des tarifs d'éviction de la boucle locale au profit de ses propres services.

⁹⁰⁶ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

⁹⁰⁷ CPCE, article L. 37-2.

⁹⁰⁸ Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, article 19 2°, modifiant l'article L. 37-2 CPCE.

⁹⁰⁹ Recommandation 2007/879 précitée, § 13 ; *Adde* Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 8.

⁹¹⁰ ART, Décision n° 05-0281 précitée, p. 24.

⁹¹¹ ART, Décision n° 04-936 précitée, p. 26 ; *Adde* ART, Décision n° 05-0111 précitée, p. 27 ; *Adde* ART, Décision n° 05-0275 précitée, p. 9.

354. Dans la plupart des cas, l'autorité n'analyse pas en détail cet aspect et se contente de constater de façon lapidaire que seuls les outils de la régulation *ex ante* sont adaptés pour donner au marché une perspective concurrentielle⁹¹². Cependant, il existe un certain nombre d'hypothèses où l'analyse des sous-critères est plus développée.

En premier lieu, le sous-critère selon lequel le droit de la concurrence ne suffit pas à remédier aux défaillances du marché vise les cas où l'insuffisance du droit de la concurrence résulte des « modalités mêmes de sa mise en œuvre »⁹¹³. En effet, et confirmant en cela les considérations émises au niveau communautaire selon lesquelles « les interventions du droit de la concurrence seront probablement insuffisantes si une intervention visant à remédier à une défaillance du marché doit satisfaire à un grand nombre de critères de conformité ou si des interventions fréquentes et/ou réalisées dans un délai imparti sont indispensables »⁹¹⁴, l'autorité souligne que les mesures conservatoires pouvant être mises en œuvre par le Conseil de la concurrence apparaissent peu efficaces et sont soumises à des conditions trop strictes⁹¹⁵. Celles-ci sont en effet trop difficiles et trop longues à mettre en œuvre au cas par cas, et leurs effets sont incertains⁹¹⁶. Ce raisonnement a d'ailleurs été repris par le Conseil de la concurrence lui-même⁹¹⁷, puis par l'Autorité de la concurrence⁹¹⁸.

⁹¹² ART, Décision n° 04-936 précitée, p. 26 ; *Adde* ART, Décision n° 05-0275 précitée, p. 9. *V.*, également la décision n° 05-0571 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, pp. 37-39, où l'autorité affirme à plusieurs reprises sans jamais vraiment l'expliquer en quoi le droit de la concurrence ne peut suffire à ouvrir le marché à la concurrence.

⁹¹³ ART, Décision n° 05-0281 précitée, p. 25.

⁹¹⁴ Recommandation 2007/879 précitée, § 13.

⁹¹⁵ ART, Décision n° 05-0281 précitée, pp. 24-26. D'une part, l'autorité s'appuie sur une décision rendue au titre des mesures conservatoires le 18 février 2000 par le Conseil de la concurrence, ayant imposé une offre de gros livrée au niveau régional, mais dont les effets concurrentiels ne furent effectifs que quatre ans après. D'autre part, elle fait valoir que les conditions de mise en œuvre des mesures conservatoires sont très strictes, citant ainsi une décision du Conseil de la concurrence AOL de mai 2004 dans laquelle le Conseil avait renoncé à imposer des mesures conservatoires à France Télécom pour des pratiques de ciseaux tarifaires, et surtout un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 29 juin 2004 ayant rendu plus strictes les conditions de recours aux mesures conservatoires. Le Conseil de la concurrence, appliquant cette jurisprudence, avait alors refusé, au titre des mesures conservatoires, d'imposer une offre de gros permettant aux fournisseurs d'accès à internet de proposer de la télévision sur ADSL (Décision du Conseil de la concurrence n° 04-MC-02 du 9 décembre 2004, *Société Bouygues Télécom Caraïbes*). Cette argumentation de l'autorité doit cependant aujourd'hui être relativisée, dans la mesure où la Cour de cassation est revenue sur cette décision en faveur d'une solution plus souple. *Cf. Infra*.

⁹¹⁶ Décision n° 06-0592 de l'Arcep en date du 26 septembre 2006 portant sur la définition des marchés pertinents des services de capacité, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, pp. 44-45 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 06-0160 précitée, pp. 22-23.

⁹¹⁷ Avis n° 05-A-05 du Conseil de la concurrence du 16 février 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe, § 47. Le Conseil considéra que s'il disposait des moyens de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, il convenait cependant de préférer à son intervention celle de l'autorité de régulation sectorielle, dans la mesure où le marché de détail se caractérisait par une multitude d'offres et de tarifs dont la qualification systématique d'atteinte grave et immédiate à la concurrence serait laborieuse et donc peu efficace. Cette jurisprudence sera confirmée par la suite, notamment dans l'avis n° 06-A-01 du Conseil de la concurrence du 18 janvier 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle, § 81 et 82.

⁹¹⁸ *V.*, en dernière analyse Décision n° 11-D-05 de l'Autorité de la concurrence du 23 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques dans la zone Réunion – Mayotte, § 185.

En second lieu, le sous-critère consistant à qualifier la plus grande efficacité de la régulation *ex ante* consiste à démontrer que seuls les « *outils spécifiques à la régulation ex ante* » sont adaptés pour s'assurer d'un fonctionnement concurrentiel pérenne sur ce type de marchés⁹¹⁹. Ces outils sont alors de trois types. Il s'agit d'abord de l'ensemble des pouvoirs de l'autorité en matière de fixation des prix et de séparation comptable⁹²⁰, qualifiés d'« *intervention ex ante sur les tarifs* », pouvoir « *dont ne dispose pas le Conseil de la concurrence* »⁹²¹, ainsi qu'il l'a confirmé lui-même⁹²². Il s'agit ensuite du fait que l'autorité de régulation « *assure un suivi continu du marché* »⁹²³ dans la mesure où elle réalise un réexamen périodique des marchés pertinents *ex ante*⁹²⁴. Il s'agit enfin du fait que l'autorité « *dispose d'instruments servant des objectifs différents de celui de l'autorité de concurrence, notamment en ce qui concerne l'incitation à l'investissement des opérateurs dans les infrastructures* »⁹²⁵. On reconnaît ici l'hypothèse de concurrence par les infrastructures chère à la théorie de l'économie des réseaux.

355. Ainsi, l'analyse de ce troisième critère est tout à fait significative. En effet, les différences entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence décrites ci-dessus correspondent tout à fait au schéma de l'économie des réseaux lorsque celle-ci distingue la régulation *ex ante* et la régulation *ex post* et semblent alors procéder directement de lui.

356. En définitive, il apparaît donc que le champ d'application *rationae materiae* de la régulation sectorielle a bien été construit en droit positif par transcription de la théorie de l'économie des réseaux. Il en est de même en ce qui concerne le champ d'application *rationae personae*.

⁹¹⁹ ART, Décision n° 05-0275 précitée, p. 9. *V.*, pour des décisions récentes reprenant ces principes, ARCEP, Décision n° 2008-0836 précitée, p. 18 ; *Adde* Décision n° 2011-0926 de l'Arcep en date du 26 juillet 2011 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, pp. 28-34.

⁹²⁰ ART, Décision n° 05-0275 précitée, p. 9 ; *Adde* ART, Décision n° 05-0281 précitée, p. 25.

⁹²¹ Décision de l'Autorité de régulation des télécommunications n° 05-0278 en date du 19 mai 2005 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau régional et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché, pp. 14-15.

⁹²² Avis n° 05-A-10 du Conseil de la concurrence du 11 mai 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de la terminaison d'appels géographiques sur les réseaux alternatifs fixes, § 28 et 29. Le Conseil considère ici que « *lorsque l'orientation des prix vers les coûts n'est pas nécessaire à la promotion d'une concurrence non faussée sur d'autres marchés ou lorsque les conditions de marché ne permettent pas la fixation d'un prix concurrentiel, le choix d'un tel niveau de prix, parmi un ensemble de prix non excessifs, ne relève pas du rôle d'une autorité de concurrence* », alors que « *les missions confiées par la loi à l'autorité de régulation sectorielle lui permettent de déterminer un prix non excessif* ». *V.*, pour une confirmation l'avis n° 08-A-11 du Conseil de la concurrence du 18 juin 2008 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe, § 26.

⁹²³ ARCEP, Décision n° 2008-0836 précitée, p. 18.

⁹²⁴ Lignes directrices 2002/C 165/03, précitées, § 28. *V.*, également CPCE, article D. 301, selon lequel l'ARCEP « *tient à jour une liste de l'ensemble des marchés pertinents* », qu'elle doit réexaminer soit à son initiative lorsque l'évolution du marché le justifie, soit juste après la modification par la Commission de sa recommandation ou de sa décision sur les marchés transnationaux, et dans tous les cas, au terme d'un délai de trois ans.

⁹²⁵ *V.*, ARCEP, Décision n° 2008-0836 précitée, p. 18.

2. La transcription des critères *rationae personae* de la régulation *ex ante* des marchés

357. La qualification de marché pertinent *ex ante* ne suffit pas à appliquer le régime de la régulation sectorielle. Il faut également que les entreprises visées soient considérées comme disposant d'une puissance significative sur le marché⁹²⁶. Or, les critères de celle-ci réalisent également une transcription de l'économie des réseaux. En effet, si la qualification d'entreprise disposant d'une puissance significative sur le marché conserve des spécificités propres à la régulation *ex ante* (a), elle s'apprécie toujours davantage selon les règles du droit commun de la concurrence (b).

a. La spécificité *ex ante* de la notion de puissance significative sur le marché

358. La spécificité de la détermination de la notion de puissance significative sur le marché apparaît reprise du modèle de l'économie des réseaux dans la mesure où les critères de qualification (i) ainsi que la méthodologie employée (ii) relèvent de la régulation *ex ante*.

i. La transcription des critères de la puissance significative sur le marché

359. La notion de puissance significative sur le marché est autonome par rapport à la notion d'abus de position dominante⁹²⁷, dans la mesure où elle s'apprécie non seulement en fonction des parts de marché⁹²⁸, mais aussi en fonction de caractéristiques qui répondent à la définition du monopole naturel comme la taille de l'entreprise, le contrôle d'une infrastructure essentielle, etc.⁹²⁹. L'autorité de régulation a par ailleurs affiné l'analyse en distinguant les critères quantitatifs et les critères qualitatifs de la détermination de la puissance significative sur le marché⁹³⁰. Les premiers visent les parts de marchés, la proportion des accès contrôlés et de la valeur contrôlée, tandis que les seconds visent la taille de l'entreprise, l'existence d'une infrastructure non répliquable, l'intégration verticale de l'entreprise et l'existence d'économie d'échelle notamment⁹³¹. Or, ces critères semblent correspondre aux caractéristiques spécifiques des marchés devant faire l'objet d'une régulation *ex ante* au sens de l'économie des réseaux.

⁹²⁶ Directive 2002/21 précitée, article 16§4.

⁹²⁷ Lignes directrices 2002/C 165/03, précitées, § 30.

⁹²⁸ *Ibid.*, § 75 et 76.

⁹²⁹ *Ibid.*, § 78 et 80. Ces critères visent en outre la taille globale de l'entreprise, les avancées ou la supériorité technologique, les économies d'échelle et de gamme, l'intégration verticale, la présence de barrières à l'entrée du marché, le bénéfice de ressources rares.

⁹³⁰ ART, Décision n° 05-0281 précitée, p. 28 ; *Adde* ART, Décision n° 05-0571 précitée, p. 69. *V.*, pour une application plus récente ARCEP, Décision n° 2008-0836 précitée, p. 20 et s.

⁹³¹ ART, Décision n° 05-0281 précitée, pp. 28-38.

ii. La méthodologie spécifique de l'autorité de régulation

360. Par ailleurs, la notion de puissance significative sur le marché rend nécessaire la mise en œuvre d'une méthodologie spécifique propre à la régulation *ex ante*⁹³². Celle-ci est fondée sur des hypothèses et des anticipations prospectives, et les autorités de réglementation nationales disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire⁹³³. Notamment, les caractéristiques propres aux monopoles naturels doivent être relativisées en prenant en compte le développement technologique à venir⁹³⁴. Or, cette méthodologie particulière est bien une transcription des caractéristiques de la régulation *ex ante* au sens de l'économie des réseaux.

361. En somme, la notion de puissance significative correspond donc également aux caractéristiques des marchés devant faire l'objet d'une régulation *ex ante* au sens de l'économie des réseaux. Par ailleurs, il est tout à fait significatif de souligner que sa définition tend à se rapprocher de la notion de position dominante en droit de la concurrence.

b. Le rapprochement des notions de puissance significative sur le marché et de position dominante

362. La qualification de la puissance significative sur le marché connaît cependant une évolution la rapprochant de celle de la position dominante. En effet, alors qu'auparavant les directives constataient la puissance significative sur le marché à partir de la détention de 25% de parts de marché⁹³⁵, la nouvelle définition est plus souple, cela s'expliquant par le caractère plus complexe et plus dynamique des marchés⁹³⁶. Celle-ci est désormais qualifiée dès lors que l'entreprise se trouve dans une situation de position dominante au sens du droit de la concurrence⁹³⁷, ainsi que le confirment les décisions de l'autorité⁹³⁸.

Or, une telle évolution apparaît tout à fait logique au regard du processus de transcription de l'économie des réseaux. Elle peut en effet être interprétée comme un indice du passage progressif de la régulation sectorielle au droit commun de la concurrence⁹³⁹, et par voie de consé-

⁹³² Lignes directrices 2002/C 165/03, précitées, § 70.

⁹³³ *Ibid.*, § 70 et 71.

⁹³⁴ *Ibid.*, § 80.

⁹³⁵ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), article 3§4.

⁹³⁶ Directive 2002/21 précitée, § 25 de l'exposé des motifs et article 15§2.

⁹³⁷ *Ibid.*, article 14§2. *V.*, également CPCE, article L. 37-1.

⁹³⁸ *V.*, pour une application récente, Décision n° 2008-0896 de l'Arcep en date du 29 juillet 2008 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, pp. 30-31 ; *Addé* ARCEP, Décision n° 2011-0926 précitée, p. 35.

⁹³⁹ *V.*, par exemple NIHOUL PAUL., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 289.

quence comme une confirmation de la transcription de l'hypothèse de glissement progressif de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*.

363. La mise en œuvre par le droit positif du modèle de l'économie des réseaux apparaît donc confirmée d'un point de vue positif, au regard du champ d'application de la régulation *ex ante* et des critères de celui-ci. Elle l'est par ailleurs d'un point de vue négatif, puisqu'on constate un processus consistant à abandonner la régulation sectorielle au profit du droit de la concurrence pour un grand nombre de marchés de communications électroniques.

B. La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur la dérégulation *ex ante* des marchés

364. L'économie des réseaux pose comme hypothèse fondamentale le passage progressif de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*. Or, cette hypothèse a été transcrite en droit par la succession des deux recommandations de la Commission, la première en 2003⁹⁴⁰ et la seconde en 2007⁹⁴¹, ayant pour objet de fixer une liste des marchés pertinents *ex ante* et opérant une dérégulation de la plupart des marchés de détail (1) et de certains marchés de gros (2).

1. La dérégulation *ex ante* des marchés de détail

365. La régulation des marchés de détail présente un caractère subsidiaire par rapport à la régulation des marchés de gros qui conduit à les déréguler *ex ante* dès que cela est possible (a). La recommandation de 2007 a alors opéré une dérégulation *ex ante* de la quasi-totalité des marchés de détail de communications électroniques (b).

a. Le caractère subsidiaire de la régulation des marchés de détails

366. En ce qui concerne les marchés de détail, le droit communautaire prévoit que les marchés pertinents *ex ante* doivent être ainsi qualifiés⁹⁴² dès lors que quatre critères sont remplis. Les trois premiers critères sont identiques aux critères fixés pour les marchés de gros, c'est-à-dire l'existence de barrières à l'entrée, l'absence d'évolution vers une situation de concurrence et l'incapacité du droit de la concurrence à remédier seul aux problèmes concurrentiels⁹⁴³. Le qua-

⁹⁴⁰ Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2003/311/CE.

⁹⁴¹ Recommandation 2007/879 précitée.

⁹⁴² Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel"), article 16§2.

⁹⁴³ *Ibid.*, article 17.

trième critère consiste à vérifier que les mesures prises en amont, c'est-à-dire la régulation des marchés de gros et les obligations de sélection et de présélection des opérateurs, ne suffisent pas à résoudre les problèmes de concurrence au niveau du marché de détail⁹⁴⁴.

367. La régulation des marchés de détail présente donc un caractère subsidiaire par rapport à la régulation des marchés de gros⁹⁴⁵. Ce caractère subsidiaire va permettre au cadre réglementaire communautaire d'opérer en 2007 un très vaste mouvement de dérégulation des marchés de détail qui avaient été considérés comme pertinents *ex ante* dans la recommandation de 2003.

b. Le processus de dérégulation *ex ante* des marchés de détail

368. La recommandation de 2007 opère un mouvement très important de dérégulation *ex ante* des marchés de détail. En effet, tandis que sept marchés de détail avaient été considérés comme pertinents en 2003⁹⁴⁶, il n'en reste plus que deux, réunis au sein d'un seul et même marché, en 2007⁹⁴⁷. Il existe donc bien ici un processus de dérégulation *ex ante* de la quasi-totalité des marchés de détail de communications électroniques. Encore faut-il noter que le maintien de la régulation *ex ante* du marché de l'accès au réseau en position déterminée est moins lié à l'impossibilité de le déréguler *ex ante* qu'à l'absence totale d'intérêt économique de ce marché pour les concurrents⁹⁴⁸.

369. Tout d'abord, la Commission considère qu'il est possible de déréguler les marchés de la téléphonie fixe dans la mesure où les barrières à l'entrée sont levées grâce à la régulation au niveau du marché de gros et grâce aux obligations de sélection et de présélection du transporteur. Par ailleurs le marché tend vers une situation de concurrence effective, en témoigne le nombre croissant d'opérateurs alternatifs, et le seul droit de la concurrence devrait donc suffire pour résoudre les problèmes d'abus de position dominante⁹⁴⁹. Cette solution a été reprise par l'ARCEP à l'occasion du second cycle d'analyse des marchés pertinents de la téléphonie fixe⁹⁵⁰.

⁹⁴⁴ Directive 2002/22 précitée.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, § 26 de l'exposé des motifs.

⁹⁴⁶ Marché n°1 : Accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle. Marché n°2 : Accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle. Marché n°3 : Services téléphoniques locaux et/ou nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle. Marché n°4 : Services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle. Marché n°5 : Services téléphoniques locaux et/ou nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle. Marché n°6 : Services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle. Marché n°7 : Ensemble minimal de lignes louées.

⁹⁴⁷ Marché n°2 : marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle. La Commission fait en effet valoir que dans la plupart des États membres les termes contractuels de l'accès ne sont pas substantiellement différents entre la clientèle résidentielle et la clientèle non résidentielle, les opérateurs ne faisant guère cette distinction eux-mêmes. Par ailleurs, les services utilisés sont similaires. *V.*, Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 22.

⁹⁴⁸ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 28.

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, annexe H, pp. 199-200.

370. Ensuite, il en est de même du marché de l'ensemble minimal de lignes louées. Ce marché, auquel il est fait référence dans la directive service universel⁹⁵¹, faisait dès 2002 l'objet de fortes évolutions techniques pouvant conduire à son fonctionnement concurrentiel⁹⁵². Il a par la suite fait l'objet d'une dérégulation *ex ante* par la recommandation de 2007 au motif que la seule régulation du marché de gros des lignes louées suffisait à rendre le marché concurrentiel au regard notamment du développement de la concurrence par les infrastructures⁹⁵³, raisonnement qui a été confirmé récemment en droit interne⁹⁵⁴.

371. En définitive, on constate bien, conformément au modèle théorique de l'économie des réseaux, une véritable dérégulation *ex ante* des marchés de détail au profit du droit commun de la concurrence. L'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post* semble par ailleurs confirmée, quoique dans une moindre mesure, s'agissant des marchés de gros.

2. La dérégulation *ex ante* des marchés de gros

372. La recommandation de 2007 opère également la dérégulation *ex ante* d'un certain nombre de marchés de gros (a). Celle-ci entraîne des conséquences plus significatives encore en termes de transcription du modèle de l'économie des réseaux (b).

a. La dérégulation *ex ante* de certains marchés de gros

373. Le bilan de la dérégulation *ex ante* des marchés de gros est plus mesuré que celui de la dérégulation *ex ante* des marchés de détail. Un peu moins de la moitié des marchés visés par la recommandation de 2003 ont été dérégulés par la recommandation de 2007. Il faut ici distinguer les marchés qui restent régulés (i) de ceux qui ont été dérégulés *ex ante* (ii).

i. Les marchés de gros régulés *ex ante*

374. Continuent d'être régulés *ex ante* le marché du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée⁹⁵⁵, le marché de la terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée⁹⁵⁶, le « *marché de la fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau (y compris l'accès partagé ou totalement dégroupé) en position déterminée* », au-

⁹⁵¹ Directive 2002/22 précitée, article 18.

⁹⁵² *Ibid.*, article 18§2 et 18§3.

⁹⁵³ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 39.

⁹⁵⁴ Décision n° 2010-0402 de l'Arcep en date du 8 avril 2010 portant sur la définition des marchés pertinents des services de capacité, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, pp. 28-30.

⁹⁵⁵ Recommandation 2007/879 précitée, marché n°2. Auparavant, recommandation 2003/311 précitée, marché n°8.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, marché n°3. Auparavant, *ibid.*, marché n°9.

trefois appelé « marché de la fourniture en gros (y compris l'accès partagé) d'accès dégroupé aux boules et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux »⁹⁵⁷, le marché de la fourniture en gros d'accès large bande⁹⁵⁸, de la fourniture en gros de segments de lignes louées⁹⁵⁹, et enfin le marché de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels⁹⁶⁰.

ii. Les marchés de gros dérégulés *ex ante*

375. En revanche, ont fait l'objet d'un processus de dérégulation *ex ante* le marché des services de transit sur le réseau téléphonique fixe⁹⁶¹, la fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbains⁹⁶², le marché de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles⁹⁶³, et enfin le marché des services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux⁹⁶⁴. De ce point de vue, le marché national de la fourniture en gros d'itinérance internationale sur les réseaux publics de téléphonie mobile est un peu spécifique car s'il apparaît comme un marché dérégulé *ex ante* au sens de la directive⁹⁶⁵, c'est parce qu'il fait aujourd'hui l'objet d'un régime juridique particulier⁹⁶⁶.

376. Ainsi, s'il continue d'exister des marchés de gros régulés *ex ante*, il apparaît cependant qu'un grand nombre de ceux-ci se sont vus dérégulés *ex ante*. Or, un tel processus est tout à fait significatif en termes de transcription de l'économie des réseaux d'autant qu'il se justifie par l'émergence d'une concurrence par les infrastructures.

b. La consécration de l'hypothèse de la concurrence par les infrastructures

377. D'un point de vue qualitatif, la dérégulation *ex ante* des marchés de gros apparaît encore plus significative que la dérégulation *ex ante* des marchés de détail, même si elle est quantitativement plus mesurée. En effet, la dérégulation *ex ante* des marchés de gros consacre un passage définitif vers le droit commun de la concurrence lié au phénomène de la concurrence par les infrastructures. On le constate de manière variable s'agissant de la téléphonie fixe (i), de l'accès à internet (ii), et de la téléphonie mobile (iii).

⁹⁵⁷ Recommandation 2007/879 précitée, marché n°4. Auparavant, recommandation 2003/311 précitée, marché n°11.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, marché n°5. Auparavant, *ibid.*, marché n°12.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, marché n°6. Auparavant, *ibid.*, marché n°13.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, marché n°7. Auparavant, *ibid.*, marché n°14.

⁹⁶¹ Auparavant, recommandation 2003/311 précitée, marché n°10.

⁹⁶² *Ibid.*, marché n°14.

⁹⁶³ *Ibid.*, marché n°15.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, marché n°18.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, marché n°17.

⁹⁶⁶ Règlement (CE) n° 717/2007 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et modifiant la directive 2002/21/CE. Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.*

i. La concurrence par les infrastructures dans la téléphonie fixe

378. La dérégulation *ex ante* du marché de la téléphonie fixe est tout à fait significative de ce point de vue. En effet, concernant le marché de transit, la décision d'analyse des marchés pertinents fixes de l'ARCEP considère que la création de réseaux longue distance par les opérateurs alternatifs entre deux points d'interconnexion a pour conséquence que les critères de l'existence de barrières à l'entrée et d'absence d'évolution vers une situation de concurrence ne sont plus remplis⁹⁶⁷, et donc que le marché n'est plus pertinent *ex ante*.

En somme, c'est bien la création d'infrastructures alternatives et la concurrence existant entre elles qui permet un passage définitif vers le droit commun de la concurrence. La même logique a été à l'œuvre en matière d'accès à internet et de téléphonie mobile.

ii. La concurrence par les infrastructures dans l'accès à internet

379. Le processus de dérégulation *ex ante* des marchés de gros se constate également s'agissant des marchés de l'accès à internet. On peut ainsi faire état ici d'une part de la dérégulation *ex ante* du marché des offres de gros de l'accès large bande livrées au niveau national d'une part et d'autre part de la dérégulation *ex ante* du marché des lignes louées livrées sur le circuit interurbains.

380. D'une part, l'ARCEP a procédé à la dérégulation *ex ante* d'un marché, le marché des offres de gros d'accès large bande livrées au niveau national, qu'elle avait auparavant considéré comme pertinent *ex ante*⁹⁶⁸. Une telle dérégulation se justifie alors non seulement par le maintien de la régulation sur les marchés des offres de gros dégroupé à la boucle locale et d'accès large bande livrées au niveau régional⁹⁶⁹ mais surtout par le développement de réseaux alternatifs au niveau national ayant levé les barrières à l'entrée et ayant entraîné une dynamique concurrentielle du marché⁹⁷⁰.

381. D'autre part, le marché de la fourniture de lignes louées, selon la terminologie utilisée par le droit communautaire, que le droit interne désigne par la formulation de marché de « *services de capacités* »⁹⁷¹, a également fait l'objet d'une dérégulation *ex ante*. En effet, la recommandation de 2003 visait d'une part le marché de « *la fourniture en gros de segment terminaux de lignes louées* » et d'autre part le marché de la « *fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbains* »⁹⁷². Cependant, la recommandation de 2007 n'a maintenu régulé que le premier marché et a donc

⁹⁶⁷ ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, annexe H.

⁹⁶⁸ ART, Décision n° 05-0281 précitée.

⁹⁶⁹ Décision de l'Arcep n° 07-0089 du 30 janvier 2007 portant sur la levée de la régulation du marché des offres de gros d'accès large bande livrées au niveau national, pp. 9-11.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 7-9.

⁹⁷¹ *V.*, notamment ARCEP, Décision n° 06-0592 précitée.

⁹⁷² Recommandation 2003/311 précitée, respectivement marchés n°13 et 14.

opéré la dérégulation du second⁹⁷³. Or, cette dérégulation *ex ante* se justifie par l'émergence d'une concurrence par les infrastructures qui permet au droit de la concurrence de s'assurer seul du fonctionnement concurrentiel de ce marché⁹⁷⁴.

iii. La concurrence par les infrastructures dans la téléphonie mobile

382. En ce qui concerne la téléphonie mobile, le marché de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux publics de téléphonie mobile a fait l'objet d'une dérégulation *ex ante*.

Pour la Commission, il continue d'exister sur ce marché des barrières à l'entrée, liées notamment à la rareté du spectre hertzien, qui ne sont pas encore levées malgré le progrès technologique et la création d'un marché secondaire pour le spectre⁹⁷⁵. Cependant, le critère de l'absence d'évolution vers une situation de concurrence n'est pas rempli dans la mesure où ces marchés oligopolistiques, où plusieurs opérateurs disposent d'un réseau propre, permettent le changement d'opérateur⁹⁷⁶ et où de plus en plus d'opérateurs virtuels, utilisant les différents réseaux des opérateurs principaux, sont présents sur le marché⁹⁷⁷.

383. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que le droit positif réalise une transcription de la théorie de l'économie des réseaux en reprenant l'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*, ce passage étant permis par la concurrence entre les infrastructures. Dès lors, d'un point de vue positif comme négatif, le champ d'application de la régulation sectorielle semble bien résulter d'une transcription en droit de la théorie de l'économie des réseaux. En outre, il en est de même en ce qui concerne le régime juridique applicable aux entreprises disposant d'une puissance significative sur les marchés pertinents *ex ante*.

§. 2 La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur le régime juridique de la régulation

384. Le régime juridique associé à la régulation, désigné par la formule d'obligations réglementaires *ex ante*, résulte également de la transcription de l'économie des réseaux (A). On peut porter une attention particulière au cas spécifique du contrôle des prix qui est de ce point de vue particulièrement significatif (B).

⁹⁷³ Recommandation 2007/879 précitée, marché n°6.

⁹⁷⁴ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 38 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2010-0402 précitée, pp. 32-33.

⁹⁷⁵ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 9 et pp. 44-45.

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 45. En effet, les opérateurs de réseaux auraient des surcapacités et donc des incitations à conclure des contrats volontairement et sur une base commerciale avec les opérateurs virtuels, ce qui prouverait le caractère concurrentiel du marché en question. La Commission considère alors qu'il existe une présomption de l'absence de régulation *ex ante* de ce marché, présomption qui peut cependant être renversée le cas échéant par une autorité de régulation nationale.

A. La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur les obligations réglementaires *ex ante*

385. La transcription de l'économie des réseaux en droit des communications électroniques est particulièrement nette en ce qui concerne le régime de la régulation dans la mesure où les règles qui y sont attachées sont expressément qualifiées d'obligations réglementaires *ex ante* (1) et correspondent parfaitement aux préconisations normatives de cette théorie économique (2).

1. Des obligations qualifiées expressément par référence à l'économie des réseaux

386. Les obligations associées à la puissance significative sur le marché pertinent *ex ante* sont expressément qualifiées d'« obligations réglementaires *ex ante* » en droit communautaire (a). Cette qualification a été reprise en droit interne par l'autorité de régulation (b).

a. La qualification d'obligations réglementaires *ex ante* en droit communautaire

387. La directive cadre prévoit dans son exposé des motifs qu'il « est nécessaire d'instituer des obligations *ex ante* dans certaines circonstances afin de garantir le développement d'un marché concurrentiel »⁹⁷⁸, ou encore qu'il « est essentiel que les obligations réglementaires *ex ante* ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective »⁹⁷⁹. Cependant, il n'est pas précisé expressément, notamment dans le corps de la directive, ce que cette expression peut viser précisément. Le *soft law* de la Commission est venu combler cette lacune en rattachant à cette qualification des obligations précises.

En effet, les lignes directrices qualifient expressément de « mesures *ex ante* » les obligations spécifiques devant être imposées aux opérateurs puissants sur les marchés à l'issue de l'analyse de la pertinence *ex ante* du marché⁹⁸⁰ et renvoient alors aux obligations prévues aux articles 9 à 13 de la directive accès⁹⁸¹ et aux articles 17 à 19 de la directive service universel⁹⁸². Cette qualification sera reprise en droit interne.

b. La qualification d'obligations *ex ante* en droit interne

388. Le rattachement du régime juridique de la régulation à la théorie de l'économie des réseaux a été repris en droit interne par le biais d'un considérant de principe souvent reproduit à

⁹⁷⁸ Directive 2002/21 précitée, § 25 de l'exposé des motifs.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, § 27 de l'exposé des motifs.

⁹⁸⁰ Lignes directrices 2002/C 165/03, précitées, § 9. Ce paragraphe renvoie notamment à la section 4 des lignes directrices, c'est-à-dire aux articles 107 à 125.

⁹⁸¹ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »).

⁹⁸² Directive 2002/22 précitée.

l'occasion de l'imposition d'obligations spécifiques, selon lequel « *la mise en œuvre, par l'Autorité, d'obligations ex ante au niveau des marchés de gros, doit permettre " de lever ou d'atténuer les obstacles au développement d'une concurrence effective "*, ces obstacles étant identifiés au cours de l'analyse des marchés »⁹⁸³. Cette qualification apparaît par ailleurs très courante dans les décisions de l'autorité⁹⁸⁴.

Le régime juridique spécifique à la régulation sectorielle est donc bien expressément qualifié par référence à l'économie des réseaux. Dès lors, les obligations elles-mêmes apparaissent comme une transcription des solutions normatives de l'économie des réseaux.

2. La transcription des solutions normatives de l'économie des réseaux

389. Les obligations qualifiées d'*ex ante* par le droit positif des communications électroniques réalisent une transcription réelle des solutions normatives de l'économie des réseaux tant en ce qui concerne les marchés de gros (a) que les marchés de détail (b).

a. Les obligations réglementaires *ex ante* sur les marchés de gros

390. Sur les marchés de gros, les obligations réglementaires *ex ante* visent les deux objectifs poursuivis par l'économie des réseaux. D'une part, elles visent à permettre la concurrence sur les réseaux existants (i). D'autre part, elles visent à mettre en œuvre la concurrence par les infrastructures par le biais de la théorie de l'échelle des investissements (ii).

i. Les obligations d'accès aux réseaux existants

391. D'une part, les lignes directrices de la Commission visent en tant qu'obligations réglementaires *ex ante* les articles 9 à 13 de la directive accès qui concernent les marchés de gros de communications électroniques⁹⁸⁵. Cette directive a pour principal objet de poser des règles concernant l'accès et l'interconnexion aux réseaux⁹⁸⁶ aux fins de faire émerger la concurrence à court terme⁹⁸⁷. Ainsi, les opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché peuvent se voir imposer des obligations réglementaires spécifiques d'accès⁹⁸⁸.

En premier lieu, il peut s'agir de l'obligation de transparence liée à l'accès qui vise à lutter contre les asymétries d'informations en prévoyant la publicité d'un certain nombre d'informations

⁹⁸³ Décision n° 04-937 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur l'influence significative de la société Orange France sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre, confirmée par toutes les décisions postérieures, p. 15 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 06-0592 précitée, p. 96.

⁹⁸⁴ *V.*, par exemple ARCEP, décision n° 2008-0896 précitée, p. 111 et p. 184 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2010-0402 précitée, p. 3.

⁹⁸⁵ Lignes directrices 2002/C 165/03, précitées, § 9.

⁹⁸⁶ Directive 2002/19 précitée, article 1^{er}.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, articles 7 et 12.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, articles 8 et 12.

économiques et techniques⁹⁸⁹, pouvant aller jusqu'à la publication d'une offre de référence⁹⁹⁰, dans le but évident de s'assurer de la non-discrimination⁹⁹¹. En second lieu, il peut s'agir de l'obligation de non-discrimination⁹⁹² considérée explicitement comme permettant d'éviter que les entreprises verticalement intégrées ne se favorisent elles-mêmes au détriment de leurs concurrents⁹⁹³. En troisième lieu, il peut s'agir des obligations de séparation comptable⁹⁹⁴, qui visent à éviter les procédés de subventions croisées entre les activités d'infrastructures et les activités de services au sein des entreprises verticalement intégrées⁹⁹⁵. En dernier lieu, enfin, l'autorité de réglementation nationale peut imposer des obligations de comptabilisation des coûts et de contrôle des prix⁹⁹⁶, pouvoir si important qu'il fera l'objet d'une analyse plus détaillée⁹⁹⁷.

Or, l'ensemble de ces obligations correspondent bien aux différentes propositions normatives de l'économie des réseaux s'agissant de la régulation *ex ante*, et ce d'autant qu'elles servent également à la promotion de la concurrence par les infrastructures.

ii. La promotion de l'échelle des investissements

392. D'autre part, conformément au modèle de l'économie des réseaux, les obligations réglementaires *ex ante* servent également à promouvoir la concurrence par les infrastructures conformément aux principes de la théorie de l'échelle des investissements.

Ainsi, la Commission européenne considère qu'il est nécessaire de mettre en œuvre, à l'occasion de l'imposition des obligations réglementaires *ex ante*, des incitations à développer des infrastructures alternatives⁹⁹⁸. En outre, plus récemment, dans le cadre du débat relatif au sous-investissement constaté dans le secteur des communications électroniques⁹⁹⁹, la Commission a considéré que l'accès au réseau restait à ce jour le meilleur moyen de créer des incitations à l'investissement, s'inscrivant dans le cadre de la théorie de l'économie des réseaux¹⁰⁰⁰.

Le droit interne va dans le même sens. Ainsi, les premières décisions de l'autorité de régulation considèrent que les obligations *ex ante* doivent servir au développement de l'investissement

⁹⁸⁹ Directive 2002/19 précitée, article 9§1. Il s'agit des informations comptables, des spécifications techniques, des caractéristiques du réseau, des modalités et conditions de fourniture et d'utilisation et enfin des prix.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, article 9§2.

⁹⁹¹ *Ibid.*, § 16 de l'exposé des motifs, selon lequel la « *transparence des modalités et conditions relatives à l'accès et à l'interconnexion, ainsi qu'à la tarification, permet d'accélérer les négociations, d'éviter les litiges et de convaincre les acteurs du marché que les conditions dans lesquelles un service précis leur est fourni ne sont pas discriminatoires* ».

⁹⁹² *Ibid.*, article 10.

⁹⁹³ *Ibid.*, § 17 de l'exposé des motifs.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, article 11§1.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, article 11§2.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, article 13.

⁹⁹⁷ *Cf. Infra.*

⁹⁹⁸ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, pp. 4-5.

⁹⁹⁹ *Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.*

¹⁰⁰⁰ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant le réexamen du cadre réglementaire EU pour les réseaux et services de communications électroniques {SEC(2006) 816} {SEC(2006) 817}, COM (2006) 334 final, du 29 juin 2006, pp. 5-6.

aux fins de mettre en œuvre la concurrence par les infrastructures, notamment par le biais des outils de tarification¹⁰⁰¹. La nécessité d'inciter au développement des infrastructures constitue donc un argument du maintien de la régulation *ex ante* de certains marchés¹⁰⁰².

Le Conseil de la concurrence consacre également ce principe, considérant que la régulation *ex ante* peut poursuivre des objectifs plus larges que le droit de la concurrence en favorisant les investissements dans les infrastructures concurrentes¹⁰⁰³, justifiant alors son maintien jusqu'à l'existence d'une concurrence effective par les infrastructures¹⁰⁰⁴. Les principaux outils permettant de poursuivre cet objectif sont les pouvoirs dont dispose l'autorité de régulation sectorielle en matière de régulation des prix, conformément au modèle théorique de l'économie des réseaux¹⁰⁰⁵.

393. En somme, les obligations réglementaires *ex ante* sur les marchés de gros répondent au modèle de l'économie des réseaux. Il en est de même en ce qui concerne les obligations réglementaires *ex ante* sur les marchés de détail.

b. Les obligations réglementaires *ex ante* sur les marchés de détail

394. En tant qu'obligations réglementaires *ex ante*, les lignes directrices de la Commission visent également les articles 17 et 19 de la directive service universel qui concernent les marchés de détail¹⁰⁰⁶. Il s'agit des diverses dispositions imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative (i) et des dispositions relatives à la sélection et présélection de l'opérateur (ii).

¹⁰⁰¹ ART, Décision n° 04-937 précitée ; *Adde* Décision n° 04-938 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur l'influence significative de la société SFR sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre.

¹⁰⁰² *V.*, très récemment Décision n° 2011-0669 de l'Arcep en date du 14 juin 2011 portant sur la définition du marché de gros pertinent des offres d'accès haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, p. 24.

¹⁰⁰³ Avis n° 05-A-03 du Conseil de la concurrence du 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, § 62 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 05-A-10 précité, § 29.

¹⁰⁰⁴ Avis n° 06-A-10 du Conseil de la concurrence du 12 mai 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros et de détail des liaisons louées, § 83 et 84 ; *Adde* Avis n° 06-A-21 du Conseil de la concurrence du 17 novembre 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse du marché des accès large bande livrés au niveau national, § 15 ; *Adde* Avis n° 08-A-06 du Conseil de la concurrence du 06 mai 2008 portant sur un projet de disposition législative concernant le développement des réseaux à très haut débit en fibre optique, § 3.

¹⁰⁰⁵ Cons. Conc., Avis n° 05-A-10 précité, § 26 à 30 ; *Adde* Avis n° 07-A-01 du Conseil de la concurrence du 1^{er} février 07 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Telecom et St Martin & St Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane, § 19 et 20 ; *Adde* Avis n° 08-A-09 du Conseil de la concurrence du 05 juin 2008 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit, § 32 à 34.

¹⁰⁰⁶ Lignes directrices 2002/C 165/03 précitées, § 9.

i. Les obligations imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative

395. L'article 17 de la directive service universel vise les obligations *ex ante* que peuvent se voir imposer les opérateurs disposant d'une puissance significative sur les marchés de détail¹⁰⁰⁷ dès lors que la concurrence n'est pas effective¹⁰⁰⁸. Celles-ci peuvent imposer l'interdiction de pratiquer des prix excessifs ou des prix d'éviction, mais aussi plus généralement l'interdiction des pratiques visant à interdire l'accès au marché, à privilégier certains consommateurs finals ou à lier de manière déraisonnable des produits différents afin de capturer la clientèle¹⁰⁰⁹. Par ailleurs, les autorités réglementaires nationales peuvent aller jusqu'à imposer des mesures directement sur les prix¹⁰¹⁰. L'ensemble de ces obligations peut en outre impliquer la soumission à des méthodologies comptables imposées par l'autorité de régulation¹⁰¹¹. En somme, la régulation des marchés de détail peut aller d'un simple encadrement à une intervention directe de l'autorité de régulation.

Cependant, ces obligations n'existent plus aujourd'hui exception faite du marché de l'accès en position déterminée, les marchés de détail ayant été dérégulés *ex ante*¹⁰¹². Ce n'est pas le cas en revanche en ce qui concerne l'obligation de sélection et de présélection des opérateurs.

ii. Les obligations de sélection et de présélection des opérateurs

396. Jusque récemment, l'article 19 de la directive service universel visait spécifiquement les obligations de sélection et présélection des opérateurs comme obligations autonomes de la régulation *ex ante*¹⁰¹³. Celles-ci obligent l'opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché du raccordement au réseau téléphonique en position déterminée à permettre aux abonnés d'accéder aux services de tout fournisseur de services interconnecté au moyen d'un code de sélection d'opérateur¹⁰¹⁴. Elle peut également être étendue à d'autres marchés après analyse de la pertinence *ex ante* de ceux-ci¹⁰¹⁵. Est alors imposée une obligation d'orientation des prix vers les coûts et une surveillance du caractère non excessif du tarif de l'utilisation de ce service¹⁰¹⁶.

Aujourd'hui, la directive 2009/136 modifiant la directive service universel prévoit que l'obligation de sélection et présélection ne devrait plus être imposée directement dans la législation communautaire mais par les autorités de réglementation nationale, pour ne pas entraver le

¹⁰⁰⁷ Directive 2002/22 précitée, article 17.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, article 17§5.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, article 17§2.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ *Ibid.*, article 17§4.

¹⁰¹² ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, annexe H, pp. 184-185.

¹⁰¹³ Directive 2002/22 précitée, article 19.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, article 19§1.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, article 19§2.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, article 19§3.

développement technologique, conduisant alors à la suppression de l'article 19 de la directive¹⁰¹⁷. C'est ainsi que l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 a abrogé l'article L. 38. II CPCE, qui rendait systématique l'imposition de l'obligation de sélection et présélection du transporteur aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché du raccordement aux réseaux fixes ouverts au public¹⁰¹⁸. Rejoignant le régime de droit commun de la régulation *ex ante*, cette évolution du régime de l'obligation de sélection et présélection des opérateurs peut être considérée comme allant dans le sens de l'économie des réseaux.

397. En somme, il résulte des éléments qui précèdent que les obligations imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative réalisent bien une transcription de l'économie des réseaux et méritent alors leur qualification d'obligations réglementaires *ex ante*. De ce point de vue, une attention particulière peut être portée à la régulation des prix qui constitue le cœur de la théorie de l'économie des réseaux.

B. La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur le cas particulier de la régulation des prix

398. La question de la fixation des prix par l'autorité de régulation, ce que la recommandation de la Commission qualifie de « *régulation des prix* »¹⁰¹⁹, constitue un aspect fondamental de l'économie des réseaux. Or, le droit positif semble transcrire de manière satisfaisante les propositions des économistes par le biais du principe d'orientation des prix vers les coûts (1). En outre, les méthodologies mises en œuvre par l'autorité de régulation répondent aux préconisations normatives de l'économie des réseaux (2).

1. L'orientation des prix vers les coûts

399. Le droit positif reprend par le biais du principe d'orientation des prix vers les coûts le modèle de l'économie des réseaux. En effet, les objectifs poursuivis par ce principe répondent aux objectifs de la théorie de l'économie des réseaux (a) tandis qu'une grande liberté d'appréciation est attribuée à l'autorité de régulation afin de le mettre en œuvre (b).

¹⁰¹⁷ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, § 20 de l'exposé des motifs.

¹⁰¹⁸ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 21 2°.

¹⁰¹⁹ Recommandation de la Commission du 19 septembre 2005 concernant la séparation comptable et les systèmes de comptabilisation des coûts au titre du cadre réglementaire pour les communications électroniques, (2005/698/CE), § 7 de l'exposé des motifs.

a. L'obligation d'orientation des prix vers les coûts

400. En matière de régulation économique, le droit des communications électroniques connaît plusieurs hypothèses où l'autorité de régulation a le pouvoir de contrôler les prix. En ce qui concerne les marchés de gros et l'accès, cette possibilité est prévue dans le cadre de l'obligation de transparence, de séparation comptable et surtout de contrôle des prix¹⁰²⁰. En ce qui concerne les marchés de détail, cette possibilité est prévue à propos de la régulation des marchés de détail et de lignes louées¹⁰²¹. En outre, cette possibilité est prévue de manière générale pour les entreprises qui continuent de disposer de droits spéciaux ou exclusifs¹⁰²². Seul le premier cas peut nous retenir ici dans la mesure où le second n'est plus pertinent suite à la dérégulation *ex ante* des marchés de détail et le troisième n'a plus qu'un intérêt historique.

Or, on constate que les principes guidant la régulation des prix correspondent au modèle théorique de l'économie des réseaux. En effet, le principe d'orientation des prix vers les coûts (i) poursuit des objectifs transcrivant ceux de l'économie des réseaux (ii).

i. Le principe d'orientation des prix vers les coûts

401. En matière d'accès aux réseaux, le principe général est celui de l'orientation des prix vers les coûts¹⁰²³. Ce principe a au départ été consacré dans le cadre du second paquet Télécom, par les directives 97/33¹⁰²⁴ et 98/10¹⁰²⁵. Il a ensuite été repris s'agissant du dégroupage de la boucle locale par le règlement communautaire y afférant¹⁰²⁶. La directive accès a également repris ce principe qui constitue donc le droit positif actuel¹⁰²⁷. Il a enfin fait l'objet d'une transposition en droit interne par le code des postes et des communications électroniques¹⁰²⁸.

Pour autant, ainsi que le relève la Cour de justice, il n'est pas expressément défini par le droit dérivé¹⁰²⁹. La Cour a alors défini cette obligation en considérant que le prix dont il s'agit ne saurait être un prix concurrentiel obtenu par la confrontation de l'offre et de la demande, mais est constitutif d'un prix au plus proche des coûts relatifs au réseau¹⁰³⁰ mais prenant en compte la né-

¹⁰²⁰ Directive 2002/19 précitée, articles 9, 11 et 13.

¹⁰²¹ Directive 2002/22 précitée, articles 17 et 18.

¹⁰²² Directive 2002/21 précitée, article 13.

¹⁰²³ NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, *op. cit.*, p. 226.

¹⁰²⁴ Directive 97/33 précitée, article 7§2.

¹⁰²⁵ Directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, articles 16§3 et 17§2, etc.

¹⁰²⁶ Règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, article 3§3.

¹⁰²⁷ Directive 2002/19 précitée, article 13§1 ; *Adde* Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (quatrième chambre) du 24 avril 2008, *Arvor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06, § 108 et 109.

¹⁰²⁸ CPCE, article L. 38.

¹⁰²⁹ CJCE, *Arvor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06, précité, § 48 à 56.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, § 57 à 64.

cessité de garantir la pérennité de l'infrastructure¹⁰³¹. L'obligation d'orientation des prix vers les coûts vise alors « l'obligation imposée aux opérateurs notifiés, dans le cadre de l'ouverture graduelle du marché des télécommunications à la concurrence, d'orienter ces tarifs en fonction des coûts supportés pour la mise en place de la boucle locale, tout en tirant de la fixation desdits tarifs une rémunération raisonnable afin de permettre le développement à long terme et la modernisation des infrastructures de télécommunications existantes »¹⁰³².

Le principe d'orientation des prix vers les coûts, ainsi défini, constitue alors le cœur de la régulation des prix, comme en témoigne la solution de la Cour de justice interprétant le règlement comme excluant toute possibilité de déroger à cette règle¹⁰³³. Or, les objectifs poursuivis par ce principe sont conformes au modèle théorique de l'économie des réseaux.

ii. Les objectifs du principe d'orientation des prix vers les coûts

402. Le principe de l'orientation des prix vers les coûts vise plusieurs objectifs. Tout d'abord, il doit viser à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser la concurrence et à optimiser les avantages pour le consommateur¹⁰³⁴, dans le respect du principe de non-discrimination¹⁰³⁵. Ensuite, il doit fixer une rémunération raisonnable du capital engagé afin d'assurer la viabilité économique du réseau¹⁰³⁶ pour de ne pas réduire les incitations à l'investissement dans le réseau¹⁰³⁷. Enfin, il doit prendre en compte l'incitation à investir dans des infrastructures nouvelles¹⁰³⁸.

Or, ces objectifs sont tout à fait conformes au modèle de la théorie de l'économie des réseaux qui vise à promouvoir la concurrence à court terme d'une part et le développement de la concurrence par les infrastructures d'autre part. En outre, l'économie des réseaux est également transcrite en ce que l'autorité de régulation dispose ici d'une très grande liberté d'appréciation.

b. La liberté de l'autorité de régulation dans la détermination de l'orientation des prix en fonction des coûts

403. La théorie de l'économie des réseaux prévoit que l'autorité de régulation doit disposer dans sa mission de fixation des tarifs d'une très grande liberté d'appréciation. Or, celle-ci est effectivement reconnue tant en droit communautaire (i) qu'en droit interne (ii).

¹⁰³¹ CJCE, *Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06, précité, § 65 à 68.

¹⁰³² *Ibid.*, § 69.

¹⁰³³ *Ibid.*, § 135 à 150.

¹⁰³⁴ Directive 2002/19 précitée, article 13§2. *V.*, en droit interne CPCE, article D. 311.

¹⁰³⁵ Décision de l'Autorité de régulation des télécommunications n° 00-1171 établie en application de l'article D.99-24 du code des postes et télécommunications, pp. 3-5.

¹⁰³⁶ CJCE, *Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06, précité, § 71.

¹⁰³⁷ Directive 2002/19 précitée, article 13§1 ; *Adde* CJCE, *Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06, précité, § 103 et 106.

¹⁰³⁸ Recommandation 2005/698 précitée, § 6 de l'exposé des motifs. *V.*, également Décision n° 05-0834 de l'Arcep en date du 15 décembre 2005 définissant la méthode de valorisation des actifs de la boucle locale cuivre ainsi que la méthode de comptabilisation des coûts applicable au dégroupage total, pp. 6-7. *V.*, enfin CJCE, *Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06, précité, § 111 et 112.

i. Une liberté encadrée mais garantie par le droit communautaire

404. Les autorités de régulation disposent d'une forte liberté dans le domaine de la régulation des prix, qui contraste fortement avec l'encadrement dont elles font l'objet dans le cadre de la détermination de la pertinence *ex ante* du marché.

En effet, il existe bien une recommandation relative à la séparation comptable et aux systèmes de comptabilisation des coûts¹⁰³⁹, qui formule des préconisations en termes de méthodes de prix, mais celles-ci restent assez générales, sont peu développées et ne sont jamais formulées en termes contraignants ou impératifs¹⁰⁴⁰. Au contraire, les principes qu'elle fixe s'inspirent davantage des pratiques mises en œuvre par les autorités de régulation plutôt qu'elle ne cherche à en imposer de nouveaux¹⁰⁴¹.

Ce principe doit cependant être nuancé, dans la mesure où la Cour de justice a posé récemment des règles assez précises s'agissant des coûts à prendre en compte dans l'établissement du prix que devront désormais respecter les autorités de régulation¹⁰⁴². Cependant, en ce qui concerne les méthodologies utilisées pour construire les coûts, la Cour de justice a estimé que le cadre réglementaire ne fixait pas de principes précis et qu'ainsi les autorités de régulation étaient libres de la détermination de la méthodologie pertinente¹⁰⁴³.

Le droit de l'Union européenne laisse donc une marge de manœuvre étendue aux autorités de régulation en matière de régulation des prix. Il en est de même en droit interne.

ii. Une liberté consacrée en droit interne

405. Le droit interne s'est caractérisé par une évolution consistant à donner une liberté toujours plus grande aux autorités de régulation dans la régulation des prix.

En premier lieu, il faut noter que de nombreux procédés d'homologation tarifaire en matière d'obligations d'accès et d'interconnexion, qui existaient à l'origine de la régulation des communications électroniques tout en étant fortement critiqués par l'autorité¹⁰⁴⁴, ont progressivement disparu, donnant ainsi à l'autorité la liberté de fixer les prix d'interconnexion¹⁰⁴⁵.

En second lieu, les dispositions de droit interne relatives à la méthodologie de fixation des

¹⁰³⁹ Recommandation 2005/698 précitée, § 6 de l'exposé des motifs.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, § 8 de l'exposé des motifs, selon lequel la mise en œuvre d'un système de comptabilisation des coûts de type prospectif peut envisager, le cas échéant, une méthode fondée sur la comparaison des méthodes *top-down* et *bottom-up*, et article 3, selon lequel les autorités de régulation devraient décomposer de manière suffisamment détaillée les différentes charges et utiliser la méthode de la causalité des coûts, et en cas d'analyse prospective utiliser la méthode des coûts moyens incrémentaux de long terme.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, § 4 de l'exposé des motifs.

¹⁰⁴² CJCE, *Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06, précité, § 70 à 127. Cf. *Supra*.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, § 128 à 134.

¹⁰⁴⁴ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, 1998, pp. 77-80 ; Adde ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 1999, pp. 114-116.

¹⁰⁴⁵ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2000, p. 124.

tarifs ont également évolué. En effet, le code des postes et des communications électroniques dispose que les principes de tarification sont fixés par décret¹⁰⁴⁶. Or, si le décret en question, dans sa première version¹⁰⁴⁷, posait de manière assez précise les principes que devait suivre l'autorité s'agissant de la méthodologie de construction du prix¹⁰⁴⁸, le décret modifié¹⁰⁴⁹ dispose seulement que les conditions tarifaires des conventions d'interconnexion et d'accès doivent respecter les principes d'objectivité et de transparence¹⁰⁵⁰.

406. Ainsi, le droit interne a connu une évolution consistant à renforcer la liberté de l'autorité de régulation s'agissant des méthodes de construction des prix à mettre en œuvre. Cela a conduit le Conseil d'État, en n'exerçant qu'un contrôle de la disproportion manifeste de la décision de l'ARCEP, à consacrer à son profit l'existence d'un pouvoir discrétionnaire¹⁰⁵¹.

Il n'est pas exclu que ce contrôle évolue par la suite, notamment dans la mesure où certains rapporteurs publics proposent de mettre en œuvre un contrôle de plein contentieux en cette matière¹⁰⁵². Cependant, l'encadrement juridique plus étroit de la régulation des prix par l'autorité de régulation ne semble pas pour le moment dériver de la lecture des textes, et ne remettrait en toute hypothèse guère en cause en pratique, sauf à imaginer le juge intervenir très étroitement dans la mission de l'autorité, l'existence d'une marge de manœuvre au profit des autorités dans le choix des méthodes de détermination des prix dès lors que celles-ci respectent les objectifs fixés. C'est en tout cas la position de la Cour de justice des communautés européennes¹⁰⁵³.

407. En définitive, il résulte des éléments qui précèdent que les principes juridiques régissant la régulation des prix reprennent les préconisations normatives de l'économie des réseaux. En outre, on peut démontrer que les méthodes de fixation des prix construites par la théorie économique constituent un instrument privilégié des autorités de régulation.

¹⁰⁴⁶ CPCE, article L.32.IV et article L. 38.VI.

¹⁰⁴⁷ Décret n°97-188 du 3 mars 1997 relatif à l'interconnexion et insérant dans le code des postes et des communications électroniques les articles D.99-6 à D.99-11.

¹⁰⁴⁸ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 110. Cf. *Infra*.

¹⁰⁴⁹ Modifié par les décrets n° 2002-1340 du 8 novembre 2002 et n° 2004-1301 du 26 novembre 2004.

¹⁰⁵⁰ CPCE, article D. 99-10.

¹⁰⁵¹ Arrêt du Conseil d'État du 5 décembre 2005, *UFC Que Choisir ?*, n°277441, 277443 et 277445, Publié au recueil Lebon, confirmé par l'arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 24 juillet 2009, *Société Orange France et Société française de radiotéléphonie*, n°324642, Publié au recueil Lebon.

¹⁰⁵² *V.*, LENICA F., conclusions sur CE, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 24 juillet 2009, *Société Orange France et Société française de radiotéléphonie*, n°324642 et 324687, *RJEP*, octobre 2009, pp. 14-15. Le rapporteur public Lenica préconise en effet d'exercer un contrôle de plein contentieux.

¹⁰⁵³ Cf. *Supra*.

2. La transcription des méthodes de l'économie des réseaux dans la régulation des prix

408. La régulation des prix est un domaine où la transcription en droit de la théorie de l'économie des réseaux apparaît particulièrement pointue. En effet, l'évolution des méthodes de l'autorité de régulation semble suivre les travaux de l'économie des réseaux, tant du point de vue de la détermination du coût (a) que du point de vue de la détermination du tarif (b).

a. La transcription des méthodes de détermination du coût

409. Le droit positif a connu une évolution qui a suivi les travaux de l'économie des réseaux. Ainsi, le modèle FDC, initialement prévu, a été abandonné (i). Dès lors, l'autorité de régulation a adopté le modèle des CMILT et plus généralement des standards de l'opérateur efficace (iii).

i. L'abandon du modèle FDC

410. Le modèle *FDC*, caractérisé par sa construction sur la base des coûts des opérateurs historiques, était au départ le modèle retenu s'agissant de la construction des coûts pertinents. Ce modèle a cependant été progressivement abandonné.

En matière d'interconnexion fixe, le décret du 3 mars 1997 avait prévu que les tarifs d'interconnexion devaient être fondés sur les coûts moyens comptables prévisionnels pertinents pour l'année considérée, en prenant en compte l'efficacité des nouveaux investissements au regard des meilleures technologies industriellement disponibles¹⁰⁵⁴. Le décret prévoyait cependant qu'une telle méthode de fixation des coûts ne serait valable qu'à défaut pour l'autorité de choisir une autre méthode¹⁰⁵⁵. L'autorité a alors tout de suite considéré qu'il était nécessaire de modifier cette méthodologie, et a préconisé l'adoption de modèles « *s'appuyant sur la comparaison de résultats technico-économiques et de modèles fondés sur la comptabilité de l'opérateur* »¹⁰⁵⁶, c'est-à-dire notamment la méthode des CMILT¹⁰⁵⁷.

En matière de communications mobiles, les principes ont été fixés plus tard par l'autorité à l'occasion de l'adoption de lignes directrices. Celles-ci prévoyaient que les coûts étaient appréciés en fonction des coûts historiques¹⁰⁵⁸. Cependant, ce système a été critiqué et abandonné dans

¹⁰⁵⁴ ART, *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 110.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 125.

¹⁰⁵⁸ Décision n° 01-0458 de l'Autorité de régulation des télécommunications approuvant les lignes directrices relatives aux conditions tarifaires d'interconnexion des opérateurs mobiles puissants sur le marché national de l'interconnexion, p. 9.

les premières analyses relatives aux marchés pertinents au profit d'une méthode fondée sur les coûts moyens incrémentaux de long terme¹⁰⁵⁹.

411. En outre, au final, la Cour de justice a récemment interprété le principe d'orientation vers les coûts en considérant que la construction des coûts sur la seule base des coûts historiques serait de nature à méconnaître les objectifs de concurrence et d'incitation au développement d'infrastructures alternatives de réseau¹⁰⁶⁰. La Cour de justice rejette donc également le modèle des coûts historiques et par voie de conséquence le modèle *FDC*.

Or, une telle évolution correspond tout à fait aux préconisations de l'économie des réseaux, en ce que celle-ci suggère l'abandon de ce modèle en raison de son inefficacité pour y préférer le système des CMILT.

ii. L'adoption des CMILT

412. Très tôt, l'autorité de régulation a donc rendu publique sa préférence pour l'adoption de la technique des coûts moyens incrémentaux de long terme¹⁰⁶¹. Cette méthode, qui consiste à construire le coût à partir du coût incrémental d'une unité de production supplémentaire, sur le long terme et en tenant compte d'un standard d'efficacité¹⁰⁶², a été progressivement adoptée dans un grand nombre de marchés régulés. Or, cette méthodologie dérive de la théorie économique puisqu'elle implique l'élaboration d'un modèle abstrait d'opérateur efficace construit par le biais du recours aux instruments de modélisation économique¹⁰⁶³.

La technique des CMILT a d'abord été mise en place s'agissant du dégroupage de la boucle locale et était construite à l'origine par référence à la compatibilité de France Télécom¹⁰⁶⁴. Elle a ensuite été étendue au marché de l'interconnexion sur le fondement du décret de 1997, tandis que sa méthodologie s'affinait puisqu'elle consiste depuis cette période à confronter la comptabilité de France Télécom et un modèle abstrait, technico-économique, d'opérateur effi-

¹⁰⁵⁹ *V.*, notamment ART, Décision n° 04-937 précitée, pp. 28-29 ; *Adde* ART, Décision n° 04-938 précitée, p. 30 ; *Adde* Décision n° 04-939 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur l'influence significative de la société Bouygues Telecom sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre, p. 30.

¹⁰⁶⁰ CJCE, *Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06, précité, § 86 à 95 et § 100-109.

¹⁰⁶¹ ART, *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 110 ; *Adde* ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 2, 1998, pp. 133-134 ; *Adde* ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 1999, p. 80 ; *Adde* ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2000, p. 127.

¹⁰⁶² *V.*, notamment, pour une explication de la méthodologie du coût moyen incrémental de long terme, Décision n° 02-1027 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 5 novembre 2002 portant sur l'adoption des coûts moyens incrémentaux de long terme comme coûts de référence pour les tarifs d'interconnexion de France Télécom, p. 3 et s.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 6.

¹⁰⁶⁴ ART, Décision n° 00-1171 précitée, p. 5, confirmée par la décision n° 05-0267 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 24 mars 2005 modifiant la décision n° 00-1171 du 31 octobre 2000 de l'Autorité quant à la méthode de calcul des coûts moyens incrémentaux de long terme relatifs à l'accès à la boucle locale.

cace¹⁰⁶⁵. À la suite de l'adoption du paquet Télécom en 2002, l'utilisation de cette méthode a par ailleurs été étendue au marché de la terminaison d'appel vocal mobile¹⁰⁶⁶.

Or, le choix d'une telle formule de prix a été validé en 2009 par le Conseil d'État, qui a notamment considéré que l'objectif de promotion de l'efficacité économique assigné à l'autorité de régulation l'autorisait à construire les coûts sur la base d'un modèle théorique d'opérateur efficace, confronté à une analyse empirique de ceux-ci fondée sur une comptabilité¹⁰⁶⁷.

413. En outre, cette méthode a également la préférence du droit de l'Union européenne. Cette méthode est ainsi préconisée de longue date par les instances communautaires¹⁰⁶⁸, et aujourd'hui proposée par la Commission dans sa recommandation relative à la comptabilisation des coûts¹⁰⁶⁹. Par ailleurs, la Cour de justice a consacré, si ce n'est la méthode de détermination des CMILT en tant que telle, au moins les principes expliquant leur adoption. Elle a en effet estimé que le principe d'orientation des prix vers les coûts impliquait une prise en compte des coûts déjà subis et des coûts prévisionnels¹⁰⁷⁰. Elle a donc entériné le choix de ce type de méthodes afin de satisfaire les objectifs du principe d'orientation des prix vers les coûts.

414. Cela ne signifie pas que la méthode des CMILT soit parfaitement homogène. De nombreux modèles différents existent selon la nature des réseaux dont il s'agit, mais ils sont tous inspirés par la même logique d'intégration des coûts subis et d'intégration des coûts futurs sur la base d'un modèle d'opérateur efficace, et donc tous fondés sur une analyse économique¹⁰⁷¹.

415. Ainsi, il résulte des éléments qui précèdent que les méthodes de construction des coûts évoluent conformément aux principes dégagés par l'économie des réseaux, et de manière plus générale en référence constante avec la théorie économique. Il en est de même s'agissant des méthodes de détermination des tarifs.

¹⁰⁶⁵ ART, Décision n° 02-1027 précitée. Ces principes étaient déjà énoncés dans le rapport de 1997. *V.*, ART, *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 126.

¹⁰⁶⁶ Décision n° 07-0810 de l'Arcep en date du 4 octobre 2007 portant sur la détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français en métropole, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre pour la période 2008-2010, p. 63 ; *Adde* Décision n° 2008-1176 de l'Arcep en date du 2 décembre 2008 portant définition de l'encadrement tarifaire des prestations de terminaison d'appel vocal mobile des opérateurs Orange France, SFR et Bouygues Telecom pour la période du 1er juillet 2009 au 31 décembre 2010, pp. 20-37.

¹⁰⁶⁷ CE, *Société Orange France*, n°324642, précité.

¹⁰⁶⁸ *V.*, ART, *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 124.

¹⁰⁶⁹ Recommandation 2005/698 précitée, § 8 de l'exposé des motifs et article 3.

¹⁰⁷⁰ CJCE, *Arco AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06, précité, § 101 à 129.

¹⁰⁷¹ ARCEP, Décision n° 05-0834 précitée, p. 5 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 07-0810 précitée, p. 63 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-1176 précitée, pp. 20-37 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, p. 76 et s.

b. La transcription des méthodes de détermination des tarifs

416. S'agissant des méthodes de détermination des tarifs, l'économie des réseaux a également eu une très grande influence sur la régulation des prix qui a évolué conformément aux principes qu'elle pose. Ainsi, dans la majorité des cas, le système initial fondé sur une logique de « *rate of return* » a été abandonné (i). En outre, l'autorité de régulation a rejeté le modèle des prix de Ramsey-Boiteux (ii). Enfin, elle a mis en place quasi-systématiquement un système de « *price-cap* » (iii).

i. Un système initial inefficace

417. Ainsi qu'il a été vu précédemment, la logique initiale de la régulation était basée sur le modèle *FDC*, fondé sur les coûts complets distribués associés à un taux de rémunération du capital¹⁰⁷². Cependant, la nécessité de changer de modèle est apparue immédiatement, l'autorité de régulation, considérant que « *l'analyse économique fournit les concepts de base et définit leur pertinence* », préconisant alors l'adoption d'une « *d'une marge d'évolution maximale des prix sur une période annuelle ou pluriannuelle (désignée sous le nom de "price-cap" dans la terminologie anglo-saxonne)* »¹⁰⁷³.

ii. Le rejet des coûts de Ramsey-Boiteux

418. L'autorité de régulation a par ailleurs eu l'occasion d'apprécier la pertinence de la formule de détermination des prix de Ramsey-Boiteux.

En effet, différents opérateurs ont fait valoir devant l'autorité, lors de l'analyse des marchés pertinents de la terminaison d'appel vocal mobile, que l'adoption de telles formules serait efficace du point de vue économique. Néanmoins, l'ARCEP, après avoir rappelé les différents principes économiques gouvernant cette formule de construction des coûts et fait référence à la littérature importante portant sur ce sujet, a constaté l'absence d'adéquation de ces formules aux objectifs des régulateurs, notamment au regard de la complexité de mise en œuvre de cette technique et de son inadaptation à un marché relativement concurrentiel¹⁰⁷⁴.

Il est alors possible de tirer deux conclusions de ces décisions. D'une part, il apparaît que l'autorité intègre de manière très approfondie la théorie économique dans ses analyses, confirmant alors l'étendue de l'assimilation de cette dernière en droit de la régulation. D'autre part, l'autorité est ici en parfait accord avec les résultats de l'économie des réseaux qui a également conclu à l'abandon des coûts de Ramsey-Boiteux en raison de leur complexité¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷² Conformément à l'ancien article D. 99-22 CPCE, aujourd'hui abrogé. *V.*, ART, *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 117.

¹⁰⁷³ ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 2, 1998, pp. 17-18.

¹⁰⁷⁴ *V.*, notamment ART, n° 04-937 précitée, pp. 38-41 ; *Adde* ART, Décision n° 04-938 précitée, pp. 38-42 ; *Adde* ART, Décision n° 04-939 précitée, pp. 39-43.

¹⁰⁷⁵ *Cf. Supra.*

iii. La mise en œuvre progressive de « *price-caps* »

419. Très tôt, la volonté de mettre en place un système de « *price-cap* » a été sans cesse réitérée par l'autorité, tant pour les tarifs du service universel et plus largement pour les tarifs de détail¹⁰⁷⁶, que pour les tarifs d'interconnexion, afin d'obtenir un « *contrôle plus simple et tendant vers plus d'efficacité économique* »¹⁰⁷⁷. La première mise en œuvre d'un système de « *price-cap* » est décrite par l'autorité dans son rapport de 2003¹⁰⁷⁸.

C'est ainsi par deux décisions rendues en 2001 qu'a été mis en place un processus pluriannuel de baisse des prix à propos de la terminaison d'appel vocal ; l'autorité estimant que l'encadrement pluriannuel des tarifs est de nature à lever les incertitudes du secteur et à permettre une baisse ultérieure des tarifs au bénéfice du client final¹⁰⁷⁹. Cette obligation a été confirmée postérieurement à l'occasion de la première analyse de la pertinence *ex ante* des marchés de la terminaison d'appel vocal, où le dispositif se voit expressément qualifié de « *price cap* »¹⁰⁸⁰.

La mise en œuvre d'un « *price-cap* » a ensuite été étendue au marché de la téléphonie fixe par la décision d'analyse de la pertinence *ex ante* du marché, quoique l'expression d'encadrement pluriannuel des tarifs lui soit préférée¹⁰⁸¹. Elle sera également mise en œuvre à propos de la terminaison d'appel vocal SMS, l'autorité considérant qu'une telle technique permet de concilier les objectifs d'efficacité économique, de promotion d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs et d'optimisation des avantages pour le consommateur¹⁰⁸². Elle sera également utilisée dans le cadre des prix liés au service universel¹⁰⁸³. On pourrait sans doute donner encore d'autres exemples d'utilisation par l'ARCEP de la technique du « *price-cap* ».

420. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que le processus de transcription progressive de la théorie de l'économie des réseaux en droit a conduit à ce que le droit positif des communications électroniques soit aujourd'hui très largement structuré autour et conformément aux préconisations de cette théorie économique. La régulation juridique s'analyse alors comme la régulation *ex ante* au sens de l'économie des réseaux.

¹⁰⁷⁶ ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 1999, p. 116 ; *Adde* ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2000, p. 82 et p. 127.

¹⁰⁷⁷ ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2000, pp. 127-128 ; *Adde* ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2001, p. 39 ; *Adde* ART, *Rapport public d'activités*, Tome 1, 2002, p. 61.

¹⁰⁷⁸ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, Tome 1, 2003, p. 265.

¹⁰⁷⁹ Décision n° 01-0970 de l'ART portant sur le niveau des charges de terminaisons d'appels sur le réseau de France Télécom Mobiles SA, p. 4 ; *Adde* Décision n°01-0971 de l'ART portant sur le niveau des charges de terminaisons d'appels sur le réseau de la Société française de radiotéléphonie, p. 4.

¹⁰⁸⁰ ART, Décision n° 04-937 précitée, p. 43, *Adde* ART, Décision n° 04-938 précitée, p. 43 ; *Adde* ART, Décision n° 04-939 précitée, p. 45.

¹⁰⁸¹ ARCEP, Décision n° 05-0571 précitée, p. 88 et p. 141 et s.

¹⁰⁸² Décision n° 06-0593 de l'Arcep en date du 27 juillet 2006 portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole, la désignation d'opérateur disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, pp. 107-108.

¹⁰⁸³ Décision n° 06-0840 de l'Arcep en date du 28 septembre 2006 portant modification de la décision n° 05-0571 du 27 septembre 2005 d'analyse des marchés de la téléphonie fixe, p. 12.

Or, la portée de cette transcription n'est pas limitée au seul droit positif des communications électroniques. En effet, au regard de l'importance du secteur des communications électroniques en droit de la régulation, la conception de la régulation qu'il véhicule a été reprise par une part importante de la doctrine juridique, qui définit alors la régulation comme une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau.

Section II. La portée doctrinale de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation

421. La transcription de l'économie des réseaux dans le système juridique entraîne, au-delà de ses effets en termes de droit positif, de très importantes conséquences du point de vue doctrinal, puisque c'est en réalité toute une conception théorique de la régulation qui lui y est attachée, celle de la régulation comme fonction transitoire destinée à ouvrir à la concurrence les industries de réseau. On peut alors considérer que la transcription en droit de l'économie des réseaux a produit une réception, par la doctrine, de la définition de la régulation retenue par l'analyse économique du droit. Cette réception peut être démontrée s'agissant de la doctrine universitaire (§1) comme de la doctrine institutionnelle (§2).

§1. La réception de l'économie des réseaux par la doctrine universitaire

422. Une part importante de la doctrine universitaire construit la définition de la régulation conformément au modèle de la théorie de l'économie des réseaux. Si une telle opération n'était au départ qu'indirecte ou implicite (A), elle apparaît aujourd'hui de plus en plus directe et explicite, au point que les concepts de régulation *ex ante* et *ex post* servent aujourd'hui largement à la définition de la régulation dans la doctrine universitaire (B).

A. La réception implicite de l'économie des réseaux par la doctrine universitaire

423. Historiquement, ce type d'œuvre de définition de la régulation est ancien car lié à l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux (1). Cependant, des travaux récents soutiennent toujours cette analyse (2).

1. La réception implicite de l'économie des réseaux par les définitions anciennes de la régulation

424. La doctrine la plus ancienne a, quoiqu'implicitement et sans doute en l'ignorant elle-même, consacré très tôt la conception de la régulation de l'économie des réseaux. Il s'agit ici de la conception de la régulation en tant que fonction économique visant à l'ouverture à la concu-

rence de certains secteurs spécifiques. On peut en donner quelques exemples.

Ainsi, le manuel de Pierre Delvolvé, publié en 1998, associe la régulation à une police spéciale de la concurrence liée au mouvement de déréglementation et confiée à des autorités administratives indépendantes¹⁰⁸⁴. Cette fonction est alors conçue comme une fonction provisoire, caractérisée par le passage d'une situation de monopole à une situation de concurrence¹⁰⁸⁵. Également, le manuel de Jean-Philippe Colson publié en 2001 associait la régulation à la forme d'intervention de l'État dans l'économie après la phase de déréglementation de nombreux services publics¹⁰⁸⁶. Soulignant les controverses pesant sur la notion de régulation¹⁰⁸⁷, il précisait que l'une des définitions possibles de celle-ci vise à séparer le pouvoir de régulation des pouvoirs législatifs et réglementaires et à mettre en place une concurrence et un accès au réseau¹⁰⁸⁸. Cette conception a été maintenue partiellement, parmi bien d'autres cependant, dans le manuel de Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux paru en 2010, mais ne semble plus être le type d'œuvre de définition de la régulation emportant la conviction de ces auteurs¹⁰⁸⁹.

Ces deux exemples suffisent en toute hypothèse à démontrer que les conceptions les plus anciennes de la régulation voyaient en elle une phase transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau. Cependant, cette conception trouve encore des échos dans des travaux plus récents, cette définition étant donc toujours actuelle.

2. La réception implicite de l'économie des réseaux par les définitions actuelles de la régulation

425. La même thèse est soutenue dans des travaux plus récents, qui, quoique ne faisant pas référence à l'économie des réseaux, en reprennent néanmoins les principes (a). Yves Gaudemet propose même d'ériger la régulation ainsi entendue au rang de fonction administrative (b).

a. La réception de la définition de l'économie des réseaux

426. Certains auteurs proposent une définition de la régulation conforme à l'économie des réseaux, en s'inspirant notamment du secteur des communications électroniques. C'est notamment le cas de Lucien Rapp qui reprend la lecture de l'évolution de la réglementation selon les trois phases de l'économie des réseaux¹⁰⁹⁰ et conclut au passage progressif vers le droit commun

¹⁰⁸⁴ DEVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, p. 42.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, pp. 561-562.

¹⁰⁸⁶ COLSON J.-P., *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 2001, 3^{ème} Ed., p. 499.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 509.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, p. 516 et s.

¹⁰⁸⁹ COLSON J.-P., IDOUX P., *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 5^{ème} Ed., 2010, p. 525.

¹⁰⁹⁰ RAPP L., « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *AJDA*, 2004, p. 2055.

de la concurrence¹⁰⁹¹. Dans la même optique, on peut noter ici l'hypothèse adoptée par Laurent Richer selon laquelle le secteur des communications électroniques est bien le secteur précurseur de l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux dont l'exemple a vocation à être suivi par les autres secteurs d'industrie de réseaux¹⁰⁹².

427. En outre, il est tout à fait significatif de noter que l'on retrouve encore une telle conception dans le cadre d'un rapport parlementaire récent, celle-ci servant de support à la proposition de l'intégration au sein de l'Autorité de la concurrence de l'ensemble des autorités sectorielles de régulation économique, exception faite de l'ARCEP en raison de la prise en charge de « *bien culturels* », un réexamen devant justifier tous les cinq ans de l'utilité du maintien de la régulation sectorielle¹⁰⁹³. La conception de la régulation comme fonction provisoire continue donc d'être soutenue, et apparaît même susceptible de produire des conséquences politiques.

b. Une réception implicite érigée au rang de fonction administrative

428. Par ailleurs, et de façon bien plus significative, Yves Gaudemet, notamment dans son manuel de droit administratif¹⁰⁹⁴, propose d'ériger la régulation entendue comme une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence au rang de fonction administrative.

Selon lui, la conception matérielle de la régulation conduit à la concevoir comme une police économique visant à ouvrir à la concurrence un marché déterminé, dont la vocation est de disparaître progressivement au bénéfice du droit commun de la concurrence¹⁰⁹⁵. Dans cette optique, la régulation est considérée comme une fonction administrative, à l'égal de la police et du service public¹⁰⁹⁶. La régulation, ainsi entendue, apparaît alors comme l'une des fonctions les plus fondamentales du droit administratif.

On voit bien la portée théorique d'un tel raisonnement. En effet, il apparaît, quoiqu'indirectement et implicitement, que par l'intermédiaire d'un processus de transcription en droit positif et de réception par la doctrine universitaire, l'économie des réseaux se voit érigée au rang normatif de fonction administrative. Un tel résultat démontre toute la force structurante de l'économie des réseaux en droit de la régulation.

¹⁰⁹¹ RAPP L., « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *article précité*, pp. 2048, 2052, 2054, 2058.

¹⁰⁹² RICHER L., « Droit d'accès et service public », *AJDA*, 2006, p. 74.

¹⁰⁹³ DOSIÈRE R., VANNESTE C., *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, Tome 1, Rapport, 2010, pp. 79-80.

¹⁰⁹⁴ GAUDEMET Y., *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 19^{ème} Ed., 2010, 550 p.

¹⁰⁹⁵ GAUDEMET Y., « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, p. 14 ; *Adde* GAUDEMET Y., *Droit administratif, op. cit.*, pp. 389-391.

¹⁰⁹⁶ GAUDEMET Y., *Droit administratif, op. cit.*, pp. 389-390.

429. Il peut donc être démontré que la théorie de l'économie des réseaux fait bien l'objet d'un processus de réception par la doctrine universitaire, quoique celui-ci reste implicite. Cependant, la réception de la théorie de l'économie des réseaux connaît depuis quelques années un nouvel approfondissement puisque celle-ci se fait de plus en plus explicite. La doctrine universitaire consacre en effet désormais les concepts de régulation *ex ante* et de régulation *ex post*.

B. La réception explicite de l'économie des réseaux par la doctrine universitaire

430. La doctrine universitaire a procédé à la réception directe de l'économie des réseaux par l'intermédiaire des concepts de régulation *ex ante* et de régulation *ex post*, quoique la mention précise du modèle économique de référence fasse systématiquement défaut. L'utilisation des notions d'*ex ante* et d'*ex post*, d'abord rare en doctrine, a fait l'objet d'une étude analytique dédiée dans laquelle le modèle théorique de l'économie des réseaux était cependant repris sans guère d'appréciation critique (1). L'usage de ces notions s'est par la suite banalisé, consacrant la réception définitive de la théorie de l'économie des réseaux dans la doctrine universitaire (2).

1. La réception doctrinale initiale des concepts de régulation *ex ante* et *ex post*

431. Initialement, quoique de manière non exclusive, la problématique de l'assimilation des notions d'*ex ante* et d'*ex post* dans le droit a été traitée dans un ouvrage intitulé *Les engagements dans les systèmes de régulation*, dirigé par Marie-Anne Frison-Roche, issu d'un colloque lui-même intitulé « *EX ANTE versus EX POST* » organisé par la Chaire de la régulation¹⁰⁹⁷.

Ces travaux ont été lancés afin de répondre à une problématique précise, parfaitement exprimée dans les termes suivants : « *le couple ex ante-ex post a une pertinence essentielle parce qu'il fournit le critère justifiant la présence ou l'absence d'un régulateur sectoriel, engendrant la frontière même entre le droit de la régulation sectorielle et le droit de la concurrence* »¹⁰⁹⁸.

Les analyses qui y sont opérées reprennent alors dans leur très grande majorité le modèle de l'économie des réseaux (a). Seule Marie-Anne Frison-Roche a cherché à analyser de manière critique cette distinction, cependant sans que les résultats obtenus n'apparaissent satisfaisants (b).

¹⁰⁹⁷ FRISON-ROCHE M.-A., (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006.

¹⁰⁹⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 38.

a. La reprise indiscutée de la théorie de l'économie des réseaux

432. Si toutes les utilisations des notions d'*ex ante* et d'*ex post* que l'on trouve dans l'ouvrage précité ne visent pas les concepts développés par l'économie des réseaux¹⁰⁹⁹, les plus nombreuses reprennent cependant la distinction construite par celle-ci. Ainsi, des auteurs notent que la « *régulation se distingue du cadre général du droit de la concurrence par le fait que le contrôle s'exerce ex ante plutôt que ex post* »¹¹⁰⁰, d'autres que sur « *le plan institutionnel, quand on parle de "régulation ex ante", on fait référence au pilotage sectoriel de grandes entreprises par une agence spécialisée, et "régulation ex post" renvoie aux contrôles a posteriori sur l'ensemble des secteurs économiques* »¹¹⁰¹. On pourrait citer d'autres exemples¹¹⁰².

La réception du modèle de l'économie des réseaux est donc bien actée. Néanmoins, il est regrettable que celle-ci soit réalisée sans analyse critique. Seule Marie-Anne Frison-Roche a cherché à construire les rapports entre le droit et les notions d'*ex ante* et d'*ex post*, mais son effort de systématisation n'apparaît guère convaincant.

b. L'échec méthodologique de la tentative d'analyse critique des notions d'*ex ante* et d'*ex post*

433. La contribution de Marie-Anne Frison-Roche se distingue très nettement de celles des autres juristes présents à ce colloque, car elle pose très clairement la problématique. Elle est intitulée « *Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation* »¹¹⁰³, et cherche à répondre au questionnement posé de manière critique.

L'auteur distingue d'abord différentes acceptions possibles des notions d'*ex ante* et d'*ex post*, d'ordre chronologique¹¹⁰⁴, d'ordre politique¹¹⁰⁵, d'ordre économique, sans qu'un cadre théo-

¹⁰⁹⁹ *V.*, notamment, FERNANDEZ-BOLLO E., « L'articulation de la régulation *ex ante* et *ex post* dans le domaine bancaire », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 109-115. Cet auteur n'utilise pas les concepts d'*ex ante* et d'*ex post* dans le sens de l'économie des réseaux mais bien davantage dans un sens similaire à celui adopté par l'économie néo-institutionnelle, et il s'agit alors de désigner par *ex ante* les procédés normatifs et par *ex post* les procédés contentieux. Le manque de référence précise à la théorie économique montre bien ici qu'une telle méconnaissance peut être source de confusions qui nuisent à la compréhension et à la bonne analyse des concepts. *Cf. Infra*.

¹¹⁰⁰ CREMER J., « Le retour à la régulation ordinaire au sortir de la crise », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, p. 60.

¹¹⁰¹ CRAMPES C., « Les outils des régulations économiques *ex ante* et *ex post* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 130.

¹¹⁰² *V.*, notamment LAROUCHE P., « Contrôle *ex ante* et *ex post*. Possibilités et contraintes en droit national, à la lumière de l'expérience néerlandaise », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 95-108.

¹¹⁰³ FRISON-ROCHE M.-A., « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 33-34. Cette acception renvoie à la distinction entre l'avant et l'après, mais selon l'auteur il n'est pas possible de retenir cette acception car elle ne correspond pas à la réalité de toutes les situations juridiques.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 34. La seconde acception est une acception politique, mais qui renvoie en réalité à l'économie politique, l'*ex ante* correspondant alors à un ordre organisé, tandis que l'*ex post* correspondrait à la réaction des tribunaux au regard du comportement des opérateurs.

rique précis ne soit identifié¹¹⁰⁶, et d'ordre juridique, et dans ce cas, l'*ex ante* renvoie à l'activité normative et l'*ex post* à l'activité contentieuse¹¹⁰⁷. Adoptant cette dernière acception, l'auteur cherche à l'utiliser au regard de la distinction entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation sectorielle, mais conclut à l'existence d'une « *incertitude du partage entre droit de la régulation et droit de la concurrence à travers le couple ex ante-ex post* »¹¹⁰⁸. Néanmoins, l'auteur revient parfois à une distinction plus économique pour aboutir à des résultats nuancés, ainsi de l'idée selon laquelle il conviendrait de distinguer un *ex ante* permanent, pour l'énergie et le système bancaire, d'un *ex ante* provisoire, pour les télécommunications¹¹⁰⁹.

434. Il existe donc dans cette tentative d'analyse critique une certaine ambiguïté, voire certaines contradictions, qui s'expliquent sans doute par des lacunes du point de vue méthodologique dans l'étude des rapports entre le droit et l'économie. En effet, l'auteure n'explique pas réellement quel type d'acceptions de ces notions elle retient, juridique ou économique, comment elle les distingue et comment elle fait le rapport entre elles, ce qui produit des résultats complexes et peu opérationnels. Dès lors, la tentative d'analyse critique de Marie-Anne Frison Roche doit être saluée mais apparaît peu convaincante, sans doute parce qu'elle ne se situe pas dans le cadre d'une réflexion plus construite des rapports entre le droit et la théorie économique.

Elle n'a, en toute hypothèse, guère eu d'influence sur la banalisation de l'utilisation des notions d'*ex ante* et d'*ex post* dans la doctrine juridique.

2. La banalisation de la réception de la distinction entre régulation *ex ante* et régulation *ex post*

435. La distinction entre régulation *ex ante* d'une part et régulation *ex post* d'autre part tend à se banaliser en doctrine. En effet, sans qu'il soit nécessaire de multiplier les exemples, on trouve dans la doctrine universitaire des références assez nombreuses au concept de régulation *ex ante* et

¹¹⁰⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *op. cit.*, pp. 35-37. La troisième acception est économique et dans ce cas, soit l'on peut distinguer un *ex ante* correspondant à un ordre organisé, sanctionné par un *ex post* d'intendance, soit l'on peut se trouver en présence d'un *ex post* autonome, correspondant à l'*ex post* libéral, sanctionnant seul l'ordre spontané. Toutefois, l'auteur ne fait ici référence à aucune théorie économique précise, ce qui pose des problèmes méthodologiques.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 35.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 38 et s.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 39-41.

à sa distinction avec la régulation *ex post*¹¹¹⁰. De ce point de vue, on peut particulièrement citer la récente thèse de Théodore Galanis, qui soutient que la distinction entre régulation *ex ante* et *ex post* continue d'être pertinente pour distinguer droit de la régulation sectorielle et droit de la concurrence¹¹¹¹ et qu'ainsi la régulation sectorielle a vocation, si ce n'est à disparaître, au moins à devenir exceptionnelle au profit du droit commun de la concurrence¹¹¹². En outre, de manière très significative, on trouve désormais également des références aux notions de régulation *ex ante* et de régulation *ex post* dans les conclusions de rapporteurs publics¹¹¹³.

Pour certains, cette distinction serait même devenue « classique »¹¹¹⁴. Il s'agit sans doute d'une appréciation exagérée. Cependant, elle montre bien que l'utilisation des notions de régulation *ex ante* et de régulation *ex post* est d'usage désormais courant en doctrine.

436. En définitive, une partie non négligeable de la doctrine universitaire a donc bien procédé à la réception du modèle théorique de l'économie des réseaux. La transcription de l'économie des réseaux en droit positif a donc une portée théorique considérable. En outre, celle-ci est renforcée par la doctrine institutionnelle qui tend également à incorporer l'économie des réseaux.

§ 2. La réception de l'économie des réseaux par la doctrine institutionnelle

437. Si l'étude de la doctrine universitaire est fondamentale, il est tout aussi intéressant d'analyser l'effort de doctrine réalisé par les autorités de régulation elles-mêmes. De ce point de vue, il apparaît que le Conseil de la concurrence, aujourd'hui l'Autorité de la concurrence, adopte sans réserve le modèle de l'économie des réseaux (A). En ce qui la concerne, l'ARCEP a d'abord intégré avec conviction ce modèle, mais semble aujourd'hui s'en éloigner progressivement (B).

¹¹¹⁰ V., parmi de nombreux autres exemples, BRISSON J.-F., « La réception en droit national des autorités de régulation », in *Autorités de régulation et Droit européen, Cahiers de droit de l'entreprise, JCP Entreprises et affaires*, n°2/2004, 2004, p. 17 ; *Adde* GOSSET-GRAINVILLE A., « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, p. 151 ; *Adde* BAZEX M. BLAZY S., note sous CE, S, 25 février 2005, n°247866, *France Télécom, Droit administratif*, avril 2005, pp. 28-29 ; *Adde* BRIAND-MELEDO D., « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *RIDE*, 2007, pp. 348-349 ; *Adde* NOGUELLOU R., « Le Conseil d'État et la régulation des télécommunications (à propos des arrêts du Conseil d'État du 27 avril 2009, *Société Bouygues Télécom* et du 24 juillet 2009, *Société Orange France et Société française de radiotéléphonie*) », *RDP*, 3-2010, pp. 836-837.

¹¹¹¹ GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, *op. cit.*, pp. 30-66.

¹¹¹² *Ibid.*, pp. 427-549.

¹¹¹³ V., notamment LENICA F., conclusions sur CE, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 24 juillet 2009, *Société Orange France et Société française de radiotéléphonie*, n°324642 et 324687, *précitées*, p.15.

¹¹¹⁴ NOGUELLOU R., « Le Conseil d'État et la régulation des télécommunications (à propos des arrêts du Conseil d'État du 27 avril 2009, *Société Bouygues Télécom* et du 24 juillet 2009, *Société Orange France et Société française de radiotéléphonie*) », *article précité*, pp. 836-837.

A. La réception de l'économie des réseaux par l'Autorité de la concurrence

438. Dans son action, l'ARCEP doit collaborer avec d'autres autorités administratives indépendantes. Dans le cas de l'analyse des marchés en lien avec l'audiovisuel, l'autorité de régulation doit demander l'avis du CSA¹¹¹⁵. On peut cependant écarter cette hypothèse ici dans la mesure où la question de l'intégration de l'économie des réseaux ne se pose guère en cette matière¹¹¹⁶. En revanche, l'Autorité de concurrence a affirmé, à de très nombreuses reprises, son adoption pleine et entière du modèle de l'économie des réseaux comme cadre d'analyse pertinent.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence a fait sienne l'hypothèse principale de l'économie des réseaux, à savoir le passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post* et ce pour l'ensemble des secteurs régulés (1), ainsi que les hypothèses de cette théorie économique tenant aux méthodes respectives des autorités de concurrence et de régulation sectorielle (2).

1. La réception de l'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*

439. L'Autorité de la concurrence adopte en premier lieu l'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*. Celle-ci, particulièrement affirmée, a d'abord été posée par l'intermédiaire de son pouvoir consultatif général¹¹¹⁷ (a) puis a été reprise lors de l'exercice de son pouvoir d'avis dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés pertinents *ex ante*¹¹¹⁸ (b).

Cette réception s'explique très simplement. En effet, le modèle de l'économie des réseaux ayant pour conséquence *in fine* d'accroître les pouvoirs de l'autorité de concurrence en lui transférant les compétences des autorités de régulation sectorielle, il apparaît logique que l'autorité de concurrence exprime une préférence pour cette théorie économique qui lui est favorable.

a. Une réception affirmée lors de l'exercice du pouvoir consultatif général

440. Le Conseil de la concurrence a, de la façon la plus nette, utilisé son pouvoir consultatif général afin d'élaborer une doctrine en tous points conforme à la théorie de l'économie des réseaux. En effet, non seulement l'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex*

¹¹¹⁵ CPCE, article D.301.

¹¹¹⁶ Il existe cependant un avis du 30 septembre 2003 où le CSA fait utilisation de la notion de régulation *ex ante*. V., en faisant état, ARCEP, Décision n° 06-0160 précitée, p. 17, selon laquelle le CSA considère que « la question d'une régulation *ex ante* du segment de la diffusion des radios publiques en mode FM devrait être posée, afin de favoriser l'ouverture à la concurrence et de permettre une baisse des coûts supportés par [Radio France] ». Il est cependant difficile de démontrer quoique ce soit à partir de ce seul exemple.

¹¹¹⁷ C. Com, article L. 462-1. Il s'agit ici de son « rôle consultatif général en matière de concurrence ». V., VOGEL L., *Droit français de la concurrence*, Paris, LawLex, « JuriScience », 2006, p. 24.

¹¹¹⁸ CPCE, article L.37-10.

post est affirmée (i), mais cette hypothèse est par ailleurs considérée comme valable pour tous les secteurs régulés (ii).

i. La doctrine du caractère transitoire de la régulation *ex ante*

441. Tout d'abord, dans un avis relatif à un projet de lignes directrices s'agissant de l'homologation des tarifs de France Télécom rendu en 2001, le Conseil de la concurrence a fait pour la première fois utilisation du concept d'obligation *ex ante* et a considéré qu'un jour « *la régulation tarifaire elle-même, hors service universel, (...) pourra être abandonnée, le droit de la concurrence suffisant à assurer le fonctionnement normal du marché* »¹¹¹⁹.

442. Ensuite, dans un avis de 2003, relatif à une demande d'avis par les autorités ministérielles concernant le projet de loi relatif aux communications électroniques ayant pour objet de transposer le « *paquet réglementaire* » de 2002, le Conseil de la concurrence a montré toute l'étendue de sa réception du modèle de l'économie des réseaux¹¹²⁰. Il considéra ainsi que le nouveau cadre réglementaire devait prendre en compte le rapprochement du droit sectoriel et du droit de la concurrence, qui constitue la « *seconde étape du processus d'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques* »¹¹²¹. La « *régulation ex ante* » fut par ailleurs qualifiée de « *régime transitoire* »¹¹²², et le Conseil à cette occasion « *se félicit[a] que le caractère transitoire du régime dérogatoire de régulation ex ante soit explicitement affirmé* »¹¹²³. Dès lors, au final, les règles du droit de la concurrence sont considérées comme « *amenées à réguler à elles seules le libre jeu du marché* »¹¹²⁴.

443. Enfin, plus récemment encore, saisi par le ministre de l'économie d'une disposition de la loi relative à la modernisation de l'économie destinée à encourager le développement de la fibre optique, le Conseil a rappelé qu'il a « *toujours considéré que le développement de cette concurrence par les infrastructures était nécessaire pour réduire progressivement le champ de la régulation sectorielle, notamment ex-ante, au profit d'une seule régulation ex-post par les règles du droit commun de la concurrence* »¹¹²⁵.

444. En somme, L'Autorité de la concurrence reprend donc sans nuance le modèle de l'économie des réseaux s'agissant de la disparition de la régulation sectorielle à son profit. En

¹¹¹⁹ Avis n° 01-A-17 du Conseil de la concurrence du 6 novembre 2001 relatif à un projet de lignes directrices concernant l'homologation des tarifs de téléphonie fixe de France Télécom, p. 15.

¹¹²⁰ Avis n° 03-A-07 du Conseil de la concurrence du 21 mai 2003 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication et de la ministre déléguée à l'industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques.

¹¹²¹ *Ibid.*, § 5.

¹¹²² *Ibid.*, § 8.

¹¹²³ *Ibid.*, § 29.

¹¹²⁴ *Ibid.*, § 5.

¹¹²⁵ Cons. Conc., Avis n° 08-A-06 précité, § 3.

outre, le Conseil n'a pas hésité dans le passé pas à adopter l'hypothèse selon laquelle la théorie de l'économie des réseaux est applicable pour tous les secteurs régulés.

ii. L'applicabilité de ce schéma à l'ensemble des secteurs régulés

445. De façon plus audacieuse encore, le Conseil de la concurrence, dans son avis de 2003, n'hésite pas à suivre la logique de l'économie des réseaux lorsqu'il affirme que le « *dispositif retenu par le législateur pour accompagner cette seconde étape du processus d'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques aura, sur ce plan, valeur d'exemple pour les autres secteurs autrefois exploités par des monopoles, tels que ceux de l'énergie ou des postes, dont la première phase de libéralisation est actuellement en cours* »¹¹²⁶. Le Conseil de la concurrence adopte donc l'hypothèse que tous les secteurs d'industries de réseau seront également ouverts à la concurrence par le biais de la logique mise en place par la théorie de l'économie des réseaux.

Or, la reprise de cette hypothèse démontre bien l'étendue de la réception par l'Autorité de la concurrence du modèle de la théorie de l'économie des réseaux, dans la mesure où celle-ci est sans doute l'hypothèse la plus audacieuse de cette théorie économique. Cette réception est encore confirmée et affinée à l'occasion de la procédure d'analyse des marchés pertinents *ex ante*.

b. Une réception confirmée à l'occasion de la procédure d'analyse de la pertinence *ex ante* des marchés

446. Le Conseil de la concurrence a confirmé sa doctrine élaborée précédemment à l'occasion des procédures d'analyse des marchés pertinents *ex ante*, à la fois lorsque le marché en question est considéré comme relevant de la régulation sectorielle (i) et, de manière plus significative encore, lorsque le marché fait l'objet d'une dérégulation *ex ante* (ii).

i. La réaffirmation de la doctrine à l'occasion de la qualification de la pertinence *ex ante* d'un marché

447. Par un avis donné à l'occasion de la qualification *ex ante* du marché de la terminaison d'appel vocal, considéré comme fondateur de sa doctrine¹¹²⁷, le Conseil de la concurrence a, renvoyant à son avis de 2003¹¹²⁸, considéré que le « *rapprochement entre droit sectoriel et droit de la concurrence constitue une nouvelle étape dans un processus dont l'objectif de long terme doit rester la suppression de toute*

¹¹²⁶ Cons. Conc., Avis n° 03-A-07 précité, § 5.

¹¹²⁷ Cons. Conc., Avis n° 06-A-21 précité, § 1.

¹¹²⁸ Cons. Conc., Avis n° 03-A-07 précité.

régulation ex ante »¹¹²⁹. Le nouveau paquet réglementaire de 2002 est alors considéré comme ouvrant une « *période intermédiaire* » pendant laquelle la « *régulation ex ante* » est réservée au cas où le droit de la concurrence en lui-même ne serait pas assez efficace¹¹³⁰.

448. L'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post* a ensuite été réaffirmée à de très nombreuses reprises, par exemple lors de l'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles¹¹³¹, de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles de certaines sociétés Outre-mer¹¹³², de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles¹¹³³, etc. De ce point de vue, l'analyse des marchés des liaisons louées est particulièrement révélatrice de la transcription de l'économie des réseaux puisque le passage de la régulation sectorielle au droit commun de la concurrence est fondé sur l'émergence d'une concurrence par les infrastructures¹¹³⁴.

¹¹²⁹ Avis n° 04-A-17 du Conseil de la concurrence du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, § 5.

¹¹³⁰ *Ibid.*, § 63. Réalisant une étude complémentaire à celle de l'autorité de régulation s'agissant de la pertinence *ex ante* du marché de la terminaison d'appel vocal vers les mobiles, le Conseil de la concurrence considéra, s'agissant de l'incapacité du droit de la concurrence à remédier seul aux problèmes concurrentiels présents sur le marché, qu'en raison des caractéristiques structurelles de celui-ci, et le temps que le marché puisse trouver une solution efficace pour contourner la difficulté essentielle en cause, les « *outils de la régulation ex ante peuvent efficacement compléter, pour la gestion de cette phase, ceux de la régulation ex post* ».

¹¹³¹ Avis n° 06-A-05 du Conseil de la concurrence du 10 mars 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles, § 26. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence qualifie les marchés susceptibles de faire l'objet d'une régulation *ex ante* de marchés « *régulables* », en réaffirmant par ailleurs que « *la régulation ex ante relève, en effet, du régime de l'exception par rapport au droit commun du droit de la concurrence et doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire* ».

¹¹³² Avis n° 06-A-11 du Conseil de la concurrence du 20 juin 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles des sociétés Outre-mer Télécom et Saint Martin & Saint Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane, §6. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence a pu réaffirmer son adoption du modèle de l'économie des réseaux en soulignant le fait que « *l'une des principales particularités du cadre normatif mis en place par les directives de 2002, par rapport au cadre précédent, réside dans son caractère à la fois non automatique et adapté aux circonstances du marché et à leur évolution, non seulement en ce qui concerne les obligations imposées aux opérateurs mais aussi en ce qui concerne le principe même d'une régulation ex ante sur ce marché* ».

¹¹³³ Avis n° 07-A-05 du Conseil de la concurrence du 19 juin 2007 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles, §4. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence trouva une nouvelle occasion de réaffirmer son attachement au modèle de l'économie des réseaux. Le Conseil préconise en effet « *une réflexion stratégique sur les enjeux concurrentiels du secteur, les objectifs poursuivis et sur l'articulation entre le droit commun de la concurrence et le droit sectoriel* » qui « *doit progressivement s'effacer au profit du premier* ».

¹¹³⁴ Cons. Conc., Avis n° 06-A-10 précité. Ainsi, le Conseil de la concurrence va estimer, conformément à l'opinion de l'ARCEP (§82), que « *seule une concurrence suffisante entre les infrastructures peut permettre, à terme, de garantir l'exercice d'une concurrence effective, la réglementation ex ante ayant pour objet, à titre transitoire, de permettre la concurrence entre les services et la liberté de choix de l'acheteur mais également de favoriser les investissements de développement des infrastructures concurrentes de celles de l'opérateur historique* » (§83).

ii. Les avis rendus à l'occasion de la dérégulation *ex ante* d'un marché

449. S'agissant de l'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*, les avis intervenant à l'occasion de la dérégulation *ex ante* de certains marchés sont bien entendu particulièrement significatifs. Ainsi, dans son avis sur la décision relative à la dérégulation *ex ante* du marché des offres de gros d'accès large bande livrées au niveau national, le Conseil de la concurrence, constatant qu'il s'agissait là de la première fois que l'autorité de régulation comptait lever la régulation *ex ante* d'un marché, a estimé que « *ce projet de décision élaboré par l'ARCEP confirme ainsi dans son principe le caractère particulier et transitoire de la régulation dans le secteur des communications électroniques instituée par le nouveau cadre communautaire de 2002* »¹¹³⁵.

450. En définitive, il résulte des éléments qui précèdent que l'Autorité de la concurrence adopte sans réserve l'hypothèse selon laquelle la régulation est une fonction provisoire destinée à disparaître à son profit, réalisant ainsi une parfaite adoption de l'économie des réseaux. Par ailleurs, elle consacre une autre hypothèse fondamentale de l'économie des réseaux concernant les objectifs et les méthodes des régulations *ex ante* et *ex post*.

2. La réception des hypothèses relatives à la distinction des régulations *ex ante* et *ex post*

451. L'Autorité de la concurrence tend par ailleurs à consacrer les hypothèses de l'économie des réseaux s'agissant de la distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post* du point de vue de leurs objectifs (a) et de leurs méthodes (b) respectifs.

a. La réception des hypothèses relatives aux objectifs respectifs des régulations *ex ante* et *ex post*

452. D'une part, l'Autorité de la concurrence réalise une transcription des résultats de l'économie des réseaux s'agissant des objectifs respectifs des régulations *ex ante* et *ex post*.

Ainsi, selon les avis du Conseil de la concurrence, les autorités de régulation sectorielles ont pour objet, à la différence des autorités de concurrence, de rendre possible la concurrence d'un point de vue structurel en permettant, notamment par leurs pouvoirs en matière de fixation de prix, le développement par les infrastructures, dans les cas où les marchés continuent de pré-

¹¹³⁵ Cons. Conc., Avis n° 06-A-21 précité, § 11. Cependant, le Conseil pose quand même un certain nombre de réserves, en considérant comme nécessaire le maintien de la séparation comptable (§27) et en prévoyant la réserve des circonstances exceptionnelles (§30). Cf. *Infra*.

senter des caractéristiques liées à la présence de monopoles naturels¹¹³⁶.

Une telle solution est en parfait accord avec les résultats de l'économie des réseaux qui prévoient que la régulation *ex ante* a pour objectif d'ouvrir à la concurrence le secteur notamment par le biais de la concurrence par les infrastructures, à la différence de la régulation *ex post* qui se contente d'éviter les abus de comportement des opérateurs économiques.

b. La réception des hypothèses relatives aux méthodes respectives des régulations *ex ante* et *ex post*

453. D'autre part, l'Autorité de la concurrence réalise une transcription des résultats de l'économie des réseaux s'agissant des pouvoirs et méthodes respectifs des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle.

En premier lieu, le Conseil de la concurrence a confirmé l'idée selon laquelle la régulation sectorielle pouvait être plus efficace que le droit commun de la concurrence en ce que celle-ci intervenait *a priori* et non *a posteriori*¹¹³⁷. En second lieu, il a confirmé l'idée selon laquelle les modalités de l'intervention du Conseil de la concurrence, caractérisées par une intervention au coup par coup, ne permettaient pas d'assurer l'effectivité de la concurrence sur le marché aussi efficacement que la régulation sectorielle¹¹³⁸. En troisième lieu, il a confirmé le principe selon lequel une des différences fondamentales entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation sectorielle consiste en la faculté pour ce dernier d'agir directement sur les prix de l'accès aux éléments de réseaux¹¹³⁹. Or, cette faculté permet d'assurer l'effectivité de l'ouverture à la concurrence du secteur en offrant aux opérateurs suffisamment de visibilité dans la mise en œuvre de leurs investissements¹¹⁴⁰.

En somme, la doctrine de l'Autorité de la concurrence est tout à fait conforme du modèle de l'économie des réseaux s'agissant des méthodes respectives des régulations *ex ante* et *ex post*.

¹¹³⁶ Cons. Conc., Avis n° 05-A-10 précité, § 25. Le Conseil a considéré que les deux premiers critères de la détermination d'un marché pertinent, la présence de barrières à l'entrée d'une part et l'absence de dynamique concurrentielle d'autre part, étaient « exigés en raison du caractère monopolistique des marchés concernés et de l'insuffisance de freins à l'exercice du pouvoir de marché des opérateurs ». Cette solution fera l'objet d'une confirmation constante. Cf. *Infra*.

¹¹³⁷ Avis n° 05-A-09 du Conseil de la concurrence du 4 avril 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public en France, § 68.

¹¹³⁸ Cons. Conc., Avis n° 05-A-05 précité, § 47. Le Conseil de la concurrence admet son inefficacité relative à permettre une concurrence effective sur le marché, dans la mesure où le marché de détail se caractérise par une multitude d'offres et de tarifs dont le caractère d'atteinte grave et immédiate à la concurrence, qu'il est nécessaire de qualifier pour mettre en place des mesures conservatoires, serait difficile à prouver.

¹¹³⁹ Cons. Conc., Avis n° 05-A-10 précité. Pour l'autorité de concurrence, « lorsque l'orientation des prix vers les coûts n'est pas nécessaire à la promotion d'une concurrence non faussée sur d'autres marchés ou lorsque les conditions de marché ne permettent pas la fixation d'un prix concurrentiel, le choix d'un tel niveau de prix, parmi un ensemble de prix non excessifs, ne relève pas du rôle d'une autorité de concurrence » (§28), tandis que, « en revanche, les missions confiées par la loi à l'autorité de régulation sectorielle lui permettent de déterminer un prix non excessif, par référence à des objectifs spécifiques » (§ 29).

¹¹⁴⁰ Cons. Conc., Avis n° 07-A-01 précité, § 19 et 20 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 08-A-11 précité, § 26, 29 et 30.

454. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'Autorité de la concurrence procède à une réception absolue de l'économie des réseaux par l'intermédiaire de la doctrine qu'elle élabore pour les communications électroniques. Un tel résultat ne saurait surprendre. En effet, la logique de la théorie de l'économie des réseaux conduit à renforcer les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence au détriment des autorités de régulation sectorielle. Celle-ci se situe donc dans une logique institutionnelle visant à renforcer son autorité.

L'autorité de régulation sectorielle défend au contraire des intérêts divergents. Cela explique que si elle a d'abord repris à son compte le modèle de l'économie des réseaux, elle l'a cependant abandonné progressivement à mesure que ses missions évoluaient.

B. La réception initiale de l'économie des réseaux par l'autorité de régulation des télécommunications

455. L'ARCEP a réalisé un véritable travail doctrinal au fil des ans par l'intermédiaire de ses rapports annuels, malheureusement méconnu¹¹⁴¹. Il apparaît dans ce travail que l'élaboration par l'autorité d'une doctrine de la régulation est une question très complexe, ayant connu de nombreux changements et soubresauts. Or, il semble que l'élément principal permettant d'expliquer la fluctuation de la doctrine de l'autorité est précisément son rapport au modèle théorique de l'économie des réseaux.

De ce point de vue, on peut distinguer deux types de doctrine. D'une part, l'autorité de régulation a pu retenir certaines années une doctrine reprenant le modèle de l'économie des réseaux (1). Cependant, d'autre part, elle a retenu d'autres années une conception de sa mission plus éloignée de l'économie des réseaux, conception qui semble s'être imposée aujourd'hui (2).

1. La réception doctrinale de l'économie des réseaux

456. La réception explicite de l'économie des réseaux s'est produite par deux fois dans la doctrine de l'autorité de régulation. Tout d'abord, l'autorité de régulation a adopté sans réserve le modèle de l'économie des réseaux pendant la période allant de 1998 à 1999 (a). Ensuite, après s'en être éloignée de 2000 à 2002, elle y est revenue, poussée en cela par l'adoption du paquet Télécom de 2002 (b).

¹¹⁴¹ En application de l'article L. 36-14 CPCE, puis de l'article L. 135 CPCE depuis la loi n°2005-516 relative à la régulation des activités postales du 20 mai 2005.

a. **La réception sans réserve de l'économie des réseaux pendant la période 1998-1999**

457. Dans son rapport établi pour l'année 1998, l'autorité de régulation procède à une assimilation très nette de l'économie des réseaux.

Dès le premier paragraphe de l'introduction du rapport, l'autorité vise ce qu'elle appelle l'« économie de la régulation »¹¹⁴². Or, elle désigne en réalité par ce terme la théorie de l'économie des réseaux. En effet, elle distingue « trois phases dans le processus d'ouverture », c'est-à-dire en premier lieu la phase juridique avec la mise en place du cadre réglementaire, en deuxième lieu la phase de la régulation *ex ante* avec le « passage progressif du monopole à la concurrence » et enfin, en troisième lieu, la phase de la régulation *ex poste* avec, « à terme, le retour progressif au droit commun »¹¹⁴³. L'autorité de régulation agit bien dans le cadre de cette seconde phase¹¹⁴⁴.

En outre, le rapport développe le concept de « régulation asymétrique »¹¹⁴⁵ et insiste alors d'une part sur les caractéristiques de la régulation asymétrique¹¹⁴⁶, et d'autre part sur la question de l'articulation entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation sectorielle¹¹⁴⁷. En ce qui concerne la régulation asymétrique, celle-ci s'explique, selon l'autorité, par la situation particulière de l'opérateur dominant, qui justifie la soumission de celui-ci à des obligations spécifiques, dont les principaux éléments sont l'homologation des tarifs, l'obligation de publier un catalogue d'interconnexion et la fourniture du service universel¹¹⁴⁸. En ce qui concerne les différences entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence, le rapport considère qu'ils s'opposent par le caractère respectivement *a priori* et *a posteriori* de leurs interventions¹¹⁴⁹, par leurs différences de méthodes¹¹⁵⁰, les autorités de régulation se caractérisant par davantage de visibilité, de transparence et de concertation¹¹⁵¹.

Enfin, l'autorité de régulation affirme avec force le caractère provisoire de son intervention. Elle considère que son rôle « aura naturellement vocation à disparaître » avec le développement de la concurrence¹¹⁵², même s'il reste à ce stade absolument indispensable¹¹⁵³.

458. Le rapport de 1999 viendra confirmer, quoique laconiquement, la solution adoptée par le rapport de 1998. Ce rapport assez pauvre du point de vue doctrinal. On ne trouve qu'une men-

¹¹⁴² ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 1998, p. 5.

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 9.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 9-12.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 11-12.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 11.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 13.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

¹¹⁵² *Ibid.*, p. 12.

¹¹⁵³ *Ibid.*, pp. 100-101.

tion selon laquelle l'autorité se considère « *naturellement* » favorable au passage au droit commun de la concurrence à terme pour le secteur des communications électroniques, tout en considérant son rôle, et donc le maintien d'une régulation asymétrique, comme encore absolument nécessaire à ce stade de l'évolution concurrentielle des marchés¹¹⁵⁴.

459. Ainsi, il résulte de ce qui précède la période 1998-1999 a consacré une réception sans réserve de la théorie de l'économie des réseaux, d'autant plus significative que celle-ci a été très précoce. De ce point de vue, il faut souligner que l'intégration doctrinale de l'économie des réseaux a précédé sa consécration en droit positif par l'intermédiaire du paquet Télécom de 2002. L'autorité de régulation a donc placé très tôt son action dans le cadre d'un modèle économique déterminé. Une telle solution a été réaffirmée suite à l'adoption du paquet télécom de 2002.

b. La réception de l'économie des réseaux suite à l'adoption du paquet Télécom de 2002

460. L'adoption par l'autorité du modèle théorique de l'économie des réseaux a été réaffirmée, quoique de manière plus nuancée, suite à l'adoption du paquet Télécom de 2002.

Ainsi, le rapport établi pour l'année 2003 prend acte de l'émergence d'un nouveau cadre juridique pour la régulation du secteur des communications électroniques¹¹⁵⁵ et souligne le fait que celui-ci « *organise la transition vers l'application progressive du seul droit de la concurrence. Dès lors qu'un marché devient concurrentiel, il convient de substituer à la régulation sectorielle a priori, une régulation a posteriori par le droit de la concurrence* »¹¹⁵⁶. Le rapport de 2004 va dans le même sens, considérant que l'autorité dispose « *d'outils adaptés pour mettre en œuvre une régulation sectorielle plus dynamique, qui repose sur une analyse prospective du marché* », et que « *cette méthodologie de régulation doit permettre au marché d'évoluer progressivement vers une situation de concurrence effective et durable, dans laquelle, finalement, le droit commun de la concurrence suffira à corriger les dysfonctionnements éventuels constatés* »¹¹⁵⁷. Le rapport de 2005 pose enfin le même principe, considérant qu'il convient de poursuivre « *l'allègement de la régulation sectorielle, notamment sur les marchés de détail, au profit du droit commun de la concurrence* »¹¹⁵⁸.

En somme, suite à l'adoption du Paquet Télécom, l'autorité de régulation consacre le modèle de l'économie des réseaux. Un tel résultat apparaît tout à fait logique dans la mesure où le paquet Télécom réalise lui-même une transcription particulièrement significative de l'économie des réseaux qui conduit alors l'autorité à adopter le même cadre d'analyse¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁴ ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 1999, pp. 100-101.

¹¹⁵⁵ ART, *Rapport public d'activités*, Tome 1, 2003, p. 9 et p. 61.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 61.

¹¹⁵⁷ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, Tome 1, 2004, p. 4.

¹¹⁵⁸ ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2005, p. 5.

¹¹⁵⁹ *Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.*

461. En définitive, il résulte des éléments qui précèdent que l'autorité de régulation a consacré, à l'occasion du travail doctrinal qu'elle a effectué, la théorie de l'économie des réseaux comme modèle économique de référence. Cependant, la doctrine de l'autorité a en réalité été plus hésitante au cours du temps. Celle-ci a pu en effet, à d'autres occasions, concevoir sa mission différemment, et il semble qu'aujourd'hui sa doctrine tend à s'éloigner de l'économie des réseaux.

2. L'éloignement doctrinal de l'économie des réseaux

462. L'autorité de régulation n'a pas adopté sans aucune hésitation le modèle de la théorie de l'économie des réseaux. En effet, elle a pu défendre certaines années des conceptions strictement juridiques de la régulation, mais celles-ci ont été tenues en échec par l'économie des réseaux (a). Néanmoins, ces dernières années ont montré un éloignement semble-t-il définitif des principes établis par l'économie des réseaux, affranchissement qu'il faudra alors expliquer (b).

a. L'adoption de doctrines juridiques tenues en échec par la transcription de l'économie des réseaux

463. Certaines années, l'autorité de régulation a pu adopter des conceptions plus juridiques de l'exercice de sa mission. Cependant, celles-ci ont dû être abandonnées au profit des doctrines réalisant une transcription de l'économie des réseaux. Ce fut ainsi le cas de la doctrine initiale du rapport de l'année 1997 (i) et de celle des rapports de la période allant de 2000 à 2002 (ii).

i. La doctrine initiale du rapport de l'année 1997

464. La doctrine de 1997, qui constitue donc la doctrine initiale de l'autorité de régulation, fut une doctrine exclusivement juridique. En effet, dans ce rapport, l'autorité se donne pour mission principale de veiller au respect de la loi, tant dans sa lettre que dans son esprit, et la régulation du secteur est alors définie, assez simplement, comme « *l'application des règles du jeu* »¹¹⁶⁰.

Au contraire des principes fixés par la théorie de l'économie des réseaux, l'autorité considère même qu'« *au-delà de la période de transition vers la concurrence, la régulation se justifie également à long terme, même si elle peut prendre des formes différentes dans le temps* »¹¹⁶¹.

Ainsi, il apparaît de manière significative que la doctrine initiale de l'autorité de régulation était de nature exclusivement juridique et ne constituait donc pas la transcription d'une théorie économique. Cependant, il faut souligner qu'une telle doctrine a été immédiatement remise en cause par le rapport de 1998.

¹¹⁶⁰ ART, *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 5.

¹¹⁶¹ *Ibid.*, p. 24.

465. Cependant, postérieurement à la période allant de 1998 à 1999, l'autorité de régulation est revenue à une conception plus juridique de sa mission comme il apparaît dans les rapports publiés à partir de l'année 2000.

ii. Le retour au droit des années 2000 à 2002

466. Après l'intégration sans réserve de l'économie des réseaux dans le rapport de 1998 et sa confirmation en 1999, l'autorité de régulation est revenue à une conception moins économique et plus équilibrée de la régulation dans son rapport établi pour l'année 2000, conception confirmée laconiquement dans les rapports ultérieurs.

467. Le chapitre II du rapport de 2000, intitulé «*La régulation*»¹¹⁶², a une véritable vocation théorique. Ainsi, dans un paragraphe intitulé «*Qu'est-ce que la régulation ?*», l'ART, revenant sur la polysémie de la notion, la distinction entre la régulation et la réglementation, ou encore l'origine anglo-saxonne de la notion d'autorité de régulation, considère que la régulation, «*au sens où on l'entend lorsqu'on parle d'une autorité de régulation, désigne généralement une action publique d'ordre économique, intervenant dans un secteur économique donné*»¹¹⁶³.

L'autorité considère alors que la régulation peut s'analyser sur quatre plans, les plans juridique, économique, politique et social et enfin fonctionnel¹¹⁶⁴. Sur le plan juridique, la régulation apparaît alors comme «*l'application par l'autorité compétente des règles juridiques édictées par les pouvoirs publics*», tandis que sur le plan économique, il s'agit de «*l'établissement des conditions techniques et économiques permettant la réalisation des objectifs définis par la politique publique - en l'espèce, il s'agit principalement de la concurrence - par des interventions a priori et a posteriori dans le fonctionnement de l'économie ou du secteur*»¹¹⁶⁵. Sur le plan politique et social, l'autorité prend en charge des fonctions spécifiques comme le respect du pluralisme ou le service public¹¹⁶⁶. Enfin, sur le plan fonctionnel, c'est l'indépendance, les compétences et le fonctionnement de l'autorité indépendante qui donnent à la régulation sa spécificité¹¹⁶⁷.

En outre, d'autres parties du rapport confirment cette prise de distance vis-à-vis de l'économie des réseaux. Le cadre réglementaire est ainsi qualifié de «*re-réglementation*»¹¹⁶⁸ et non de déréglementation. Il est aussi souligné l'accent mis sur la conciliation de la concurrence avec le service public, l'aménagement du territoire, l'innovation, la compétitivité et l'emploi¹¹⁶⁹. Enfin, le rapport pose le principe selon lequel «*la fonction de la régulation*» apparaît comme «*le point de ren-*

¹¹⁶² ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2000, p. 72.

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 73.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 73-74.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 74.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 89 et s.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 74-76.

contre entre la liberté d'entreprise laissée aux acteurs économiques et la réalisation des objectifs de la politique publique »¹¹⁷⁰.

468. Or, une telle conception de la régulation s'écarte très nettement du modèle de l'économie des réseaux, tant du point de vue des objectifs poursuivis, puisque s'ajoutent aux objectifs purement économiques des objectifs politiques et sociaux, que du point de vue des méthodes mises en œuvre, puisqu'il est admis que l'autorité de régulation peut intervenir *a priori* mais aussi *a posteriori*. La doctrine établie pour l'année 2002 apparaît donc de nature plus juridique, ce qui conduit l'autorité à se placer en contrariété avec le modèle théorique de l'économie des réseaux. De ce point de vue, elle opère un changement radical vis-à-vis du rapport établi pour l'année 1998.

Cet éloignement de la théorie de l'économie des réseaux consacré par le rapport de 2000 sera par la suite confirmé par les rapports des années 2001¹¹⁷¹ 2002¹¹⁷² quoique ceux-ci n'opèrent pas d'effort doctrinal particulier, confirmant implicitement les prises de position précédentes.

469. En définitive, l'étude du rapport de 2000 est tout à fait significative dans la mesure où apparaît, de manière structurée, une doctrine juridique de la régulation s'éloignant très nettement de l'économie des réseaux dont la transcription avait pourtant été réalisée précédemment.

Néanmoins, cet effort de construction doctrinal sera remis en cause suite à l'adoption du paquet Télécom, qui a conduit l'autorité de régulation à revenir, dans ses rapports allant de 2003 à 2005, à une conception plus proche de l'économie des réseaux¹¹⁷³. À l'instar de la doctrine initiale de 1997, la doctrine juridique de 2000 a donc été mise en échec par le processus de transcription de l'économie des réseaux, provenant cependant cette fois plus du droit communautaire que de l'autorité de régulation elle-même.

470. Toutefois, il semble que la mise en échec des doctrines juridiques par l'économie des réseaux ait aujourd'hui atteint sa limite dans la doctrine de l'autorité de régulation. En effet, depuis 2006, cette dernière s'est semble-t-il stabilisée autour d'une conception de la régulation réalisant un dépassement définitif de cette théorie économique.

b. Le dépassement définitif de l'économie des réseaux

471. Le rapport de 2006 procède à une véritable analyse doctrinale dans la mesure où l'autorité y réalise un bilan de son activité depuis 1997. L'autorité y considère certes que « *la perspective d'un effacement progressif de la régulation sectorielle au profit du droit de la concurrence n'est plus utopique à terme* »¹¹⁷⁴.

¹¹⁷⁰ ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2000, p. 89.

¹¹⁷¹ ART, *Rapport public d'activités*, Tome 1, 2001, pp. 103-105.

¹¹⁷² ART, *Rapport public d'activités*, Tome 1, 2002, 71 p.

¹¹⁷³ Cf. *Supra*.

¹¹⁷⁴ ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, Tome 1, 2006, p. 5.

Néanmoins, elle procède à un dépassement de l'économie des réseaux en posant des principes nouveaux en contradiction frontale avec celle-ci.

472. Ainsi, l'autorité de régulation considère que la régulation continuera de s'appliquer pour les marchés de gros. En outre, concernant les marchés de détail, elle pose le principe selon lequel, en toute hypothèse, « *allègement de la régulation ne signifie pas absence de régulation !* », mettant alors en avant les mécanismes de gestion des fréquences et de la numérotation, le service universel, ou encore la protection des consommateurs¹¹⁷⁵.

Cela conduit alors l'autorité à conceptualiser cette nouvelle acception de la régulation sous le terme de « *régulation symétrique* », qui s'oppose à la seule régulation asymétrique caractéristique de l'économie des réseaux précédemment consacrée. Ainsi l'autorité considère que d' « *une façon générale, l'action de l'Autorité relèvera de plus en plus d'une régulation symétrique, c'est-à-dire que les règles mises en place s'appliqueront de la même manière à tous les acteurs du marché, et non plus au seul opérateur historique ou aux acteurs "dominants" sur un segment de marché* », cette nouvelle régulation se justifiant notamment par la poursuite des objectifs de protection et d'information du consommateur¹¹⁷⁶, à travers des mesures comme la portabilité du numéro, la surveillance des tarifs, le suivi des clauses contractuelles et de la qualité, etc.¹¹⁷⁷.

En somme, le rapport de 2006 consacre une conception de la régulation qui non seulement s'oppose à la conception de l'économie des réseaux, mais semble bien la dépasser définitivement, tant en ce que la régulation devient une fonction pérenne qu'en ce qu'elle se justifie désormais par des objectifs économiques mais également extra-économiques. Or, cette conception ne semble cette fois plus mise en échec par la transcription de l'économie des réseaux ainsi que le démontrent les rapports postérieurs, qui confirment, sans toutefois le développer autant, le concept de régulation symétrique¹¹⁷⁸.

473. En définitive, ainsi que le pose en principe le rapport de 2007, « *ouvrir un marché monopolistique à la concurrence n'était qu'une première étape, relativement aisée au vu des nouveaux défis qui attendent le régulateur* »¹¹⁷⁹. C'est donc cet éloignement progressif du modèle de l'économie des réseaux qu'il s'agit désormais d'analyser et d'expliquer, par l'étude des limites de la transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation.

¹¹⁷⁵ ARCEP, *Rapport public d'activités*, Tome 1, 2006, p. 6.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 226.

¹¹⁷⁸ *V.*, sans qu'un effort de conceptualisation pareil à celui effectué dans le rapport de 2006 ne soit réalisé, ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2007, p. 4 et p. 221 ; *Adde* ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2008, p. 164, et p. 265 ; *Adde* ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2009, pp. 20, 75 et 77.

¹¹⁷⁹ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2007, p. 4.

Conclusion du Chapitre 2nd

474. Le processus de transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation a donc une double portée, technique et théorique. D'une part, il conduit l'économie des réseaux à devenir le modèle structurant du droit des communications électroniques. D'autre part, il conduit la doctrine à définir la régulation conformément au modèle de l'économie des réseaux.

En premier lieu, l'analyse permet de démontrer la portée technique de la transcription en droit du modèle de l'économie des réseaux, puisqu'il apparaît que le droit des communications électroniques réalise une transposition fidèle des notions dégagées et des régimes proposés par cette théorie économique. Du point de vue notionnel, la régulation sectorielle consiste principalement à mettre en œuvre la régulation dite *ex ante*, dont le champ d'application est pensé conformément aux principes de l'économie des réseaux. Notamment, le droit positif vient transcrire l'objectif du passage progressif d'une régulation *ex ante* à une régulation *ex post*. Du point de vue des régimes retenus par le droit positif, ceux-ci consistent très largement en la mise en place des dispositifs proposés par l'économie des réseaux en termes de séparation comptable, d'accès aux réseaux, d'obligations de transparence et de contrôle des prix, etc. L'économie des réseaux constitue donc la matrice du droit des communications électroniques. Or, de telles conséquences techniques ne pouvaient être dénuées de portée théorique.

En second lieu, en effet, l'analyse permet de démontrer la portée théorique de la transcription en droit de l'économie des réseaux, puisqu'une part importante de la doctrine définit la régulation conformément au modèle proposé par cette théorie économique. Tout d'abord, c'est le cas d'une part importante de la doctrine universitaire, qui définit alors la régulation comme une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau, certains auteurs faisant même de la régulation ainsi définie une fonction administrative. On trouve également une réception de l'économie des réseaux à travers l'intégration en droit des notions de régulation *ex ante* et de régulation *ex post*, la régulation étant ramenée à l'idée de régulation *ex ante*. Ensuite, c'est également le cas d'une part de la doctrine institutionnelle, notamment celle de l'Autorité de la concurrence qui a repris sans nuance cette théorie économique, sans doute parce qu'elle y est directement intéressée. L'autorité de régulation des communications électroniques et des postes connaît quant à elle une doctrine plus fluctuante, et si le modèle de l'économie des réseaux a été adopté sans réserve en 1998 puis repris, dans une moindre mesure, en 2002, il apparaît que les travaux les plus récents marquent un certain éloignement vis-à-vis de cadre théorique.

En définitive, l'étude permet de démontrer que l'analyse économique du droit a réussi à structurer le système juridique jusqu'à définir la régulation en droit. L'émergence récente de certaines réserves, notamment dans la doctrine de l'autorité de régulation, conduit cependant à s'interroger sur les limites de la transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation.

Conclusion du Titre 1^{er}

475. L'étude permet donc de démontrer que l'analyse économique du droit, prise notamment dans sa branche spécialisée de l'économie des réseaux, a eu et continue d'avoir une influence extrêmement forte en droit de la régulation. Ce dernier semble alors, au regard des éléments qui précèdent, permettre la démonstration même de la normativité de l'analyse économique du droit dans le système juridique.

En effet, le renouveau du débat relatif à la régulation en droit dans les années 1990, lié à l'ouverture à la concurrence des industries de réseau, trouve sa genèse dans l'évolution de la théorie économique, qui a elle-même conduit ensuite à l'évolution du droit positif. Ainsi, c'est bien l'analyse économique du droit qui a remis en cause l'analyse en termes de monopole naturel portée par l'économie du bien-être, avant de faire sienne les développements de l'économie des réseaux qui propose l'ouverture à la concurrence de ces industries grâce à l'action transitoire d'une régulation *ex ante*. Or, les analyses de l'économie des réseaux ont fait l'objet d'une transcription progressive en droit positif, au moins en ce qui concerne le droit de la régulation des communications électroniques, en droit communautaire d'abord, puis en droit interne, notamment par l'action de l'Autorité de régulation. Or, le droit des communications électroniques est souvent considéré comme précurseur en matière d'ouverture à la concurrence des industries de réseau, et à ce titre est susceptible d'inspirer les solutions adoptées dans les autres secteurs concernés.

Ce processus de transcription progressive de l'analyse économique du droit par le système juridique a alors conduit le droit de la régulation à se structurer autour du modèle de l'économie des réseaux. En effet, le droit des communications électroniques apparaît aujourd'hui très largement conçu conformément au modèle de l'économie des réseaux. Du point de vue notionnel, la conception de la régulation qu'il adopte est celle de la régulation *ex ante*, tandis que le régime qu'il met en place suit le programme normatif de cette théorie économique. Or, en ce que le droit des communications électroniques est très souvent considéré comme ayant une vocation à la généralisation, cette structuration conduit une partie de la doctrine à définir la régulation conformément au concept de régulation *ex ante* de l'économie des réseaux. La régulation est ainsi définie comme une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau, conception que certains auteurs vont même jusqu'à porter au rang de fonction administrative. La portée de cette dernière acception est alors considérable, puisqu'elle signifie que l'une des notions les plus fondamentales du droit administratif résulte directement de l'analyse économique du droit.

Dans cette optique, le droit de la régulation n'est donc finalement qu'une théorie économique appliquée, consacrant l'objectif ultime des partisans de l'analyse économique du droit. Cependant, une telle position ne résiste pas à une analyse plus fine du droit positif et de son évolution, puisqu'il est possible de démontrer qu'il existe de très nombreuses limites à la transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation.

Titre 2nd

Les limites de la transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation

476. Le droit de la régulation des communications électroniques semble donc, au regard des éléments qui précèdent, avoir réalisé une véritable transcription de l'analyse économique du droit, prise en sa branche de l'économie des réseaux. Cette transcription a alors conduit le droit positif à se structurer autour des principes de cette théorie économique et la doctrine à définir la régulation dans le sens du concept de régulation *ex ante*.

477. C'est en tout cas ce qu'il ressort de l'étude du discours du droit positif et de la doctrine¹¹⁸⁰. Discours, parce qu'il reste, sans remettre en cause le fait que le régime du droit des communications électroniques s'articule bien autour du modèle de l'économie des réseaux, que certaines hypothèses fondamentales de celui-ci, et notamment celle de la disparition de la régulation *ex ante* au profit de la régulation *ex post*, relèvent largement de l'ordre du discours : exposé des motifs des directives, *soft law* de la Commission, avis de l'Autorité de la concurrence, rapports de l'ARCEP, définitions universitaires, etc.¹¹⁸¹. Il y a donc dans cette transcription une large part de doctrine.

478. Or, il existe une différence fondamentale de niveau entre l'ordre du discours et de la représentation des choses, niveau auquel se situe autant la théorie économique que l'expression des intentions du législateur communautaire, les représentations qu'ont les autorités de régulation de leur mission ou les définitions établies par la doctrine universitaire, d'une part, et l'ordre du droit positif et de son application aux choses, d'autre part. Théorie économique et droit positif ne se situent donc pas au même niveau cognitif¹¹⁸².

De cette différence peut résulter une discordance entre le discours économique sur le droit et le droit lui-même, en tant qu'il s'applique aux choses et évolue en fonction de cela. De ce point de vue, la conscience que le droit positif est structuré en fonction d'une théorie économique particulière, et donc sur une représentation intellectuelle donnée et contestable des choses, permet de prendre du recul par rapport à cette dernière, et donc d'éviter de prendre pour argent comptant les hypothèses et les résultats portés à première vue par le discours à l'œuvre en droit

¹¹⁸⁰ V., pour l'utilisation du terme de discours, MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 31 et 38.

¹¹⁸¹ Cf. *Partie 1, Titre 1*.

¹¹⁸² LE BERRE C., *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université Paris X Nanterre, 2006, p. 9.

des communications électroniques¹¹⁸³. Ainsi, la différence de niveau cognitif entre la théorie économique et le droit explique que la transcription initiale en droit d'une théorie économique particulière puisse, finalement, ne pas résister à son application concrète à la réalité sur le long terme. Or, c'est exactement ce qu'il s'est produit en droit de la régulation.

479. En effet, le constat de la transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation doit être largement nuancé au regard d'une analyse plus fine du droit positif et de l'étude de son évolution au cours du temps.

Certes, le droit des communications électroniques se structure encore et par principe autour de la théorie de l'économie des réseaux, et celle-ci continue donc d'avoir une très grande importance puisqu'elle est à l'origine de procédures parmi les plus importantes de la régulation des communications électroniques. Néanmoins, il semble que le droit des communications électroniques ne cesse de s'éloigner toujours davantage de ce modèle, transformant progressivement au contact de la réalité les données initiales qui résultaient de la transcription dans le système juridique de la théorie économique.

Ainsi, la plupart des hypothèses de l'économie des réseaux se trouvent contredites en droit positif, qu'il s'agisse de la disparition du monopole naturel, de la banalisation de la régulation des ressources rares, de l'existence d'un effet de club, etc. (Chapitre 1^{er}). La remise en cause de ces hypothèses conduit nécessairement à l'affranchissement du droit positif vis-à-vis des résultats de l'économie des réseaux, qu'il s'agisse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*, ou plus généralement des concepts de régulation *ex ante* et *ex post* au sens où l'économie des réseaux les entend. L'absence de transcription des résultats de l'économie des réseaux en droit de la régulation implique alors son incapacité à imposer la régulation *ex ante* comme définition de la régulation en droit. La régulation n'est donc pas une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseaux (Chapitre 2nd).

¹¹⁸³ Cf. *Contra* GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, Thessalonique, Athènes, Bruxelles, Éditions Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2010, 1097 p. Cet auteur reprend dans sa thèse l'hypothèse du passage du droit de la régulation sectorielle au droit commun de la concurrence et arrive donc à un résultat opposé à celui présenté ici. *V.*, cependant, dans le même sens que la présente thèse, GUENOD C., *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel. Modèles communautaire et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit, Université Paris – Dauphine, 2009, pp. 499-536.

Chapitre 1^{er}

Les limites de la transcription des hypothèses de l'économie des réseaux en droit de la régulation

480. L'économie des réseaux, comme toute théorie économique, se fonde sur des hypothèses qui surdéterminent les résultats obtenus. Ainsi, l'économie des réseaux, d'une part nie l'existence des monopoles naturels¹¹⁸⁴ et prône la concurrence par les infrastructures¹¹⁸⁵, et d'autre part considère qu'il existe une externalité positive caractéristique des réseaux, l'effet de club, qui permet d'assurer un fonctionnement auto-concurrentiel des marchés¹¹⁸⁶. Les résultats de l'économie des réseaux, et notamment le passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*, dépendent donc de la validité de ces hypothèses.

Dès lors, pour que l'économie des réseaux puisse valablement définir ce que devrait être la régulation en droit, ces hypothèses devraient être également consacrées par le droit de la régulation, conformément à ce que laisse entendre le discours du droit positif.

481. Or, une analyse fine du droit positif des communications électroniques et de son évolution, c'est-à-dire non réduite à l'étude superficielle du discours consacrant la transcription de l'économie des réseaux en droit, démontre que la transcription des hypothèses de cette théorie économique est en réalité limitée.

D'une part, la principale hypothèse de l'économie des réseaux, à savoir la négation du monopole naturel du fait du développement technologique, semble remise en question en droit positif (Section I). D'autre part, ce dernier continue de consacrer le caractère spécifique des communications électroniques du point de vue de la mise en œuvre de politiques publiques, en raison des autres particularités économiques et non économiques du secteur (Section II).

Section I. La consécration juridique du maintien du monopole naturel

482. L'économie des réseaux a pour hypothèse fondamentale le dépassement du monopole naturel. Pourtant, cette hypothèse n'est pas transcrite en droit positif, ce qui implique le maintien et l'élargissement de la régulation *ex ante*¹¹⁸⁷. D'une part, la reconnaissance juridique du monopole naturel continue de fonder le principe de la régulation *ex ante* des marchés (§1). D'autre part,

¹¹⁸⁴ CURIEN N., *Économie des réseaux*, Paris, La découverte, « Repères », 2005, p. 46.

¹¹⁸⁵ FLACHER D., JENNEQUIN H., LORENZI J.-H., « Innovation, investment and Regulation: What are the options for Regulation in the near future ? », *Communications & strategies*, n°64, 2006, p. 2.

¹¹⁸⁶ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 9-14.

¹¹⁸⁷ Pour une analyse critique V., GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, Thessalonique, Athènes, Bruxelles, Éditions Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2010, p. 177 et s.

l'hypothèse du monopole naturel se maintient malgré le mouvement apparent de dérégulation *ex ante* de certains marchés (§2).

§1. Le monopole naturel comme critère du marché pertinent *ex ante*

483. La reconnaissance par le droit positif du monopole naturel dans le cadre de la pertinence *ex ante* des marchés peut être démontrée *rationae materiae* (A) et *rationae personae* (B).

A. Le critère du monopole naturel *rationae materiae*

484. Les réseaux de communications électroniques continuent de présenter des caractéristiques de monopoles naturels. C'est notamment le cas de l'accès et du départ d'appel (1) et de la terminaison d'appel (2).

1. Le monopole naturel de l'accès et du départ d'appel

485. Les marchés de gros de l'accès et du départ d'appel de la téléphonie fixe¹¹⁸⁸, ainsi que le marché de l'accès et du départ en ce qui concerne l'accès à internet¹¹⁸⁹ sont des marchés toujours considérés comme pertinents *ex ante*. L'accès et le départ d'appel continuent donc d'être régulés *ex ante*, à l'exception notable de l'accès et du départ d'appel mobile¹¹⁹⁰. Or, le maintien de cette régulation est lié au caractère de monopole naturel de la boucle locale en cuivre (a). Par ailleurs, contrairement aux hypothèses de l'économie des réseaux, l'existence de ce monopole naturel ne semble pas pouvoir être remise en cause par le développement technologique qui conduit au contraire à la reconstitution de ces monopoles naturels (b).

a. Le monopole naturel de la boucle locale en cuivre

486. Du point de vue du départ d'appel, tant l'autorité de régulation (i) que l'autorité de concurrence, par le biais de la qualification de facilité essentielle (ii), ont considéré que la boucle locale était un monopole naturel.

¹¹⁸⁸ Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2007/879/CE, marché n°2.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, marchés n°4 et n°5.

¹¹⁹⁰ *Ibid.* Cf. *Infra*.

i. La qualification de monopole naturel par l'autorité de régulation

487. Dans sa première décision d'analyse de l'ensemble des marchés pertinents de la téléphonie fixe rendue en 2005¹¹⁹¹, l'ARCEP a considéré qu'il fallait réguler *ex ante* le marché du départ d'appel en raison des « fortes barrières à l'entrée du marché », des « effets d'échelle importants », et de la grande difficulté, « techniquement et économiquement », de « dupliquer la boucle locale »¹¹⁹², en raison notamment des importants coûts irrécupérables liés au génie civil¹¹⁹³. Cette analyse a été systématiquement reprise ultérieurement¹¹⁹⁴, consacrée de nouveau à l'occasion du second cycle d'analyse des marchés pertinents tant par la Commission européenne¹¹⁹⁵ que par l'autorité de régulation¹¹⁹⁶, puis encore, très récemment, confirmée à l'occasion du troisième cycle d'analyse¹¹⁹⁷.

488. En outre, cette analyse a été confirmée s'agissant de la qualification *ex ante* des marchés de l'accès à internet. En effet, selon la Commission, l'accès à internet s'appuie sur la boucle locale, qui constitue une barrière à l'entrée ne permettant pas d'envisager une évolution vers une situation de concurrence¹¹⁹⁸. L'ARCEP a confirmé cette analyse, tant à l'occasion du premier¹¹⁹⁹ et du second cycle d'analyse¹²⁰⁰, qu'à l'occasion, très récemment, du troisième cycle d'analyse des mar-

¹¹⁹¹ Décision n° 05-0571 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 19 en ce qui concerne les marchés de détail et p. 37 en ce qui concerne les marchés de gros.

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 28. Ainsi, l'autorité a repris la qualification du Conseil de la concurrence en qualifiant la boucle locale de France Télécom de « facilité essentielle », constitutive de fortes barrières à l'entrée et obstacle à la dynamique concurrentielle du secteur, l'accès à la boucle étant « indispensable pour l'activité de tout opérateur de communications électroniques ».

¹¹⁹⁴ *V.*, par exemple Décision n° 06-0840 de l'Arcep en date du 28 septembre 2006 portant modification de la décision n° 05-0571 du 27 septembre 2005 d'analyse des marchés de la téléphonie fixe, p. 7 ; *Adde* Décision n° 07-0636 de l'Arcep en date du 26 juillet 2007 portant modification de la décision n° 05-0571 en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, pp. 10-11 et p. 25.

¹¹⁹⁵ Explanatory note accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronics communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21 EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications network and services (Second Edition), C(2007) 5406, p. 24 pour le marché de la terminaison d'appel vocal et p. 25, pour le marché du départ d'appel.

¹¹⁹⁶ Décision n° 2008-0896 de l'Arcep en date du 29 juillet 2008 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, p. 29.

¹¹⁹⁷ Décision n° 2011-0926 de l'Arcep en date du 26 juillet 2011 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, p. 34.

¹¹⁹⁸ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 31.

¹¹⁹⁹ Décision n° 05-0275 de l'Autorité de régulation des télécommunication en date du 19 mai 2005 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès dégroupé à la boucle locale cuivre et à la sous-boucle locale cuivre et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché, p. 9. L'autorité qualifie notamment de « quasi-nulles » les perspectives d'évolution vers une situation de concurrence effective.

¹²⁰⁰ Décision n° 2008-0835 de l'Arcep en date du 24 juillet 2008 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, pp. 23-24.

chés pertinents de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire¹²⁰¹.

489. En somme, il apparaît indiscutablement que les caractéristiques ainsi décrites de la boucle locale correspondent à la définition du monopole naturel. Or, l'existence d'un monopole naturel, justifiant le maintien de la régulation *ex ante*, est en contradiction avec le modèle de l'économie des réseaux. Le Conseil de la concurrence a pourtant réalisé la même analyse.

ii. La qualification de monopole naturel par le Conseil de la concurrence

490. Le Conseil de la concurrence a très tôt réalisé une analyse similaire. Ainsi, dès 1999, le Conseil a considéré que France Télécom détenait « avec son réseau téléphonique, un quasi-monopole de l'accès aux clients finals »¹²⁰². Également, il a estimé que la « situation de monopole de fait dont dispose France Télécom sur la boucle locale ne semble pas permettre aux autres opérateurs de télécommunication de proposer directement un service concurrent de celui développé par France Télécom »¹²⁰³. Cette position fut réitérée et renforcée en 2000, le Conseil de la concurrence ayant enjoint France Télécom à proposer à ses concurrents une offre d'accès au réseau du fait de l'existence d'« infrastructures détenues en quasi-monopole »¹²⁰⁴. D'autres décisions ultérieures ont confirmé cette analyse¹²⁰⁵.

491. À partir de 2004, le Conseil de la concurrence adopta, en lieu et place de la terminologie de « monopole », la notion de « facilité essentielle », précédemment dégagée¹²⁰⁶, pour qualifier la boucle

¹²⁰¹ Décision n° 2011-0668 de l'Arcep en date du 14 juin 2011 portant sur la définition du marché de gros pertinent des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, pp. 28-29.

¹²⁰² Décision n° 99-MC-06 du Conseil de la concurrence du 23 juin 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe, p. 4.

¹²⁰³ Avis n° 99-A-10 du Conseil de la concurrence du 20 juillet 1999 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications concernant la création d'un service dénommé " Portail Vocal " par France Télécom, p. 10.

¹²⁰⁴ *V.*, Décision n° 00-MC-01 du Conseil de la concurrence du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau, p. 4. France Telecom ne se conforma pas à cette obligation et fut, par une décision n° 04-D-18 du Conseil de la concurrence du 13 mai 2004 concernant l'exécution de la décision n° 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau, condamnée au paiement d'une sanction pécuniaire de 20 millions d'euros., *V.*, pour une confirmation, Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 30 mars 2000 relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 2000-MC-01 du Conseil de la concurrence en date du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau.

¹²⁰⁵ Décision n° 01-D-46 du Conseil de la concurrence du 23 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999. *V.*, aussi Décision n° 02-MC-03 du Conseil de la concurrence du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France. Cette dernière décision a d'ailleurs été confirmée par la Cour d'appel de Paris. *V.*, Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 avril 2002 relatif au recours formé par la SA France Télécom contre la décision n° 02-MC-03 du Conseil de la concurrence en date du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France, selon lequel il existe un risque de voir se constituer « un quasi-monopole pour la fourniture d'accès à Internet haut débit ».

¹²⁰⁶ Avis n° 02-A-08 du Conseil de la concurrence du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse.

locale¹²⁰⁷. Cette qualification sera par la suite confirmée à de nombreuses reprises¹²⁰⁸. Or les conditions de mise en œuvre de cette théorie, à savoir le caractère indispensable de l'utilisation de la facilité ainsi que l'impossibilité de la reproduire dans des conditions économiques raisonnables, la rapprochent largement d'une forme de monopole naturel¹²⁰⁹.

492. Ainsi, la boucle locale constitue bien un monopole naturel, empêchant alors que les marchés de l'accès et du départ d'appel puissent faire l'objet d'une dérégulation *ex ante*. De ce point de vue, il semble que le modèle de l'économie des réseaux soit remis en cause. Par ailleurs, il est plus significatif encore de noter que, loin de permettre le dépassement du monopole naturel, le progrès technologique peut au contraire conduire à sa reconstitution.

b. L'impossible dépassement technologique du monopole naturel

493. Certains économistes critiquent l'hypothèse de disparition de tous les monopoles naturels du fait du développement des technologies alternatives, fixes comme mobiles¹²¹⁰. Ils continuent donc de plaider pour l'intervention d'un régulateur sur le fondement des défaillances de marché que constituent le monopole naturel¹²¹¹ et l'existence de biens publics ou semi-publics, à l'instar de la boucle locale, du spectre hertzien ou de la numérotation¹²¹².

Or, le droit positif va plutôt dans le sens de ces économistes puisqu'il ne transcrit pas l'hypothèse selon laquelle le développement technologique permettrait de dépasser le monopole naturel. En effet, le développement technologique n'empêche pas le maintien de maillons de monopole naturel sur les réseaux (i) et, au contraire, le monopole naturel peut parfois se reconstituer dans le cadre des technologies nouvelles (ii).

¹²⁰⁷ *V.*, par exemple Avis n° 04-A-01 du Conseil de la concurrence du 8 janvier 2004 relatif à une demande d'avis de l'Association française des réseaux et services de télécommunications (AFORS) sur les principes généraux des relations contractuelles entre les utilisateurs et les différents acteurs du dégroupage, § 30.

¹²⁰⁸ Avis n° 05-A-03 du Conseil de la concurrence du 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, § 26 ; *Adde* Avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-09 du 05 juin 2008 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit, § 30.

¹²⁰⁹ *Cf. Infra.*

¹²¹⁰ GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 107 ; *Adde* CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, Paris, Economica, « Nouvelles technologies de l'information et de la Communications », 2004, p. 123.

¹²¹¹ CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, pp. 81-86 et pp. 104-106 ; *Adde* FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, Paris, Economica, 2007, p. 245.

¹²¹² FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, p. 21 et s. ; CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, pp. 53-106.

i. Le maintien du monopole naturel malgré le développement technologique

494. D'une part, le développement technologique ne remet pas en cause l'existence de maillons de monopole naturel sur le réseau, qui continuent de contraindre les marchés. On le constate en matière de départ d'appel fixe comme en matière d'accès internet.

495. En premier lieu, on peut noter que le monopole naturel ne peut être dépassé concernant le seul départ d'appel de la téléphonie fixe, car il n'est pas assez rentable de développer des réseaux à cette seule fin¹²¹³, comme l'a confirmé en juillet 2011 l'ARCEP au cours du troisième cycle d'analyse de la pertinence *ex ante* de ce marché¹²¹⁴. Il s'agit donc d'une première limite au modèle de l'économie des réseaux, même si celle-ci est, certes, assez marginale.

496. En deuxième lieu, le monopole naturel ne peut être dépassé s'agissant du marché de l'accès à internet. De ce point de vue, il faut distinguer deux marchés. Il s'agit, d'une part, du marché de la fourniture en gros d'accès physique à l'infrastructure du réseau¹²¹⁵, et, d'autre part, du marché de la fourniture en gros d'accès large bande¹²¹⁶.

497. D'une part, le marché de la fourniture en gros d'accès physique à l'infrastructure du réseau est particulièrement concerné par le changement technologique, ainsi que le démontre le changement de nom dont il a fait l'objet entre la recommandation de 2003 et celle de 2007. Dans la recommandation de 2003, ce marché était nommé « *marché de la fourniture en gros (y compris l'accès partagé) d'accès dégroupé aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux* »¹²¹⁷. Dans la recommandation de 2007, ce marché est désormais dénommé « *fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau (y compris l'accès partagé ou totalement dégroupé) en position déterminée* »¹²¹⁸. Or, ce changement de dénomination s'explique par l'émergence de technologies alternatives à la boucle locale¹²¹⁹. Concrètement, ce marché couvre aujourd'hui non seulement la boucle locale mais également l'accès aux infrastructures de génie civil de la boucle locale et les offres passives de mise à disposition de fibre optique¹²²⁰.

¹²¹³ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 26.

¹²¹⁴ ARCEP, Décision n° 2011-0926 précitée, pp. 29-31.

¹²¹⁵ Recommandation 2007/879 précitée, marché n°4. Auparavant, Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2003/311/CE, marché n°11.

¹²¹⁶ Recommandation 2007/879 précitée, marché n°5. Auparavant, recommandation 2003/311 précitée, marché n°12.

¹²¹⁷ Recommandation 2003/311 précitée, marché n°11.

¹²¹⁸ Recommandation 2007/879 précitée, marché n°4.

¹²¹⁹ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 32.

¹²²⁰ ARCEP, Décision n° 2008-0835 précitée, p. 7 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2011-0668 précitée, p. 29. Les autres technologies sont considérées comme relevant du « *marché de la fourniture en gros d'accès large bande* », qui, dans la formulation française, devient le marché des « *offres haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational* », étudié ci-dessous. *Cf. Infra.*

La question fondamentale est alors celle de savoir si ce développement technologique peut permettre le dépassement du monopole naturel. Or, la réponse à cette question est négative, ce qui continue de justifier la régulation *ex ante* de ce marché¹²²¹, comme l'a d'ailleurs confirmé en juin 2011 l'ARCEP à l'occasion du troisième d'analyse des marchés pertinents *ex ante*¹²²², pour les raisons suivantes.

Tout d'abord, les systèmes alternatifs comme les boucles locales radio, les systèmes audiovisuels numériques et les systèmes de transmission de communications par voie électrique, n'imposent en pratique aucune contrainte sur les opérateurs de boucle locale, pour des raisons quantitatives¹²²³ mais également, et surtout, pour des raisons qualitatives, ces systèmes ne permettant pas à l'opérateur concurrent d'offrir des offres différenciées et donc de mettre en œuvre une véritable concurrence à la différence du dégroupage¹²²⁴.

Ensuite, la technologie câblée ne permet pas de dépasser le problème du monopole naturel dans la mesure où il est impossible de procéder à un dégroupage des câbles¹²²⁵. Dès lors, loin de permettre l'extinction du monopole naturel, le recours aux technologies câblées tend au contraire à les reconstituer¹²²⁶.

Enfin, la technologie de la fibre optique, qui représente l'avenir du secteur de l'accès à l'internet fixe¹²²⁷, ne permet pas de contourner certains maillons de monopole naturel. En effet, la mise en œuvre de réseaux de fibre optique n'est possible qu'à la condition d'avoir accès aux infrastructures de génie civil, c'est-à-dire aux fourreaux de France Télécom, qui sont considérés comme des monopoles naturels et qui font donc l'objet d'une régulation *ex ante*¹²²⁸, position qui a été récemment adoptée par la Commission européenne dans le cadre de la recommandation NGA relative aux réseaux de nouvelle génération adoptée fin 2010¹²²⁹ et qui a été confirmée très récemment par l'AREP au cours du troisième cycle d'analyse des marchés pertinents¹²³⁰. En outre, l'accès aux infrastructures de génie civil a également été accordé récemment sur le fondement du pouvoir de règlement de différend¹²³¹, solution qui a été confirmée par la Cour d'Appel de Pa-

¹²²¹ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, pp. 31-32. Cette position a été confirmée par l'autorité de régulation (ART, Décision n° 05-0275 précitée, pp. 5-6) et par l'autorité de concurrence (V., Cons. Conc., Avis n° 05-A-03 précité, § 43 et 45 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 08-A-09 précité, § 16).

¹²²² ARCEP, Décision n° 2011-0668 précitée.

¹²²³ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 32 ; *Adde* ART, Décision n° 05-0275 précitée, p. 6.

¹²²⁴ ARCEP, Décision n° 2008-0835 précitée, p. 13.

¹²²⁵ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, pp. 31-32 et pp. 34-35 ; *Adde* ART, Décision n° 05-0275 précitée, p. 5 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0835 précitée, p. 13 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 08-A-09 précité, § 17.

¹²²⁶ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 18.

¹²²⁷ *Ibid.*, pp. 32-33 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0835 précitée, p. 6 et p. 8.

¹²²⁸ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 17 et p. 32 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0835 précitée, pp. 23-24.

¹²²⁹ Recommandation de la Commission européenne du 20 septembre 2010 sur l'accès réglementé aux réseaux d'accès de nouvelle génération (NGA), [SEC (2010) 1037], § 12 à 14 de l'exposé des motifs, articles 13 à 17.

¹²³⁰ ARCEP, Décision n° 2011-0668 précitée, p. 28.

¹²³¹ Décision n° 2010-1179 de l'Arcep en date du 4 novembre 2010 se prononçant sur deux demandes de règlement de différend opposant, d'une part, la société FRANCE TELECOM à la société NC NUMERICABLE, d'autre part, la société FRANCE TELECOM à la société NUMERICABLE SAS.

ris¹²³². La permanence du monopole naturel des infrastructures de génie civil conduit donc à remettre en cause l'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post* malgré le développement des réseaux de fibre optique, comme a fini par le reconnaître le Conseil de la concurrence¹²³³.

498. D'autre part, le développement technologique ne permet pas de dépasser le monopole naturel dans le cadre du marché de la fourniture en gros d'accès large bande¹²³⁴, appelé par l'ARCEP marché des « *offres d'accès haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational* », et dont la régulation a été confirmée en juin 2011¹²³⁵. Ce marché, marché de l'accès de gros non physique à l'infrastructure qui est essentiellement utilisé par les opérateurs n'ayant pas utilisé le dégroupage¹²³⁶, fait certes l'objet d'un fort développement technologique et de l'émergence d'infrastructures alternatives comme le câble, la fibre ou les technologies sans fil, permettant d'envisager à long terme une concurrence effective sur ce marché¹²³⁷. Néanmoins, ce marché n'est que le marché secondaire d'un marché régulé.

En effet, ce marché reste en toute hypothèse dépendant de la régulation du marché de la boucle locale filaire ou optique, le dégroupage de la boucle locale étant situé en aval du marché de l'accès de gros large bande¹²³⁸. Ainsi, le marché de la fourniture en gros de l'accès large bande et le marché du dégroupage de la boucle locale sont interdépendants et il convient donc de les analyser ensemble¹²³⁹. Dès lors, l'existence sur le marché de la fourniture en gros d'accès large bande d'une éventuelle concurrence par les infrastructures ne permettrait pas de conclure au dépassement du monopole naturel dans la mesure où ce marché reste dépendant de la régulation de la boucle lo-

¹²³² Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 23 juin 2011, n° 2010/23690, *NC Numéricâble et Numéricâble c./ France Telecom*.

¹²³³ Cons. Conc., Avis n° 08-A-09 précité, § 9, 12, 31, 32 et 35. *V.*, également dans le même sens l'avis n° 06-A-10 du Conseil de la concurrence du 12 mai 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros et de détail des liaisons louées, § 90.

¹²³⁴ Recommandation 2007/879 précitée, marché n°5. Auparavant, recommandation 2003/311 précitée, marché n°12.

¹²³⁵ Décision n° 2011-0669 de l'Arcep en date du 14 juin 2011 portant sur la définition du marché de gros pertinent des offres d'accès haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché.

¹²³⁶ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 33.

¹²³⁷ *Ibid.*, p. 34 ; *Adde* Décision n° 05-0278 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 19 mai 2005 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau régional et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché, pp. 6-7 ; *Adde* Décision n° 2008-0836 de l'Arcep en date du 24 juillet 2008 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, pp. 10-14 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 08-A-09 précité, § 22.

¹²³⁸ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, pp. 33-34 et p. 35 ; *Adde* ART, Décision n° 05-0278 précitée, p. 14 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0836, p. 17 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 05-A-03 précité, § 60 à 62.

¹²³⁹ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 35.

cale. Cette solution a été très récemment confirmée au cours du troisième cycle d'analyse de la pertinence *ex ante* de ce marché¹²⁴⁰.

499. En définitive, le développement de technologies alternatives ne permet pas, en tout hypothèse, de contourner les maillons de monopole naturel qui restent présents dans les réseaux de communications électroniques. En outre, le développement technologique peut même conduire à leur reconstitution, ce qui contredit plus frontalement encore les hypothèses de l'économie des réseaux fondées sur le développement technologique.

ii. La reconstitution du monopole naturel par le développement technologique

500. Le Conseil de la concurrence, fidèle en cela au modèle de l'économie des réseaux qui constitue sa doctrine de référence, a estimé que la fibre optique est le meilleur moyen d'obtenir à terme une concurrence par les infrastructures et donc un passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*¹²⁴¹. Cependant, une telle conception apparaît inexacte dans la mesure où, loin de résoudre le problème du monopole naturel, la fibre optique peut au contraire conduire à sa reconstitution¹²⁴².

501. Cette reconstitution du monopole naturel par la fibre optique peut résulter de deux facteurs. Elle peut être liée d'abord à l'installation par les collectivités territoriales de réseaux passifs de fibre optique, qui constituent autant de monopoles locaux rendant nécessaire la régulation *ex ante* de ceux-ci¹²⁴³. Elle peut également être liée à l'usage par les syndicats d'immeuble du droit qui leur est reconnu par la loi de refuser l'installation de plusieurs réseaux de fibre optique dans le même immeuble¹²⁴⁴, validé dans le cadre de la recommandation NGA puisque celle-ci prévoit que dans le cas d'une fibre déployée jusqu'à l'abonné, « *la duplication du segment terminal de la boucle optique sera, en principe, coûteuse et inefficace* »¹²⁴⁵, ce qui vient tout simplement reconnaître ici l'existence

¹²⁴⁰ ARCEP, Décision n° 2011-0669 précitée, pp. 23-24, selon laquelle « hormis le cas des opérateurs possédant la boucle locale ou les fourreaux permettant de relier, sur l'ensemble du territoire, les nœuds de raccordement optique aux abonnés, l'entrée en tant qu'offreur sur le marché de gros des offres d'accès haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational n'est possible pour un opérateur que si, d'une part, il lui est donné accès à ces infrastructures et si, d'autre part, il déploie un réseau de collecte suffisamment capillaire pour rendre effective cette possibilité partout sur le territoire ».

¹²⁴¹ Avis n° 08-A-06 du Conseil de la concurrence du 06 mai 2008 portant sur un projet de disposition législative concernant le développement des réseaux à très haut débit en fibre optique, § 3 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 08-A-09 précité, § 9.

¹²⁴² Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 18.

¹²⁴³ ARCEP, Décision n° 2008-0835 précitée, p. 7.

¹²⁴⁴ Article 109.II et 109.V de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, modifiant l'article 1^{er} de la loi n°66-457 du 2 juillet 1966 relative à l'installation d'antennes réceptrices de radiodiffusion. La loi a ainsi prévu que constitue un motif sérieux et légitime pour le propriétaire d'un immeuble de s'opposer à la mise en place d'un réseau de fibre optique la préexistence d'un réseau de fibre optique ou la décision prise par le propriétaire de l'immeuble de prévoir lui-même l'installation de la fibre optique, le texte prévoyant qu'il faut faire appel à un opérateur d'immeuble dans ce cas.

¹²⁴⁵ Recommandation NGA, [SEC (2010) 1037], précitée, § 16 de l'exposé des motifs.

d'un monopole naturel au sens économique. De ce point de vue, le risque est donc grand que se reconstitue, immeuble par immeuble, un « *monopole local* » de fibre optique¹²⁴⁶, seuls les immeubles neufs étant épargnés dans la mesure où la loi prévoit qu'ils doivent être construits avec des infrastructures permettant l'accueil de plusieurs réseaux concurrents¹²⁴⁷.

502. Ainsi, loin de permettre l'extinction du monopole naturel, les réseaux de fibre optique présentent au contraire le risque de concourir à leur reconstitution. Dès lors, le législateur a décidé d'insérer directement un nouvel article dans le code des postes et des communications électroniques, l'article L. 34-8-3, disposant que l'opérateur d'immeuble doit prévoir l'utilisation de son réseau par d'autres opérateurs, et instaurant un droit d'accès spécifique aux réseaux de fibre optique mis en œuvre par l'autorité de régulation et sanctionné sur le fondement de son pouvoir de règlement de différends¹²⁴⁸. Cette solution est désormais également prévue par la recommandation *NGA* de la Commission européenne qui prévoit la nécessité de donner un accès au segment terminal de la fibre optique¹²⁴⁹.

L'autorité de régulation a sur cette base été conduite au règlement de différends relatifs à l'accès à un réseau de fibre optique déployé par des collectivités territoriales¹²⁵⁰ ou par des entreprises privées¹²⁵¹, et en dernière analyse, deux règlements de différends sur l'accès à la fibre optique en zone très dense ont été rendus à la fin du mois de juillet 2011¹²⁵², par lesquels l'ARCEP a bien relevé que l'opérateur d'immeuble reste « *en situation de monopole sur une infrastructure essentielle* »¹²⁵³. Cela démontre donc la nécessité d'une régulation sectorielle y compris s'agissant des technologies les plus récentes, qui conduisent à la reconstitution du monopole.

Le Code des postes et des communications électroniques vient d'ailleurs de consacrer de manière tout à fait significative ce principe. En effet, l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 transposant le nouveau paquet Télécom a inséré un nouvel article L. 34-8-4 CPCE prévoyant explicitement le principe selon lequel l'autorité de régulation peut « *[i]mposer à tout personne qui a établi ou exploite des lignes de communication à l'intérieur d'un immeuble de*

¹²⁴⁶ ARCEP, Décision n° 2008-0835 précitée, p. 49 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n°08-A-06 précité, § 7 à 9.

¹²⁴⁷ La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a modifié le code de la construction et de l'habitation insérant un nouvel alinéa à l'article L. 111-5-1 en vertu duquel tout immeuble neuf doit être pourvu, dès le stade de sa construction, d'un réseau de fibre optique. Le décret n°2009-52 du 15 janvier 2009 insérant les articles R. 111-1 et R. 111-14, a complété cette disposition afin de permettre tout à fait explicitement la concurrence par les infrastructures.

¹²⁴⁸ CPCE, article L. 34-8-3.

¹²⁴⁹ Recommandation NGA, [SEC (2010) 1037], précitée, § 16 et 17 de l'exposé des motifs, articles 18 à 30.

¹²⁵⁰ *V.*, notamment Décision n° 2010-0742 de l'Arcep en date du 1er juillet 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Mobius et La Réunion Numérique.

¹²⁵¹ Décision n° 2010-1232 de l'Arcep en date du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom.

¹²⁵² Décision n° 2011-0846 de l'Arcep en date du 21 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Free Infrastructure et France Télécom ; *Adde* Décision n° 2011-0893 de l'Arcep en date du 26 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés France Télécom et Free Infrastructure.

¹²⁵³ ARCEP, Décision n° 2011-0846 précitée, p. 35.

faire droit aux demandes raisonnables d'accès à ces lignes, émanant d'un opérateur, lorsque leur duplication serait économiquement inefficace ou physiquement irréalisable »¹²⁵⁴. Il y a là une référence tout à fait explicite à la défaillance de marché que constitue le monopole naturel.

Or, une telle solution vient contredire de manière tout à fait définitive le modèle de l'économie des réseaux. En effet, loin de permettre le dépassement du monopole, le développement technologique peut au contraire conduire à la création de nouveaux monopoles naturels. Loin de permettre le passage au droit commun de la concurrence, le développement technologique rend au contraire nécessaire le maintien de la régulation sectorielle. Il s'agit là d'une remise en cause particulièrement importante des hypothèses de l'économie des réseaux.

503. En définitive, il résulte donc des éléments qui précèdent que le secteur des communications électroniques continue de se caractériser par l'existence de monopoles naturels, sans que le développement technologique ne puisse remettre en question ce résultat, s'agissant de l'accès et du départ d'appel. Par ailleurs, un tel cas n'est pas isolé puisque constitue également un monopole naturel la terminaison d'appel.

2. Le monopole naturel de la terminaison d'appel

504. La terminaison d'appel, située à l'autre bout de la chaîne de transport des communications électroniques, est sans aucun doute un monopole naturel. On le constate aussi bien s'agissant de la terminaison d'appel fixe (a) que s'agissant de la terminaison d'appel mobile (b).

a. Le monopole naturel de la terminaison d'appel vocal fixe

505. Le marché de la terminaison d'appel fixe est un marché régulé en vertu de la recommandation de la Commission¹²⁵⁵. Cela s'explique par sa caractéristique de monopole naturel.

En effet, l'autorité de régulation a considéré à propos de la terminaison d'appel fixe qu'« *il résulte de sa définition même* » que seul l'opérateur concerné peut fournir cette prestation, et il n'est alors « *pas envisageable que la concurrence puisse se développer sur le marché de la terminaison vocale* »¹²⁵⁶. La terminaison d'appel est une prestation « *incontournable* » que chaque opérateur est seul en mesure de fournir sur son propre réseau¹²⁵⁷. Cette analyse a été confirmée par la Commission¹²⁵⁸.

¹²⁵⁴ Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, article 9, insérant un nouvel article L. 34-8-4 CPCE.

¹²⁵⁵ Recommandation 2007/879 précitée, marché n°2.

¹²⁵⁶ ART, Décision n° 05-0571 précitée, pp. 38-39.

¹²⁵⁷ Décision n° 05-0425 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la terminaison d'appel géographique sur les réseaux alternatifs fixes, la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, p. 10.

¹²⁵⁸ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 24 pour le marché de la terminaison d'appel vocal et, dans une formulation un peu différente mais ayant la même signification, p. 25, pour le marché du départ d'appel.

Par ailleurs, il n'existe pas de solution technologique permettant de contourner cette terminaison¹²⁵⁹. Chaque opérateur est en « *situation de monopole sur le marché de sa propre terminaison d'appel* » et la terminaison d'appel vocal constitue alors un véritable « *échec de marché* »¹²⁶⁰.

En somme, la terminaison d'appel fixe est un monopole naturel indépassable qui ne fait l'objet d'aucune remise en question, ainsi que l'a encore confirmé en juillet 2011 l'ARCEP dans le cadre du troisième cycle d'analyse des marchés pertinents *ex ante*¹²⁶¹. C'est également le cas de la terminaison d'appel mobile.

b. Le monopole naturel de la terminaison d'appel vocal mobile

506. La terminaison d'appel vocal est un monopole naturel (i). Cette solution est incontestable, malgré l'ambiguïté de la jurisprudence de la Cour de cassation (ii).

i. La qualification de monopole naturel

507. Parmi les marchés de la téléphonie mobile, seul le marché de la terminaison d'appel vocal reste régulé à l'issue de la recommandation de 2007¹²⁶². À l'instar de la terminaison d'appel fixe, cela est lié à la nature de monopole naturel de la terminaison d'appel vocal mobile.

En effet, dans le cas de la terminaison d'appel vocal mobile, chaque opérateur dispose selon la Commission d'un « *monopole sur la terminaison de son propre réseau* » et peut donc agir indépendamment de ses concurrents, et ce quel que soit leur taille¹²⁶³. Cette analyse est confirmée par l'autorité de régulation qui considère qu'il existe un « *marché individuel pour la terminaison d'appel vocal sur chacun des réseaux mobiles* »¹²⁶⁴, et ce de manière systématique¹²⁶⁵. Cette position est également

¹²⁵⁹ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 24.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, p. 25. *V.*, par ailleurs ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, pp. 23-24 ; *Adde* Avis n° 08-A-11 du Conseil de la concurrence du 18 juin 2008 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe, § 29 à 30.

¹²⁶¹ ARCEP, Décision n° 2011-0926 précitée, pp. 32-33.

¹²⁶² Recommandation 2007/879 précitée, marché n°7.

¹²⁶³ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 41 et p. 44.

¹²⁶⁴ Décision n° 04-936 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur la détermination des marchés pertinents concernant la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole, p. 25.

¹²⁶⁵ *V.*, pour quelques exemples, Décision n° 04-937 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur l'influence significative de la société Orange France sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre, p. 15 ; *Adde* Décision n° 05-0112 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 1er février 2005 portant sur l'influence significative de la société Orange Caraïbe sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre, p. 13 ; *Adde* Décision n° 06-0593 de l'Arcep en date du 27 juillet 2006 portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole, la désignation d'opérateur disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre., pp. 95-98 ; *Adde* Décision n° 07-0810 de l'Arcep en date du 4 octobre 2007 portant sur la détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français en métropole, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre pour la période 2008-2010.

celle de l'Autorité de la concurrence qui considère que les marchés de la terminaison d'appel « *sont d'un type très particulier puisque, par construction, ils ne peuvent constituer que des monopoles, non contestables par d'autres opérateurs* »¹²⁶⁶. Cette solution a été confirmée dans les décisions les plus récentes de l'autorité de régulation, pour laquelle il existe une « *impossibilité technique de contester le monopole d'un opérateur mobile donné sur la prestation de terminaison d'appel SMS sur son réseau* »¹²⁶⁷.

En somme, la terminaison d'appel vocal mobile apparaît comme un monopole naturel indépassable, y compris par le développement technologique. Cependant, la jurisprudence de la Cour de cassation a pu jeter le doute sur cette qualification, sans pour autant que celle-ci puisse remettre en cause la caractéristique de monopole naturel de la terminaison d'appel vocal.

ii. Une qualification maintenue malgré l'ambiguïté de la jurisprudence de la Cour de cassation

508. À l'occasion de la contestation d'une affaire relative à la terminaison d'appel vocal jugée par le Conseil de la concurrence, une véritable bataille judiciaire s'est déroulée à propos de la qualification de monopole naturel de la terminaison d'appel vocal.

509. En effet, alors que le Conseil avait considéré qu'il y avait un abus de position dominante lié à une pratique de ciseau tarifaire dans le cadre des tarifs de vente de la terminaison d'appel¹²⁶⁸, cette décision fut réformée par la Cour d'appel de Paris au motif que le Conseil n'avait pas établi, en la motivant suffisamment, l'impossibilité d'utiliser les méthodes de re-routage international, et donc la nécessité d'utiliser l'interconnexion de laquelle résultait l'abus de position dominante sur le marché de la terminaison d'appel vocal¹²⁶⁹. Cependant, cette interprétation fut postérieurement contredite par la Cour de cassation qui considéra que l'existence de l'abus de position dominante ne dépendait pas de l'existence d'une alternative en termes de re-routage international, et que le

¹²⁶⁶ *V.*, pour quelques exemples, Avis n° 04-A-17 du Conseil de la concurrence du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, § 57 ; *Adde* Avis n° 06-A-11 du Conseil de la concurrence du 20 juin 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Télécom et Saint Martin & Saint Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane ; *Adde* Avis n° 07-A-01 du Conseil de la concurrence du 1^{er} février 07 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Telecom et St Martin & St Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane.

¹²⁶⁷ Décision n° 2010-1149 de l'Arcep en date du 2 novembre 2010 portant sur la détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français en métropole et outre-mer, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre pour la période 2011-2013, p. 52.

¹²⁶⁸ Décision n° 04-D-48 du Conseil de la concurrence du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom, § 182.

¹²⁶⁹ Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 12 avril 2005 relatif aux recours formés par la société France Télécom SA et la Société française du radiotéléphone (SFR) contre la décision n° 04-D-48 du Conseil de la concurrence en date du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Telecom.

Conseil n'avait donc pas à établir « *que les nouveaux opérateurs de téléphonie fixe ne disposaient plus d'aucun moyen permettant d'éviter l'effet de ciseau subi en cas d'interconnexion directe* »¹²⁷⁰. L'arrêt fut alors cassé et renvoyé devant la Cour d'appel, qui alla dans le sens de la Cour de cassation¹²⁷¹. De ce point de vue, la jurisprudence de la Cour de cassation ne vient pas contredire la théorie du monopole naturel telle qu'elle ressort des éléments précédents, puisque l'arrêt peut permettre l'interprétation selon laquelle il n'existe pas d'alternative à la terminaison d'appel vocal.

Cependant, saisie d'un nouveau pourvoi, la Cour de cassation se contredit finalement elle-même en considérant qu'il fallait chercher s'il existait des solutions alternatives pour accéder au destinataire de l'appel. Ainsi, comme il n'avait pas été démontré que la terminaison d'appel vocal est un élément indispensable à l'exercice de l'activité économique, la pratique de ciseau tarifaire n'était pas constatée, et la Cour de cassation cassa l'arrêt et renvoya de nouveau l'affaire¹²⁷². Or, une telle interprétation est de nature à faire naître un doute sur la qualification de monopole naturel de la terminaison d'appel, dans la mesure où l'on pourrait en déduire implicitement que la terminaison d'appel vocal peut être contournée par le biais du re-routage international et donc ne serait pas constitutive d'un monopole naturel¹²⁷³.

510. Cependant, il faut sans doute contester une telle interprétation et privilégier celle consistant à considérer que la Cour de cassation a ici sanctionné une erreur de droit dans le champ propre du droit de la concurrence, à savoir la nécessité de la qualification expresse du caractère nécessaire d'une prestation pour présumer une pratique de ciseau tarifaire¹²⁷⁴, plutôt qu'une remise en question directe du caractère nécessaire de la terminaison d'appel en elle-même. C'est en ce sens que va la Cour de cassation elle-même, qui considère qu'« *un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du ciseau tarifaire" leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval* »¹²⁷⁵. En effet, d'une part, le Conseil de la concurrence a confirmé postérieurement la qualification de monopole naturel de la terminaison d'appel vocal en la qualifiant de facilité essentielle¹²⁷⁶, et d'autre part, il apparaît que cette jurisprudence de la Cour de cassation n'a aucunement remis en cause la qualification de monopole naturel de la terminai-

¹²⁷⁰ Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 10 mai 2006, 05-14.501, Publié au bulletin.

¹²⁷¹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 02 avril 2008 relatif au recours formé par les sociétés SFR SA et France Télécom SA contre la décision n° 04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom.

¹²⁷² Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 3 mars 2009, 08-14.435, 08-14.464, Publié au bulletin.

¹²⁷³ V., en ce sens CLAUDEL E., « Ciseaux tarifaires : la Cour de cassation ne « *squeeze* » pas la question », note sous Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 mars 2009, 08-14.43, 08-14.464, *RTD Com.*, 2010, p. 89 et s.

¹²⁷⁴ V., en ce sens FERRIER D., *Panorama Concurrence*, D. 2009, p. 2890.

¹²⁷⁵ C. Cass., 3 mars 2009, 08-14.435, 08-14.464, précité.

¹²⁷⁶ Avis n° 08-A-16 du Conseil de la concurrence du 30 juillet 2008 relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile, § 130. Ainsi, selon le Conseil de la concurrence, la domination de ces opérateurs n'est pas qualifiée en raison des parts de marché dont ceux-ci disposent mais, et il convient de le souligner, par le fait que « *les opérateurs de réseau sont en position de monopole sur leur terminaison d'appel (voir en ce sens la décision 04-D-48 du 14 octobre 2004, confirmée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 2 avril 2008) et cette prestation constitue une des prestations couplées dans l'appel tarifé de bout en bout* ».

son d'appel vocal dans les décisions les plus récentes de l'autorité de régulation, approuvées par la Commission européenne¹²⁷⁷.

511. En définitive, il résulte donc de l'ensemble des éléments qui précèdent que la terminaison d'appel vocal est également un monopole naturel dont l'existence n'a pas vocation à être remise en cause à long terme. Ainsi, l'hypothèse de la théorie de l'économie des réseaux selon laquelle les monopoles naturels ont vocation à disparaître dans le secteur des communications électroniques n'est pas transcrite en droit positif, qui adopte au contraire l'hypothèse du maintien du monopole naturel. De ce point de vue, le droit positif est donc en contrariété avec l'économie des réseaux. Ce résultat, que l'on obtient s'agissant de la pertinence *ex ante rationae materiae* des marchés, résulte également de l'analyse de la pertinence *ex ante rationae personae* des marchés.

B. Le critère du monopole naturel *rationae personae*

512. Le maintien du monopole naturel peut également être démontré *rationae personae*. En effet, la définition de la puissance significative sur le marché est très ambiguë de ce point de vue puisqu'elle est fondée sur le maintien de spécificités sectorielles (1), dont l'existence est confirmée par l'analyse de la pratique décisionnelle de l'ARCEP qui démontre en réalité l'omniprésence du monopole naturel (2).

1. L'ambiguïté de la notion de puissance significative sur le marché

513. L'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post* qu'était sensée manifester la définition de la puissance significative sur le marché reste très ambiguë (a) tandis que les critères utilisés plaident pour le maintien durable de spécificités sectorielles (b).

a. L'ambiguïté de l'hypothèse d'équivalence à la position dominante

514. L'hypothèse de la convergence du concept de puissance significative sur le marché de la régulation sectorielle avec celui d'abus de position dominante du droit commun de la concurrence est une hypothèse ambiguë¹²⁷⁸.

En effet, en premier lieu, le seul fait de maintenir une notion spécifique, celle de puissance significative sur le marché, et de ne pas adopter la notion d'abus de position dominante, est

¹²⁷⁷ Décision n° 2010-0892 de l'Arcep en date du 22 juillet 2010 portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole et en outre-mer, la désignation d'opérateur disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, p 4 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2010-1149 précitée, p. 52.

¹²⁷⁸ *V.*, notamment NIHOUL PAUL., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Régulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 289-290.

en soi une ambiguïté¹²⁷⁹. En second lieu, les lignes directrices de la Commission entretiennent elles-mêmes cette ambiguïté, puisqu'elles se focalisent sur les différences pouvant exister dans les deux cas¹²⁸⁰. Ainsi, il est possible qu'une entreprise dispose d'une puissance significative sur le marché sans disposer dans le même temps d'une position dominante, et les deux notions restent donc différentes¹²⁸¹. Par ailleurs, la méthodologie appliquée est différente notamment dans la mesure où les autorités de régulation vont s'appuyer sur des hypothèses et des anticipations distinctes de celles du droit commun de la concurrence¹²⁸².

En outre, au-delà de l'ambiguïté propre au maintien d'un concept spécifique à la régulation sectorielle, les critères utilisés pour qualifier la puissance significative sur le marché renforcent cette ambiguïté puisqu'ils démontrent le maintien de spécificités sectorielles.

b. L'ambiguïté des critères de la puissance significative sur le marché

515. Les critères de la puissance significative sur le marché sont également ambigus car ils font référence aux spécificités du secteur des communications électroniques : taille globale de l'entreprise, contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer, économies d'échelle, intégration verticale, etc.¹²⁸³. Or, ces différents éléments renvoient au monopole naturel.

Certes, la Commission nuance ce résultat en considérant que les progrès technologiques peuvent permettre de relativiser ces caractéristiques¹²⁸⁴. Seule la vérification de cette hypothèse dans les décisions de l'autorité est alors susceptible de démontrer s'il existe ou non un maintien de l'hypothèse du monopole naturel *rationae personae*. Or, le monopole naturel reste omniprésent dans cette opération de qualification.

2. Le critère du monopole naturel dans la qualification de la puissance significative sur le marché

516. L'étude des décisions de l'autorité de régulation démontre, contrairement aux hypothèses de l'économie des réseaux, que la notion de puissance significative sur le marché ne tend pas à se confondre avec celle d'abus de position dominante. Au contraire, elle apparaît très largement fondée sur le monopole naturel ainsi que le démontre l'étude des marchés du départ d'appel (a) et de la terminaison d'appel (b).

¹²⁷⁹ NIHOUL PAUL., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Régulation in the European Telecommunications Market*, *op. cit.*, p. 290.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, pp. 290-292.

¹²⁸¹ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2002/C, 165/03, § 30.

¹²⁸² *Ibid.*, § 70.

¹²⁸³ *Ibid.*, § 78.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, § 80.

a. La puissance significative sur le marché de l'accès et du départ d'appel

517. À l'instar de l'analyse de marché *rationae materiae*, c'est bien l'argument du monopole naturel qui sert à justifier la pertinence *ex ante rationae personae* des marchés de départ d'appel fixe et internet. En effet, la référence au contrôle de la boucle locale en tant que prestation indispensable pour fournir des services et détenue de façon monopolistique sert d'argument principal à la qualification de la puissance significative de France Télécom sur les marchés de détail¹²⁸⁵ et de gros¹²⁸⁶ du départ d'appel fixe, sans que le développement technologique ne vienne remettre en cause cette situation¹²⁸⁷. Il en est de même en matière d'accès physique à la boucle locale ou à la fibre, où France Télécom dispose d'une puissance significative sur le marché en raison de sa maîtrise de la boucle locale¹²⁸⁸, et de sa maîtrise des infrastructures de génie civil indispensables à la pose de réseaux de fibre optique¹²⁸⁹. Il en est de même s'agissant du marché de gros de l'accès large bande¹²⁹⁰. Ces analyses ont été confirmées dans les mêmes termes en juin et juillet 2011 dans le cadre du troisième cycle d'analyse des marchés pertinents *ex ante*¹²⁹¹.

La puissance significative sur le marché résulte donc de l'existence du monopole naturel de l'accès et du départ d'appel vocal et non du seul comportement économique de l'opérateur en question. Elle résulte également du monopole naturel de la terminaison d'appel.

b. La puissance significative sur le marché de la terminaison d'appel

518. L'étude de la pertinence *ex ante rationae personae* des marchés de la terminaison d'appel vocal est particulièrement intéressante dans la mesure où l'autorité consacre expressément dans ce cadre la notion de « *monopole naturel* ».

Ainsi, s'agissant de la terminaison d'appel fixe, l'autorité a considéré que les « *opérateurs sont en situation de monopole naturel sur le marché de la terminaison d'appel fixe sur leur réseau* », ce qui justifie la qualification de puissance significative sur le marché¹²⁹², solution confirmée récemment lors du troisième cycle d'analyse des marchés pertinents *ex ante*¹²⁹³. L'utilisation du terme de monopole naturel n'est pas faite à propos de la terminaison d'appel vocal mobile, sans que les résultats en découlant ne soient différents puisque le monopole sur la terminaison d'appel vocal continue de

¹²⁸⁵ ART, Décision n° 05-0571 précitée, pp. 65-66.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, p. 82.

¹²⁸⁷ ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, p. 31 et pp. 42-45 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 08-A-11 précité, § 26.

¹²⁸⁸ ART, Décision n° 05-0275 précitée, pp. 11-12 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 05-A-03 précité, § 101 et 102.

¹²⁸⁹ ARCEP, Décision n° 2008-0835 précitée, pp. 26-27 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 08-A-09 précité, § 25 à 28.

¹²⁹⁰ ART, Décision n° 05-0278 précitée, pp. 18-21 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0836 précitée, pp. 21-25 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 05-A-03 précité, § 101 et 102 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 08-A-09 précité, § 27.

¹²⁹¹ ARCEP, Décision n° 2011-0926 précitée, pp. 41-42 ; *Adde* ARCEP, Décision 2011-0668 précitée, pp. 31-36 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2011-0669 précitée, pp. 26-30.

¹²⁹² ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, p. 37. *V.*, par ailleurs, quoique n'utilisant pas la qualification de monopole naturel, Cons. Conc., Avis n° 08-A-11 précité, § 30.

¹²⁹³ ARCEP, Décision n° 2011-0926 précitée, p. 43.

justifier la puissance significative sur le marché¹²⁹⁴, comme en témoignent en dernière analyse les décisions les plus récentes de l'autorité rendues au cours de l'année 2010¹²⁹⁵.

519. En somme, il apparaît donc que le secteur des communications électroniques continue de se caractériser par l'existence de monopoles naturels qui continuent de justifier le caractère pertinent de ces marchés au titre de la régulation *ex ante*, tant *rationae materiae* que *rationae personae*. Dès lors, le secteur des communications électroniques, loin de démontrer la disparition des monopoles naturels, semble au contraire se caractériser par le maintien pérenne de ceux-ci. Un tel résultat conduit donc à remettre en cause la transcription des hypothèses de l'économie des réseaux en droit de la régulation.

En outre, il est plus significatif encore de noter que le secteur des communications électroniques continue de se caractériser par l'existence de monopoles naturels y compris dans l'hypothèse où les marchés font l'objet d'une dérégulation *ex ante*, ce qui a pour conséquence de remettre en cause l'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post* et plaide au contraire pour un maintien pérenne de la régulation *ex ante*.

§2. Le maintien du monopole naturel malgré la dérégulation *ex ante* des marchés

520. Comme nous l'avons démontré précédemment, il semble à première vue que le processus de dérégulation des marchés opéré par la recommandation de 2007 réalise une transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation en ce qu'il consacre le passage d'une régulation *ex ante* à une régulation *ex post*¹²⁹⁶. Cependant, on peut remettre en cause cette hypothèse en démontrant que le monopole naturel continue d'exister et la régulation d'être nécessaire tant s'agissant des marchés de détail (A) que s'agissant des marchés de gros (B).

A. Le maintien du monopole naturel malgré la dérégulation *ex ante* des marchés de détail

521. La dérégulation *ex ante* de la totalité des marchés de détail opérée par la recommandation de 2007, à l'exception du cas peu significatif du marché de détail de l'accès, est en réalité une dérégulation en trompe l'œil qui ne remet pas en cause l'existence du monopole naturel et la nécessité d'une régulation sectorielle. En premier lieu, en effet, la dérégulation *ex ante* des marchés de détail n'est possible que grâce au maintien de la régulation des marchés de gros (1). En second

¹²⁹⁴ *V.*, pour quelques exemples, ART, Décision n° 04-937 précitée, p. 4 ; *Adde* ART, Décision n° 05-0112 précitée, p. 4 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 06-0593 précitée, p. 27 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 07-0810 précitée, p. 24.

¹²⁹⁵ ARCEP, Décision n° 2010-1149 précitée, p. 46 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2010-0892 précitée, p. 46.

¹²⁹⁶ *Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.*

lieu, la dérégulation *ex ante* des marchés de détail n'est possible que par le maintien de dispositions sectorielles spécifiques et donc du maintien d'une forme de régulation *ex ante* (2).

1. Une dérégulation *ex ante* fondée sur la régulation des marchés de gros

522. La dérégulation *ex ante* des marchés de détail ne peut pas être interprétée comme une véritable dérégulation dans la mesure où elle n'est rendue possible que par la régulation des marchés de gros. La régulation continue donc d'être nécessaire tant du point de vue des marchés de la téléphonie fixe (a) que de la téléphonie mobile (b).

a. La dérégulation en trompe l'œil des marchés de détail de la téléphonie fixe

523. La dérégulation des marchés de détail de la téléphonie fixe est rendue possible par l'émergence croissante de concurrents sur ce marché et par la concurrence liée aux services de voix par internet dans les pays où le haut débit est bien implanté¹²⁹⁷.

Cependant, l'existence même de cette concurrence sur le marché de la téléphonie fixe est possible si et uniquement si il existe une régulation des marchés de gros de la téléphonie fixe, indispensable pour éviter les comportements discriminatoires¹²⁹⁸. Par ailleurs, l'existence d'une concurrence des services de voix par internet n'est possible qu'à la condition qu'existe une régulation du marché de gros des marchés de l'accès à internet¹²⁹⁹.

De ce point de vue, il est significatif de souligner que l'évolution la plus récente du droit positif est venue consacrer et renforcer le lien existant entre les marchés de détail non régulés *ex ante* et les marchés de gros, régulés *ex ante*, sur lesquels ils sont fondés. En effet, l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 transposant la directive 2009/140 a opéré une modification de l'article L. 38 CPCE, relatif aux obligations imposées aux opérateurs puissants concernant l'accès et l'interconnexion¹³⁰⁰, visant à donner à l'autorité de régulation le pouvoir d'exiger une séparation comptable « *y compris sur les marchés de détail associés à un marché de gros sur lequel l'opérateur est réputé exercer une influence significative* »¹³⁰¹. En outre, elle a inséré un nouvel article L. 37-2 3° CPCE selon lequel l'autorité de régulation « *fixe les obligations des opérateurs également réputés exercer une influence significative sur un autre marché du secteur des communications électroniques étroitement lié au premier* »¹³⁰², disposition dont l'interprétation pourrait être difficile¹³⁰³ mais qui de-

¹²⁹⁷ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 28 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, p. 3 et p. 204.

¹²⁹⁸ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 28 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, p. 200 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 08-A-11 précité, § 28.

¹²⁹⁹ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 23.

¹³⁰⁰ CPCE, article L. 38.

¹³⁰¹ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 21 1°.

¹³⁰² *Ibid.*, article 19, insérant un article L. 37-2 3° CPCE.

¹³⁰³ Et donc donner lieu à des contentieux devant l'ARCEP. Sa formulation a d'ailleurs été modifiée par rapport au projet d'ordonnance qui avait été soumis à consultation jusqu'au 20 juillet 2011.

vrait permettre de lier des marchés dans la mise en œuvre d'obligations spécifiques et notamment d'imposer, comme le relève l'exposé des motifs de l'ordonnance, « des obligations aux opérateurs puissants susceptibles d'exercer un effet de levier sur un segment de marché non régulé »¹³⁰⁴. En somme, un lien vient donc être juridiquement réalisé entre un marché de détail dérégulé et un marché de gros régulé *ex ante* permettant de continuer de réguler indirectement certains marchés de détail, confirmant ainsi l'existence d'une dérégulation en trompe l'œil de ces derniers.

Dès lors, il serait faux de conclure que la dérégulation *ex ante* des marchés de détail de la téléphonie fixe démontre le passage définitif d'une régulation *ex ante* à une régulation *ex post*, dans la mesure où le fonctionnement concurrentiel des marchés de détail n'est rendu possible que du fait du maintien de la régulation au niveau des marchés de gros. Il en est de même concernant les marchés de la téléphonie mobile.

b. L'absence de régulation en trompe l'œil des marchés de détail de la téléphonie mobile

524. Les marchés de détail de la téléphonie mobile n'ont jamais fait l'objet d'une régulation *ex ante*. Cependant, cela ne fait que masquer la nécessité d'une régulation des marchés de gros. En effet, les facteurs qui justifient le fonctionnement concurrentiel du marché de détail sont notamment¹³⁰⁵, d'une part, l'arrivée de nouveaux opérateurs de réseau sur le marché ainsi que, d'autre part, l'arrivée des opérateurs virtuels¹³⁰⁶. Or, l'existence de cette concurrence résulte de l'existence d'une régulation sectorielle.

En premier lieu, l'exercice d'une concurrence sur le marché de la téléphonie mobile n'est possible qu'en raison de la régulation *ex ante* de la terminaison d'appel vocal des opérateurs de réseau qui constitue un monopole naturel indépassable¹³⁰⁷.

En deuxième lieu, l'arrivée sur le marché des communications mobiles de nouveaux opérateurs de réseaux n'épuise pas la question de la régulation, dans la mesure où l'exercice de l'activité des opérateurs de réseaux est lié à l'attribution par les autorités de régulation de droits d'occupation du spectre hertzien, qui font l'objet d'une régulation. Si la régulation dont il s'agit n'est pas une régulation opérée sur le fondement de la régulation *ex ante* de l'article L. 37-1 CPCE, il reste qu'il s'agit néanmoins d'une des modalités d'exercice de la régulation sectorielle¹³⁰⁸.

En troisième lieu, l'exercice de l'activité des opérateurs virtuels dépend des droits d'occupation des réseaux mobiles qui leur sont attribués par les opérateurs de réseau¹³⁰⁹. Or,

¹³⁰⁴ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, exposé des motifs.

¹³⁰⁵ Il faut ajouter à ceux-ci la portabilité du numéro, *Cf. Infra*.

¹³⁰⁶ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 41.

¹³⁰⁷ *Cf. Supra*.

¹³⁰⁸ *Cf. Infra*.

¹³⁰⁹ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 41.

cette question pose également des problèmes en termes de régulation sectorielle, même si celle-ci ne dépend pas de la régulation *ex ante* au sens de l'article L. 37-1 CPCE mais d'une autre forme de régulation mise en œuvre par l'autorité de régulation sectorielle¹³¹⁰.

525. Ainsi, le constat de l'absence de régulation *ex ante* des marchés de détail doit être relativisé parce que celle-ci n'est rendue possible que par l'existence d'une régulation des marchés de gros. En outre, s'ajoute à cette dernière l'existence de dispositions sectorielles spécifiques également mises en œuvre par l'autorité de régulation, qui conduit à constater l'absence de régulation exclusive par le seul droit commun de la concurrence.

2. Une dérégulation *ex ante* fondée sur le maintien de dispositions sectorielles

526. Même si les marchés de détail ne font pas l'objet d'une régulation *ex ante* sur le fondement de l'article L. 37-1 CPCE, un certain nombre de dispositifs spécifiques, mis en œuvre par l'autorité de régulation, continuent néanmoins de s'appliquer à ces secteurs (a). En outre, on peut ici souligner l'existence d'une disposition prévoyant un retour à la régulation *ex ante* en cas de circonstances exceptionnelles (b).

a. Le maintien d'obligations sectorielles spécifiques

527. La dérégulation *ex ante* des marchés de détail ne signifie pas pour autant le passage définitif et exclusif à la régulation *ex post*, contrairement aux hypothèses de l'économie des réseaux. En effet, la dérégulation *ex ante* de ces marchés ne fait pas obstacle au maintien de dispositions sectorielles spécifiques. Il s'agit dans le cas de la téléphonie fixe de l'obligation de sélection et présélection du transporteur (i) et dans le cas de la téléphonie mobile de l'obligation de portabilité du numéro (ii).

i. La sélection et présélection du transporteur dans la téléphonie fixe

528. Dans sa formulation initiale, la directive service universel prévoit l'existence d'obligations sectorielles particulières, les obligations de sélection et de présélection du transporteur¹³¹¹. Celles-ci constituent des obligations spécifiques, distinctes de la régulation des marchés de gros au sens strict mais suivant la même procédure, susceptibles de s'appliquer aux entreprises puissantes sur le marché de la fourniture de raccordements au réseau téléphonique en position déterminée¹³¹².

¹³¹⁰ Cf. *Infra*.

¹³¹¹ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel"), article 19.

¹³¹² *Ibid.*, article 19 § 1.

Elles obligent ces entreprises à permettre à leurs abonnés d'accéder aux services de tout fournisseur interconnecté de services téléphoniques accessibles au public, c'est-à-dire de pouvoir présélectionner le réseau qui acheminera leurs communications par le biais de la composition d'un préfixe¹³¹³. Or, seule l'imposition de cette obligation spécifique à l'opérateur dominant sur le marché de la fourniture de raccordements au réseau téléphonique public permet de déréguler *ex ante* les marchés de détail de la téléphonie fixe. Ce principe résulte de la lecture même de la directive service universel, qui dispose que la régulation des marchés de détail ne doit intervenir que si « *les autorités réglementaires nationales estiment que les mesures applicables aux prix de gros ou les mesures relatives à la sélection ou présélection des opérateurs ne permettraient pas, contrairement au but recherché, de garantir une réelle concurrence et de défendre l'intérêt public* »¹³¹⁴.

Certes, la directive 2009/136 modifiant la directive service universel prévoit aujourd'hui que l'obligation de sélection et présélection ne devrait plus être imposée directement dans la législation communautaire mais par les autorités de réglementation nationale¹³¹⁵, ce qui explique que l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 transposant la directive 2009/136 a supprimé l'article L. 38. II CPCE qui rendait la sélection et présélection du transporteur obligatoire¹³¹⁶. Toutefois, cela n'empêche pas que l'obligation de sélection et présélection du transporteur reste essentielle pour l'autorité de régulation comme instrument de régulation des marchés de détail¹³¹⁷.

Ainsi, dans des décisions modificatives de la décision du premier cycle d'analyse des marchés pertinents de la téléphonie fixe, l'autorité de régulation a décidé d'alléger les obligations de France Télécom au motif que la situation concurrentielle avait évolué du fait de l'entrée de concurrents en sélection du transporteur¹³¹⁸. Par la suite, l'existence de cette obligation a permis de lever les obligations pesant sur France Télécom sur les marchés de détail de la téléphonie fixe, à l'exception de l'obligation de sélection et présélection du transporteur¹³¹⁹. Enfin, à l'occasion du troisième cycle d'analyse du marché pertinent opéré en juillet 2011, l'autorité a considéré, malgré

¹³¹³ Directive 2002/22 précitée, article 19 § 1.

¹³¹⁴ *Ibid.*, § 26 de l'exposé des motifs.

¹³¹⁵ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, § 20 de l'exposé des motifs.

¹³¹⁶ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 21 2°.

¹³¹⁷ En ce qui la concerne, la Commission réserve la possibilité pour les autorités réglementaires nationales de continuer à considérer ce marché comme pertinent *ex ante* dans le cas précis où les obligations de sélection et de présélection n'aurait été introduite que trop tardivement ou ne seraient pas effective à cause des comportements des consommateurs. *V.*, Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 28.

¹³¹⁸ ARCEP, Décision n° 06-0840 précitée, pp. 6-7 ; *Adde* Décision n° 07-0667 de l'ARCEP en date du 6 septembre 2007 portant modification de la décision n° 05-0571 en date du 27 septembre 2005 sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, p. 6.

¹³¹⁹ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 28 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, p. 200.

la disparition du caractère obligatoire de l'obligation de sélection et présélection du transporteur, que celle-ci devrait continuer de s'appliquer tant que l'accès à la téléphonie fixe ne serait pas répliquable pour les autres opérateurs soit par des moyens en propre, soit par le biais de l'accès à la boucle locale de France Télécom, en somme jusqu'à ce que l'ensemble des accès téléphoniques soient pris en charge par internet¹³²⁰.

529. Dès lors, il résulte de ce qui précède que la dérégulation des marchés de détail de la téléphonie fixe ne consacre pas le passage à la seule régulation *ex post*, car elle dépend à la fois du maintien de la régulation *ex ante* des marchés de gros et du maintien d'obligations de sélection et présélection du transporteur également imposées aux entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché. Le constat est le même en ce qui concerne la téléphonie mobile, où l'absence de régulation *ex ante* des communications de détail est liée à l'existence d'une obligation de portabilité du numéro.

ii. La portabilité du numéro dans la téléphonie mobile

530. L'obligation de portabilité du numéro est prévue par la directive service universel, selon laquelle la portabilité du numéro est « *un élément moteur du choix du consommateur et du jeu effectif de la concurrence dans un environnement concurrentiel des télécommunications* »¹³²¹. La directive consacre ainsi l'obligation de portabilité du numéro et en organise la mise en œuvre par le biais de l'autorité réglementaire nationale s'agissant notamment de la fixation de son prix¹³²², ces principes ayant été repris et même renforcés en droit interne à l'occasion de l'adoption de l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011¹³²³.

Or, selon la Commission, l'absence de régulation des marchés de détail de la téléphonie mobile n'est possible que du fait de l'existence de l'obligation de portabilité du numéro mise en œuvre par l'autorité de régulation¹³²⁴. Cette solution a en outre été confirmée par la Cour de justice¹³²⁵. D'ailleurs, selon cette dernière, l'autorité de régulation, si elle doit pour déterminer son prix tenir compte des coûts pour les opérateurs de la fourniture de la portabilité du numéro, garde la faculté de déterminer un prix maximum¹³²⁶, qui peut même être fixé, selon un arrêt de juillet 2010, en deçà de ces coûts afin de ne pas dissuader les consommateurs de faire usage de la portabilité et donc de changer d'opérateur¹³²⁷. Ceci démontre de manière significative que le mar-

¹³²⁰ ARCEP, Décision n° 2011-0926 précitée, pp. 55-56.

¹³²¹ Directive 2002/22 précitée, § 40 de l'exposé des motifs.

¹³²² *Ibid.*, article 30§2 et § 41 et 42 de l'exposé des motifs.

¹³²³ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 27, modifiant l'article L. 44 CPCE.

¹³²⁴ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 41.

¹³²⁵ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (deuxième chambre) du 13 juillet 2006, *Mobistar SA contre Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, C-438/04, § 20 à 30.

¹³²⁶ *Ibid.*, § 30 à 37.

¹³²⁷ Arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 1er juillet 2010, *Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. contre Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, C-99/09, § 28.

ché de détail des communications électroniques n'est pas soumis de manière exclusive au droit commun de la concurrence mais fait l'objet d'une régulation sectorielle.

531. Ainsi, l'absence de régulation *ex ante* des marchés de détail ne signifie pas l'absence de toute régulation sectorielle sur ces marchés car certaines obligations spécifiques, mises en œuvre par l'autorité de régulation, trouvent néanmoins à s'y appliquer. En outre, la dérégulation *ex ante* n'est pas irréversible, ce qui permet de l'envisager plus facilement.

b. L'hypothèse du retour à la régulation *ex ante* en cas de circonstances exceptionnelles

532. Il faut souligner que la dérégulation *ex ante* d'un marché n'est pas irréversible. Notamment, l'article L. 37-3 CPCE prévoit qu'en cas de circonstances exceptionnelles, le ministre ou l'autorité de régulation peuvent imposer des obligations spécifiques aux opérateurs en l'absence de procédure de qualification de la pertinence *ex ante* d'un marché¹³²⁸.

Or, pour l'Autorité de la concurrence, cette disposition permet de faciliter la dérégulation du marché. Cet argument a été consacré à propos des marchés du dégroupage de la boucle locale et du marché des offres de gros d'accès large bande livrées au niveau régional, le Conseil relevant que cette faculté constitue « un élément de réponse, certes limité et exceptionnel mais qui ne peut être exclu », aux risques liés à l'absence de régulation *ex ante* des marchés de détail¹³²⁹.

Cet argument permet alors de relativiser la portée de l'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*. Une fois la dérégulation *ex ante* réalisée, il est en effet toujours possible d'y revenir au cas où des problèmes surviendraient.

533. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que la dérégulation des marchés de détail ne permet pas de conclure à une substitution de la régulation *ex post* à la régulation *ex ante*. En outre, un tel résultat vaut également s'agissant de la dérégulation *ex ante* des marchés de gros.

B. Le maintien du monopole naturel malgré la dérégulation *ex ante* des marchés de gros

534. La dérégulation de certains marchés de gros opérée par la recommandation de 2007 pourrait légitimement être interprétée comme une transcription de l'hypothèse de disparition de la

¹³²⁸ CPCE, article L. 37-3.

¹³²⁹ Cons. Conc., Avis n° 05-A-03 précité, § 21 et 40. *V.*, dans le même sens Avis n° 06-A-21 du Conseil de la concurrence du 17 novembre 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse du marché des accès large bande livrés au niveau national, § 30.

régulation *ex ante* au profit de la régulation *ex post*¹³³⁰. Cependant, cette hypothèse ne résiste pas à l'analyse car la dérégulation *ex ante* des marchés de gros connaît en réalité de très nombreuses limites (1). Un traitement particulier doit être réservé au marché de l'accès et du départ d'appel mobile qui présente de ce point de vue un grand nombre de spécificités qui n'empêchent néanmoins pas de conclure à l'absence de dérégulation sectorielle de ce marché (2).

1. Les limites de la dérégulation *ex ante* des marchés de gros

535. Le phénomène de la dérégulation des marchés de gros qui apparaît dans la recommandation de la Commission n'est en réalité qu'un trompe-l'œil. On peut en effet ici distinguer deux cas de figure. D'une part, le marché de l'itinérance internationale ne figure plus dans la liste des marchés pertinents *ex ante*, mais c'est pour faire l'objet d'une réglementation spécifique encore plus rigoureuse (a). D'autre part, les autres marchés de gros dérégulés visent en réalité des marchés intermédiaires dont la dérégulation *ex ante* trouve ses limites dans les monopoles naturels du départ et de la terminaison d'appel (b).

a. L'hypothèse spécifique du marché de l'itinérance internationale

536. Le marché de l'itinérance internationale est un cas tout à fait spécifique. En effet, son éviction de la recommandation de 2007 ne signifie pas sa dérégulation, bien au contraire. Ici, la Commission a considéré qu'en raison des caractéristiques exceptionnelles de ce marché, comme la persistance de prix très élevés et de rigidités structurelles, il était impossible de lui appliquer le cadre d'analyse prévu par la régulation sectorielle¹³³¹. Ce marché a donc dû faire l'objet d'un règlement communautaire spécifique du Parlement Européen et du Conseil adopté en 2007¹³³², dont le champ d'application a été étendu aux SMS en 2009¹³³³.

Celui-ci prend acte de l'incapacité du cadre réglementaire à mettre en place la concurrence¹³³⁴ du fait des caractéristiques spécifiques de ce marché¹³³⁵, notamment l'impossibilité pour les autorités réglementaires nationales de qualifier la puissance significative sur le marché en raison de la nature nécessairement transfrontalière de celui-ci¹³³⁶. Pour résoudre ce problème, il pré-

¹³³⁰ Cf. *Supra*.

¹³³¹ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 46.

¹³³² Règlement (CE) n° 717/2007 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et modifiant la directive 2002/21/CE.

¹³³³ Règlement (CE) n° 544/2009 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant le règlement (CE) n° 717/2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

¹³³⁴ Règlement (CE) n° 717/2007 précité, § 4 et 9 de l'exposé des motifs.

¹³³⁵ *Ibid.*, § 13 de l'exposé des motifs.

¹³³⁶ *Ibid.*, § 6 de l'exposé des motifs.

voit la mise en place d'obligations réglementaires directement applicables¹³³⁷ tant au niveau du marché de détail que du marché de gros¹³³⁸. Le règlement prévoit au niveau du marché de gros la mise en place d'un « *price-cap* » fixé au niveau communautaire et au niveau du marché de détail la mise en place d'un eurotarif¹³³⁹, mis en œuvre par les autorités réglementaires nationales¹³⁴⁰.

En somme, le marché de l'itinérance internationale n'a pas fait l'objet d'une dérégulation *ex ante* mais bien au contraire d'un renforcement de celle-ci, allant jusqu'à son organisation au niveau du droit de l'Union européenne. L'adoption de cette législation spécifique a été acceptée par la Cour de justice de l'Union européenne, qui l'a justifiée par l'objectif de protection du consommateur et par l'objectif d'achèvement du marché intérieur¹³⁴¹.

En outre, on constate que les autres marchés de gros sont en réalité des marchés intermédiaires dont la dérégulation *ex ante* ne peut suffire à cacher l'indispensable régulation *ex ante* des marchés en aval et en amont.

b. Les limites de la dérégulation *ex ante* des marchés intermédiaires

537. À l'exception des marchés de gros du départ d'appel mobile, il n'existe pas de véritable dérégulation des marchés de gros comme cela peut être démontré à propos de la téléphonie fixe (i) et de l'accès à internet (ii).

i. Les limites de la dérégulation *ex ante* des marchés de la téléphonie fixe

538. S'agissant de la téléphonie fixe, le marché de transit, régulé dans le cadre de la recommandation de 2003¹³⁴², a fait l'objet d'une dérégulation *ex ante* à l'occasion du second cycle d'analyse du marché pertinent¹³⁴³. Cette dérégulation s'explique par le développement d'une véritable concurrence par les infrastructures permettant un fonctionnement effectivement concurrentiel du marché¹³⁴⁴.

539. Cependant, on ne peut en déduire qu'est opérée une véritable dérégulation *ex ante* de ce marché. En effet, la dérégulation *ex ante* de celui-ci ne s'explique que par le maintien de la régula-

¹³³⁷ Règlement (CE) n° 717/2007 précité, § 15 de l'exposé des motifs.

¹³³⁸ *Ibid.*, § 14 de l'exposé des motifs.

¹³³⁹ *Ibid.*, § 17 de l'exposé des motifs, article 3.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, § 20 de l'exposé des motifs, articles 4 et 6.

¹³⁴¹ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 8 juin 2010, *The Queen, à la demande de Vodafone Ltd et autres contre Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, Affaire C-58/08, § 38 à 48.

¹³⁴² Recommandation 2003/311 précitée, marché n°10. *V.*, par ailleurs ART, Décision n° 05-0571 précitée, p. 39 ; *Adde* Décision n° 2007-0744 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 11 septembre 2007 portant modification de la décision n° 05-0571 du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, p. 4.

¹³⁴³ Recommandation 2007/879 précitée ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, pp. 201-203.

¹³⁴⁴ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, pp. 26-27 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, pp. 201-203.

tion des marchés de départ et de terminaison d'appel, dans la mesure où comme l'indique la Commission « *la somme des trois fait l'ensemble* »¹³⁴⁵, et qu'ainsi, comme le précise l'autorité de régulation, la levée de la régulation du marché de transit ne peut se faire qu'en considération « *de la régulation appliquée en amont* »¹³⁴⁶.

En définitive, il n'y a donc pas de réelle dérégulation du marché de la téléphonie fixe dans la mesure où le fonctionnement concurrentiel des marchés intermédiaires ne pourrait exister sans maintien de la régulation du départ et de la terminaison d'appel, qui est pérenne en raison de la caractéristique de monopole naturel de ces deux composantes.

ii. Les limites de la dérégulation *ex ante* des marchés de l'accès à internet

540. Le même raisonnement peut être tenu à propos des marchés de l'accès à internet. De ce point de vue, on peut distinguer le marché de gros de l'accès large bande d'une part et le marché des lignes louées d'autre part.

541. D'une part, on constate une dérégulation *ex ante* du marché des offres de gros d'accès large bande livrées au niveau national. En effet, si ce marché a été d'abord régulé tant au niveau national qu'au niveau régional¹³⁴⁷, il a ensuite été procédé à la dérégulation *ex ante* du marché des offres de gros d'accès large bande au niveau national¹³⁴⁸. La levée de la régulation *ex ante* se justifie alors par l'existence d'une concurrence par les infrastructures¹³⁴⁹ qui permet au seul droit de la concurrence de s'assurer du fonctionnement concurrentiel du marché¹³⁵⁰.

Cependant, il n'est guère possible d'en déduire l'existence d'une véritable dérégulation dans la mesure où ces réseaux nationaux ne se déploient que jusqu'au niveau des offres permettant d'accéder au consommateur final, c'est-à-dire le dégroupage de la boucle locale ou l'offre de gros d'accès large bande livrée au niveau régional, qui continuent de faire l'objet d'une régulation

¹³⁴⁵ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 27.

¹³⁴⁶ ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, p. 204.

¹³⁴⁷ ART, Décision n° 05-0278 précitée, pp. 8-9 ; *Adde* Décision n° 05-0281 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur la définition du marché des offres de gros d'accès large bande livrées au niveau national, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations qui lui sont imposées, pp. 10-11 et pp. 30-34. En effet, à la différence de la Commission européenne, l'autorité de régulation a distingué originairement deux sous-marchés, le marché de gros de l'accès large bande au niveau régional et le marché de gros de l'accès large bande au niveau national, division acceptée par le Conseil de la concurrence. Pour l'autorité de régulation, ces deux marchés ne sont pas suffisamment substituables pour être intégrés dans le même marché, notamment parce le rapport entre les deux marchés n'est qu'asymétrique, c'est-à-dire du niveau national au niveau régional et seulement dans ce sens, et ne concerne que les opérateurs de réseaux, les autres, fournisseurs d'accès à internet notamment, n'ayant pas d'intérêt à changer de réseau. *V.*, également Cons. Conc., Avis n° 05-A-03 précité, § 49.

¹³⁴⁸ Décision n° 07-0089 de l'Arcep en date du 30 janvier 2007 portant sur la levée de la régulation du marché des offres de gros d'accès large bande livrées au niveau national.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, pp. 10-11.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, p. 11.

*ex ante*¹³⁵¹. Enfin est également prévue l'hypothèse de la mise en œuvre d'obligations spécifiques en cas de circonstances exceptionnelles¹³⁵².

542. D'autre part, le même raisonnement peut être tenu s'agissant de la dérégulation *ex ante* du marché de la fourniture en gros de segments de lignes louées sur le réseau interurbains¹³⁵³, qui se justifie également par l'émergence d'une concurrence par les infrastructures¹³⁵⁴.

Cependant, cela ne signifie pas que le marché des lignes louées soit totalement dérégulé *ex ante*. En effet, le marché des segments terminaux de lignes louées reste régulé¹³⁵⁵ puisque les segments terminaux continuent de constituer des monopoles naturels liés à la détention de la boucle locale¹³⁵⁶. Par ailleurs, la dérégulation du marché de gros des services de capacité sur le réseau interurbains s'explique largement par la disponibilité d'infrastructures passives construites par les collectivités territoriales et faisant l'objet d'une régulation¹³⁵⁷.

543. En définitive, il résulte des éléments qui précèdent que la dérégulation *ex ante* des marchés de gros est en réalité limitée car elle ne vise que des marchés de transport de communications électroniques intermédiaires, qui ne peuvent fonctionner techniquement et économiquement qu'à la condition que soit maintenue la régulation des segments terminaux des réseaux qui sont constitutifs de monopoles naturels. L'hypothèse de dérégulation *ex ante* du secteur des communications électroniques doit donc être très largement relativisée.

544. Seul le marché de l'accès et du départ d'appel mobile semble échapper à ce constat. En effet, il s'agit bien d'un marché terminal, et pourtant il ne fait plus l'objet d'une régulation *ex ante*. Cependant, il peut être démontré que la régulation sectorielle reste nécessaire même dans cette hypothèse, celle-ci utilisant alors des moyens détournés de régulation.

2. La régulation indirecte du marché de l'accès et du départ d'appel mobile

545. Le marché de l'accès et du départ d'appel mobile n'est pas régulé *ex ante* (a). Cependant, il peut être démontré que cette absence de régulation *ex ante* ne signifie pas que ce marché relève uniquement du droit commun de la concurrence, dans la mesure où il fait l'objet d'une régulation par d'autres biais (b).

¹³⁵¹ ARCEP, Décision n° 07-0089 précitée, p. 7.

¹³⁵² Cons. Conc., Avis n° 06-A-21 précité, § 30.

¹³⁵³ Recommandation 2003/311 précitée, marché n° 14.

¹³⁵⁴ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 38 ; *Adde* Décision n° 2010-0402 de l'Arcep en date du 8 avril 2010 portant sur la définition des marchés pertinents des services de capacité, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, pp. 32-33.

¹³⁵⁵ Recommandation 2007/879 précitée, marché n°6.

¹³⁵⁶ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 39 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2010-0402 précitée, p. 31.

¹³⁵⁷ ARCEP, Décision n° 2010-0402 précitée, pp. 32-34.

a. La dérégulation *ex ante* du marché de l'accès et du départ d'appel mobile

546. Malgré sa qualification de marché pertinent *ex ante* en droit communautaire, le marché de l'accès et du départ d'appel mobile n'a jamais fait l'objet d'une régulation *ex ante* en France (i). Il a depuis été retiré de la liste des marchés pertinents par la recommandation de 2007 (ii).

i. L'absence de régulation *ex ante* du marché de l'accès et du départ d'appel mobile en droit interne

547. Le marché de l'accès et du départ d'appel mobile devait être considéré, en vertu de la recommandation de 2003, comme un marché pertinent *ex ante*¹³⁵⁸. Cependant, en France, ce marché n'a jamais été régulé *ex ante*.

En 2005, l'autorité de régulation avait préparé un projet de décision dans lequel ce marché avait été qualifié de marché pertinent *ex ante*¹³⁵⁹ et les différents opérateurs de réseaux mobiles considérés comme disposant d'une puissance significative conjointe¹³⁶⁰. Cependant, l'autorité de régulation considéra finalement, suite à un désaccord de la Commission européenne, que la présence d'accords entre les opérateurs de réseaux et les opérateurs virtuels, quoique ne lui paraissant pas pouvoir offrir un espace concurrentiel suffisant à ces derniers, était trop récente pour juger à ce stade de l'évolution du marché et qu'il était donc prématuré de conclure à la pertinence *ex ante* de ce marché¹³⁶¹. Il n'y a donc jamais eu de régulation *ex ante* au sens strict de ce marché en droit français. En outre, en toute hypothèse, ce marché a été dérégulé par la recommandation de 2007.

ii. La dérégulation *ex ante* du marché de l'accès et du départ d'appel mobile en droit communautaire

548. La recommandation de 2007 a opéré la dérégulation *ex ante* du marché de l'accès et du départ d'appel mobile¹³⁶². En effet, pour la Commission, si certaines barrières à l'entrée continuent d'exister, et notamment la limitation des ressources du spectre hertzien, le critère d'absence d'évolution vers une situation concurrence effective n'est en revanche pas rempli pour deux raisons distinctes¹³⁶³.

D'une part, la Commission constate l'existence d'un oligopole permettant la concurrence

¹³⁵⁸ Recommandation 2003/311 précitée, marché n°15.

¹³⁵⁹ Projet de décision n° 05-0331 de l'Autorité de régulation des télécommunications soumis à consultation publique et notifié à la Commission européenne et aux autres régulateurs européens sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public (15 avril 2005 – 16 mai 2005), p. 39.

¹³⁶⁰ *Ibid.*, p. 89.

¹³⁶¹ Communiqué de Presse de l'ART du 31 mai 2005 relatif à la mise sous surveillance des marchés de gros et de détail de l'accès et du départ d'appel mobile.

¹³⁶² Recommandation 2007/879 précitée.

¹³⁶³ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 9 et pp. 44-45.

dans la mesure où les consommateurs peuvent facilement et rapidement changer d'opérateur¹³⁶⁴. D'autre part, elle considère le marché comme étant déjà suffisamment concurrentiel du fait de la présence des opérateurs virtuels, ceux-ci pouvant disposer des réseaux des opérateurs d'infrastructures, ces derniers étant incités à les accueillir en raison de leurs surcapacités et exerçant entre eux une concurrence de ce point de vue¹³⁶⁵. Dès lors, la Commission conclut à l'absence de régulation *ex ante* de ce marché, même si elle admet que celui-ci doit faire l'objet d'une surveillance particulière des autorités de régulation nationales¹³⁶⁶.

Ainsi, à la différence des marchés de gros précédents dont la dérégulation *ex ante* pouvait être relativisée, l'absence de régulation *ex ante* du marché de l'accès et du départ d'appel mobile semble bien réelle et justifiée par l'existence d'une concurrence par les infrastructures, conformément au modèle de l'économie des réseaux. Néanmoins, il peut être démontré que ce résultat n'est en réalité qu'un trompe-l'œil.

b. L'absence de régulation en trompe l'œil du marché de l'accès et du départ d'appel mobile

549. On peut en réalité douter de la véracité de l'hypothèse d'absence de régulation sectorielle en ce qui concerne le marché de l'accès et du départ d'appel mobile. En effet, ce marché n'est pas seulement régi par le droit commun de la concurrence, mais il l'est par une régulation sectorielle qui adopte certes d'autres moyens d'action que la régulation *ex ante* (i). Par ailleurs, l'idée selon laquelle le monopole naturel n'existe pas en matière de réseau mobile a été remise en cause dans certains cas par la pratique industrielle et juridique (ii).

i. Une régulation indirecte du marché de l'accès et du départ d'appel mobile

550. En premier lieu, l'hypothèse de fonctionnement concurrentiel effectif du marché dans le cadre de la téléphonie mobile peut être remise en question. C'était en tout cas la position de départ tant de l'autorité de régulation que du Conseil de la concurrence.

551. D'une part, dans son projet de décision, l'ARCEP faisait valoir un certain nombre d'arguments en faveur de la régulation *ex ante* de ce marché, qualifiant l'existence d'une puissance significative conjointe des opérateurs de réseau¹³⁶⁷. En effet, l'autorité constatait, sur les marchés de gros¹³⁶⁸, que les trois opérateurs adoptaient une ligne commune d'action visant à empêcher

¹³⁶⁴ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 45.

¹³⁶⁵ *Ibid.*

¹³⁶⁶ *Ibid.*, pp. 45-46.

¹³⁶⁷ ART, Projet de décision n° 05-0331 précité, p. 89.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p. 53 et pp. 56 à 65. En ce qui concerne les marchés de détail, la qualification de position dominante conjointe se fondait sur une faible dynamique concurrentielle en termes de parts de marchés, celles-ci étant stables sur une longue période, tandis que la concurrence par les prix apparaissait faible.

l'accès au réseau dans des conditions permettant de faire une concurrence significative sur le marché de détail¹³⁶⁹. En effet, les contrats passés entre les opérateurs de réseaux et les opérateurs alternatifs, fournissant les mêmes prestations, ne permettaient pas de différenciation non tarifaire, et instaurent une relation de dépendance de l'opérateur virtuel vis-à-vis de l'opérateur de réseau¹³⁷⁰. Ainsi, le marché était considéré par l'ARCEP comme non effectivement concurrentiel.

552. D'autre part, le Conseil de la concurrence s'était également prononcé à l'époque en faveur d'une régulation *ex ante* de ce marché¹³⁷¹. Il soulignait en effet que la conclusion sur une base volontaire d'accords entre les opérateurs de réseaux et les opérateurs virtuels résultait uniquement des menaces d'intervention de l'ARCEP¹³⁷². Par ailleurs, il constatait que les contrats d'accès aux réseaux initiaux ne permettaient pas aux opérateurs virtuels de différencier réellement leurs offres et que certaines dispositions de ces contrats limitaient la « liberté commerciale »¹³⁷³ des opérateurs virtuels soit en encadrant la clientèle susceptible d'être visée¹³⁷⁴, soit parce que les tarifs de gros ne permettaient pas d'atteindre certains segments de clientèle¹³⁷⁵, soit parce qu'étaient imposées des contraintes techniques rendant plus difficiles la mise en place d'innovations¹³⁷⁶. Par ailleurs, ces contrats étaient conclus pour des durées particulièrement longues et contenaient des clauses d'exclusivité¹³⁷⁷. Enfin, l'existence d'une puissance significative conjointe n'était pas à exclure¹³⁷⁸.

En outre, le Conseil de la concurrence a réitéré sa position récemment. Il a ainsi considéré qu'il convenait de réguler *ex ante* le secteur en raison de la faible pression concurrentielle des opérateurs virtuels¹³⁷⁹ liée aux conditions d'hébergement de ceux-ci fixées par leurs contrats précédemment exposées¹³⁸⁰. En outre, l'arrivée sur le marché d'un nouvel opérateur de réseau mobile, non encore effective aujourd'hui, ne serait guère en mesure de modifier cette situation puisque la concurrence ainsi nouvellement créée ne pourrait profiter qu'aux nouveaux entrants, les anciens étant captifs de leurs contrats d'hébergement¹³⁸¹. Enfin, le seul droit de la concurrence ne saurait suffire à remédier aux problèmes concurrentiels en raison de sa trop grande difficulté de mise en œuvre dans ce secteur¹³⁸².

Dès lors, la seule chose s'opposant à la mise en œuvre d'une régulation *ex ante* de ce mar-

¹³⁶⁹ ART, Projet de décision n° 05-0331 précité, pp. 66-71.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, pp. 71-74.

¹³⁷¹ Cons. Conc., Avis n° 05-A-09 précité, § 40.

¹³⁷² *Ibid.*, § 5 et 29.

¹³⁷³ *Ibid.*, § 29 et 30.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, § 34.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, § 31 à 33.

¹³⁷⁶ *Ibid.*, § 35 à 36.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, § 38.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, § 62 à 67.

¹³⁷⁹ Cons. Conc., Avis n° 08-A-16 précité, § 35 à 38.

¹³⁸⁰ *Ibid.*, § 41 à 89.

¹³⁸¹ *Ibid.*, § 101 à 107.

¹³⁸² *Ibid.*, § 108 à 131.

ché est bien, pour le Conseil de la concurrence, l'opposition de la Commission européenne¹³⁸³. Le Conseil de la concurrence a alors regretté ce positionnement¹³⁸⁴, car selon lui, toute évolution ne pourrait venir que de la mise en place du quatrième opérateur et de la remise en cause des contrats précédents¹³⁸⁵, ce qui ne peut résulter que « *d'initiatives prises par le régulateur ou, à défaut, le législateur dans le cas où le marché échouerait à créer les incitations recherchées* »¹³⁸⁶.

553. En somme, l'hypothèse du fonctionnement concurrentiel du marché de l'accès et du départ d'appel mobile est fortement contestée par les autorités, y compris par l'autorité de concurrence dont on a pourtant vu par ailleurs ses positions favorables à la théorie de l'économie des réseaux. Ceci explique que l'autorité de régulation ait finalement adopté des biais afin de réguler ce marché en dehors de la régulation *ex ante*.

554. En second lieu, en effet, l'absence de régulation *ex ante* de ce marché n'a pas empêché l'exercice d'une régulation, quoique celle-ci ait été mise en œuvre de manière indirecte. De ce point de vue, deux procédures ont été utilisées et constituent aujourd'hui les outils opérationnels de la régulation de ce marché.

D'une part, l'autorité de régulation a utilisé les autorisations d'occupation du domaine public hertzien afin d'imposer aux opérateurs des obligations d'itinérance au bénéfice des opérateurs virtuels¹³⁸⁷. Cette technique constitue désormais une pratique systématique, comme en témoignent récemment les conditions d'attribution de la quatrième licence UMTS, dans la mesure où l'accès des opérateurs virtuels fut un critère essentiel d'attribution de la licence¹³⁸⁸ et constitue aujourd'hui une obligation fondamentale de l'opérateur¹³⁸⁹. Ce principe a enfin confirmé en mai 2011 s'agissant de l'attribution prochaine des nouvelles licences 4G, l'autorité de régulation considérant que l'accueil des opérateurs virtuels sera un critère d'attribution de ces licences¹³⁹⁰.

D'autre part, l'autorité de régulation opère également une régulation de ce marché par le

¹³⁸³ Cons. Conc., Avis n° 08-A-16 précité, § 97 à 100.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, § 139.

¹³⁸⁵ *Ibid.*

¹³⁸⁶ *Ibid.*, § 140.

¹³⁸⁷ Décision n° 00-835 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 28 juillet 2000 proposant au ministre chargé des télécommunications les modalités et les conditions d'attribution des autorisations pour l'introduction en France métropolitaine des systèmes mobiles de troisième génération, p. 8 et s.

¹³⁸⁸ Décision n° 2009-1067 de l'Arcep en date du 17 décembre 2009 relative au compte rendu et au résultat de la procédure d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération, pp. 29-32.

¹³⁸⁹ Décision n° 2010-0043 de l'ARCEP en date du 12 janvier 2010 autorisant la société Free Mobile à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public, p. 17.

¹³⁹⁰ Décision de l'Arcep n° 2011-0600 en date du 31 mai 2011 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, pp. 15-16 ; *Adde* Décision de l'Arcep n° 2011-0598 en date du 31 mai 2011 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, p. 11. *V.*, Arrêté du 14 juin 2011 relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans les bandes 800 MHz et 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile terrestre.

biais de son pouvoir de règlement de différends¹³⁹¹ puisqu'après l'avoir refusé dans un premier temps¹³⁹², l'ARCEP considère aujourd'hui que les contrats d'hébergement entrent dans le champ d'application de son pouvoir de règlement de différends car relevant d'une forme d'accès¹³⁹³, et utilise ce pouvoir pour sanctionner les obligations d'hébergement des opérateurs virtuels figurant dans les autorisations d'occupation du domaine public hertzien des opérateurs de réseau¹³⁹⁴.

Ainsi, l'absence de régulation *ex ante* ne signifie pas que le marché de l'accès et du départ d'appel mobile soit exclusivement soumis à une régulation *ex post*. Au contraire, il apparaît que ce marché continue de faire l'objet d'une régulation sectorielle, mais indirecte, au sens où elle ne s'exerce pas par le biais de la régulation *ex ante* mais par d'autres moyens juridiques, sur lesquels il faudra revenir¹³⁹⁵. Il y a en somme une régulation de biais.

555. En définitive, il apparaît de manière tout à fait claire que la dérégulation *ex ante* du marché de l'accès et du départ d'appel mobile est en réalité une dérégulation en trompe-l'œil dans la mesure où celle-ci entraîne l'utilisation d'autres outils de régulation et non la seule utilisation du droit de la concurrence. En outre, contrairement aux hypothèses de l'économie des réseaux, des éléments de monopole naturel se maintiennent dans le domaine de la téléphonie mobile.

ii. Le maintien partiel d'un monopole naturel des installations de téléphonie mobile

556. L'hypothèse de la dérégulation *ex ante* des marchés de gros de la téléphonie mobile peut par ailleurs être remise en cause du fait que l'existence de tout monopole n'a pas disparu dans le cadre de la téléphonie mobile, contrairement aux hypothèses de l'économie des réseaux. En effet, à plusieurs titres, les installations de téléphonie mobile sont aujourd'hui assimilables, si ce n'est à de véritables monopoles naturels, au moins à des installations communes faisant l'objet d'une réglementation sectorielle spécifique.

557. En premier lieu, les réseaux de téléphonie mobile font l'objet d'une obligation d'accès et donc d'une régulation, indirecte. En effet, dans une affaire relative à la concentration entre le

¹³⁹¹ CPCE, article L. 38-6.

¹³⁹² *V.*, Décision n° 02-1192 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 17 décembre 2002 se prononçant sur un différend entre les sociétés Télé2 France SA et Orange France, pp. 24-27. L'autorité de régulation avait considéré que ces contrats ne pouvaient tomber sous le coup de la compétence de règlement de différends de l'autorité de régulation. D'une part, elle avait considéré qu'ils ne correspondaient pas à la notion d'interconnexion, car ils n'avaient pas pour objet de permettre aux utilisateurs de communiquer librement entre eux mais simplement de permettre de fournir des services aux seuls clients de l'opérateur alternatif, le critère de réciprocité des prestations n'étant alors pas rempli. D'autre part, elle avait considéré qu'ils ne correspondaient pas à la notion d'accès, en raison de la définition donnée de l'accès dans le cadre de l'ancienne réglementation, mais que cela pourrait être le cas à l'avenir sous le régime du paquet Télécom, qui considère l'itinérance comme une prestation d'accès.

¹³⁹³ Décision n° 06-0406 de l'Arcep en date du 4 avril 2006 se prononçant sur un différend opposant la société Afone et la Société Française du Radiotéléphone (SFR), pp. 23-26.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, pp. 26-29.

¹³⁹⁵ *Cf. Infra.*

réseau de TDF et celui de Bouygues Télécom, la concentration n'a été autorisée, conformément à l'avis du Conseil de la concurrence¹³⁹⁶, qu'à la condition que le réseau ainsi obtenu soit mutualisé, ce qui impliquait la souscription à des engagements ayant pour objet de donner un accès au réseau assorti d'un catalogue de prix complet, transparent et non discriminatoire¹³⁹⁷. Il est significatif de souligner en outre que la mutualisation des réseaux résultant de la concentration a été considérée comme justifiée au regard du progrès économique que constitue la réduction des besoins d'investissement de chaque opérateur¹³⁹⁸.

Ainsi, bien que celle-ci ne relève pas de la régulation *ex ante* au sens strict, il reste qu'il existe bien un droit d'accès aux installations des réseaux de communication mobile s'étant opéré par le biais du contrôle des concentrations. Il n'est donc pas possible de considérer que l'utilisation des installations mobiles est garantie uniquement par une intervention *a posteriori* des organes de concurrence. Or, ce résultat peut être généralisé.

558. En deuxième lieu, en effet, la mutualisation des réseaux est de manière générale encouragée par les directives de l'Union européenne. La directive autorisation prévoit ainsi que les autorités réglementaires nationales doivent favoriser le partage des ressources et biens fonciers, qui peut être imposé lorsqu'il n'y a pas d'autres possibilités viables du fait de la nécessité de protéger l'environnement, la santé ou la sécurité publique, ou de la volonté de réaliser des objectifs d'urbanisme ou d'aménagement du territoire¹³⁹⁹. La directive cadre prévoit que cette hypothèse peut s'appliquer aux pylônes, antennes ou réseaux d'antennes¹⁴⁰⁰. L'importance de ces dispositifs de mutualisation a été confirmée et renforcée dans le cadre de la directive 2009/140¹⁴⁰¹.

Ainsi, le code des postes et des communications contient quelques dispositions relatives au partage d'installations¹⁴⁰². S'agissant des réseaux de télécommunications mobiles, l'hypothèse la plus importante est celle du partage des installations de réseaux de troisième génération. Or, celle-ci est organisée par le droit sectoriel, notamment dans les zones peu denses. D'abord, des clauses

¹³⁹⁶ Avis n° 02-A-04 du Conseil de la concurrence en date du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Telecom, pp. 17-18.

¹³⁹⁷ Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 26 avril 2002, aux conseils des sociétés TDF et BOUYGTELE, relative à une concentration dans le secteur des équipements de télécommunication mobile. *V.*, également Cons. Conc., Avis n° 02-A-04 précité.

¹³⁹⁸ Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 26 avril 2002, précitée ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 02-A-04 précité, p. 17.

¹³⁹⁹ Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation"), article 12§2.

¹⁴⁰⁰ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), § 23 de l'exposé des motifs.

¹⁴⁰¹ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, § 43 de l'exposé des motifs.

¹⁴⁰² CPCE, article L. 45-1 concernant le domaine public non routier, article L. 47 concernant le domaine public routier, article L. 48 concernant le partage d'installations à titre de servitudes sur une propriété privée.

ont été insérées très tôt dans les autorisations données par l'autorité afin d'obliger les opérateurs de réseaux à donner accès à leurs installations, un tel partage étant alors considéré par l'autorité de régulation comme devant être « *systématiquement favorisé* »¹⁴⁰³. Ensuite, le législateur est allé plus loin puisqu'un pouvoir de partage des installations de troisième génération a été attribué à l'autorité de régulation¹⁴⁰⁴. Cette nouvelle possibilité a bien sûr été mise en œuvre par l'autorité de régulation afin de mutualiser les sites entre opérateurs, un accord-cadre ayant été prévu d'ici la fin de l'année 2010 en ce qui concerne les zones peu denses en termes de population, qui a été signé depuis par les opérateurs mobiles concernés¹⁴⁰⁵.

Enfin, il convient de noter que l'accès aux installations de téléphonie mobiles a récemment été renforcé par l'autorité de régulation puisque celle-ci a considéré qu'entraîné dans le champ de sa compétence de règlement de différends les litiges relatifs à l'accès aux pylônes, laissant entendre qu'à l'avenir un contentieux pourrait également s'engager sur cette base¹⁴⁰⁶.

559. Ainsi, loin de transcrire l'hypothèse de la coexistence de multiples réseaux mobiles autonomes, le droit positif consacre la possibilité d'une situation inversée. Plutôt que se multiplier, les réseaux de communications électroniques peuvent être concentrés sous la surveillance de la régulation sectorielle, notamment dans les zones peu denses où leur structure se rapproche de l'hypothèse du monopole naturel. Le droit positif a donc pour effet d'inciter à la reconstitution de monopoles, et par conséquent contredit les hypothèses de l'économie des réseaux.

560. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que le droit positif ne transcrit finalement pas l'hypothèse de la disparition du monopole naturel, pourtant fondamentale en économie des réseaux. En outre, il reconnaît l'existence de nombreuses autres spécificités du secteur des communications électroniques pourtant niées par l'économie des réseaux, qui toutes révèlent la mise en œuvre d'une politique publique.

¹⁴⁰³ *V.*, ART, Décision n° 00-835 précitée, pp. 10-11. *V.*, pour l'application la plus récente, ARCEP, Décision n° 2010-0043 précitée, pp. 7-8.

¹⁴⁰⁴ *V.*, Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, article 119 selon lequel « *le respect des objectifs visés au II de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques et afin de faciliter la progression de la couverture du territoire en radiocommunications mobiles de troisième génération, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes détermine, après consultation publique et au plus tard six mois après la promulgation de la présente loi, les conditions et la mesure dans lesquelles sera mis en œuvre, en métropole, un partage des installations de réseau de troisième génération de communications électroniques mobiles, et notamment le seuil de couverture de la population au-delà duquel ce partage sera mis en œuvre* ». *V.*, en outre article D. 98-6-1 du code des postes et des communications électroniques, selon lequel l'« *opérateur fait en sorte, dans la mesure du possible, de partager les sites radioélectriques avec les autres utilisateurs de ces sites* » ce qui signifie qu'il doit lorsqu'il envisage d'établir un site privilégier une solution de partage, anticiper l'installation d'autres opérateur et répondre favorablement aux demandes raisonnables de partage de sites.

¹⁴⁰⁵ Décision n° 2009-0328 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 9 avril 2009 fixant la mesure et les conditions dans lesquelles sera mis en œuvre un partage d'installations de réseau mobile de troisième génération en métropole, p. 4 et p. 8.

¹⁴⁰⁶ Décision n° 2010-0323 de l'Arcep en date du 18 mars 2010 se prononçant sur un différend opposant les sociétés INFOSAT et SFR, pp. 5-6.

Section II. La consécration juridique du maintien de politiques publiques

561. À l'inverse de la théorie de l'économie des réseaux, le droit positif consacre l'existence de nombreuses spécificités propres au secteur des communications électroniques, qui continuent ainsi de justifier le maintien de la régulation sectorielle, notamment *ex ante*, et qui s'analysent en termes de politiques publiques. Certaines ont une vocation principale de nature économique (§1), tandis que d'autres ont une vocation principale de nature extra-économique (§2).

§1. La consécration juridique de politiques publiques à vocation économique

562. Le secteur des communications électroniques connaît, outre le monopole naturel, des spécificités économiques qui justifient le maintien d'une politique publique. De ce point de vue, deux politiques publiques principales doivent être citées.

D'une part, le secteur des communications électroniques se caractérise par l'importance, pour son fonctionnement, de ressources rares qui rendent nécessaire l'intervention de la puissance publique (A). D'autre part, des problèmes importants de sous-investissement, liés à l'exercice de la régulation *ex ante*, trouvent aujourd'hui leur réponse dans la mise en œuvre de politiques publiques s'éloignant du modèle de l'économie des réseaux (B).

A. La régulation des ressources rares

563. L'économie des réseaux ne fait guère de place, dans ses conceptualisations, à la question des ressources rares, alors qu'il s'agit pourtant d'un problème tout à fait fondamental du secteur des communications électroniques. En effet, il existe dans ce secteur de nombreuses ressources rares (1). L'existence de celles-ci rend alors nécessaire la mise en œuvre d'un régime juridique particulier relevant de la régulation sectorielle (2).

1. La reconnaissance juridique des ressources rares

564. Pour certains économistes, les hypothèses de l'économie des réseaux sont erronées dans la mesure où le secteur des communications électroniques continue de se caractériser par la présence de nombreuses ressources rares qui empêchent de concevoir le passage d'une régulation *ex ante* à une régulation *ex post* (a). Le droit positif retient les mêmes hypothèses et apparaît alors en contrariété avec l'économie des réseaux (b).

a. Les ressources rares en économie des télécommunications

565. L'économie publique considère qu'il existe des biens publics ou semi-publics, qui sont analysés comme des défaillances de marché. Il s'agit de biens présentant des caractéristiques spécifiques en termes de non-rivalité et de non-exclusion, qui impliquent l'intervention de l'État car le marché ne permet pas de les allouer de manière efficace¹⁴⁰⁷.

Or, pour certains économistes, le secteur des communications électroniques est grevé d'un grand nombre de biens publics ou semi-publics¹⁴⁰⁸. C'est notamment le cas du spectre hertzien, dont il faut éviter la saturation, ce qui limite la possibilité d'utiliser les technologies sans fil¹⁴⁰⁹ et constitue donc un goulot d'étranglement¹⁴¹⁰. On retrouve la même logique concernant d'autres ressources rares, comme les droits de passage ou la numérotation¹⁴¹¹.

566. Or, l'existence de ces ressources rares rend nécessaire leur attribution de manière non discriminatoire et par voie de conséquence le maintien d'une régulation sectorielle¹⁴¹². Ces hypothèses contredisent donc celles de l'économie des réseaux, dans la mesure où la substitution des technologies mobiles aux technologies fixes est un argument constamment mis en avant par celle-ci afin de contourner les monopoles naturels présents dans la téléphonie fixe¹⁴¹³.

Or, le droit positif transcrit la première thèse plutôt que la seconde. En effet, la consécration de l'existence de ressources rares permet de conclure à l'absence de transcription de l'économie des réseaux et par voie de conséquence au maintien de la régulation sectorielle.

b. Les ressources rares en droit positif

567. Le droit positif des communications électroniques consacre l'importance des ressources rares et de leur allocation dans le cadre de la régulation sectorielle (i). Celles-ci sont alors prises en compte dans le droit positif interne par l'intermédiaire de notions juridiques permettant de rendre compte de leur spécificité (ii).

¹⁴⁰⁷ V., GREFFE X., *Économie des politiques publiques*, Paris, Dalloz, 1994, p. 69 ; Adde WEBER L., *L'État, acteur économique. Analyse économique du rôle de l'État*, Paris, Economica, 1988, pp. 45-46 ; Adde DEPRES C., GROLLEAU G., MZOUGH N., « Analyse exploratoire de quelques stratégies de fourniture "non publique" des biens "publics" », *Cahiers d'économie et sociologie rurales*, 2005, pp. 30-33 ; Adde LÉVÊQUE F., *Économie de la réglementation*, Paris, La découverte, « Repères », 2004, pp. 8-9.

¹⁴⁰⁸ CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, pp. 59-60.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 19, pp. 26-27, p. 145, etc.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 165.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, p. 187.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 169.

¹⁴¹³ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, p. 70 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, p. 7 ; Adde FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, p. 244.

i. L'identification des ressources rares en droit positif

568. L'évolution du droit positif tend à donner raison aux économistes sceptiques vis-à-vis de l'économie des réseaux. En effet, la nouvelle directive 2009/140 est allée dans le sens de la plus grande reconnaissance de l'importance des ressources rares¹⁴¹⁴.

569. D'abord, la plus importante de celles-ci est le spectre hertzien¹⁴¹⁵. Certes, certaines ressources de spectre hertzien ne sont pas rares et dans ce cas les États membres doivent inclure le droit de disposer des fréquences dans l'autorisation générale et ne pas demander d'autorisation supplémentaire¹⁴¹⁶. L'évolution du droit positif va d'ailleurs dans le sens d'une clarification de ce principe puisque l'ancien article L. 41-1 CPCE, qui prévoyait que l'« utilisation de fréquences radioélectriques en vue d'assurer soit l'émission, soit à la fois l'émission et la réception de signaux est soumise à autorisation administrative »¹⁴¹⁷, a été remplacé, par l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011, par un principe de liberté, puisque l'existence d'une autorisation administrative pour utiliser les fréquences ne sera plus demandée que par exception, lorsque cela est nécessaire pour éviter les brouillages préjudiciables, assurer la qualité technique du service, préserver l'efficacité de l'utilisation des fréquences radioélectriques ou de manière plus générale réaliser un objectif d'intérêt général mentionné à l'article L. 32-1 CPCE ou au nouvel article L. 42.III¹⁴¹⁸, prévoyant la possibilité pour l'autorité de régulation de restreindre certains services pour des raisons d'intérêt général¹⁴¹⁹.

Cependant, les ressources hertziennes les plus importantes sont rares, ainsi que le souligne la décision relative au spectre à laquelle la directive cadre renvoie¹⁴²⁰, selon laquelle le nombre limité des fréquences du spectre radioélectrique provoquera des tensions concernant son attribution¹⁴²¹, ou répondent aux cas prévus par le nouvel article L. 41-1 CPCE. Ainsi, de façon particulièrement significative, la directive 2009/140 a qualifié les radiofréquences de « ressource publique limitée »¹⁴²². Il résulte alors de ces qualifications le fait que les ressources rares hertziennes font l'objet d'un régime spécifique et exorbitant¹⁴²³. Récemment, la Cour de justice a d'ailleurs pu es-

¹⁴¹⁴ Directive 2009/140 précitée, § 24 et s. de l'exposé des motifs.

¹⁴¹⁵ Directive 2002/21 précitée, § 3 et 8 de l'exposé des motifs.

¹⁴¹⁶ Directive 2002/20 précitée, article 5§1. Cette hypothèse intervient lorsque les problèmes de rareté se posent peu, notamment quand « le risque de brouillage préjudiciable est négligeable ». Dans ce cas, l'autorité de régulation attribue les autorisations de façon objective, transparente et non discriminatoire, et les motifs de refus sont limités strictement aux besoins de la sécurité nationale, à la bonne utilisation des fréquences, etc. (article 6§1). L'autorisation ne prévoit alors que la nature et les caractéristiques techniques des équipements, réseaux et services qui peuvent utiliser la fréquence, la durée de l'autorisation, le montant des redevances, etc. (article 6§1, article L.42-1 CPCE).

¹⁴¹⁷ CPCE, article L. 41-1.

¹⁴¹⁸ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 24, modifiant l'article L. 41-1 CPCE.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, article 25, insérant un nouvel article L. 42. III. Cf. *Infra*.

¹⁴²⁰ Décision n° 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision «spectre radioélectrique»), § 19 de l'exposé des motifs.

¹⁴²¹ *Ibid.*, § 3 et § 8 de l'exposé des motifs.

¹⁴²² Directive 2009/140 précitée, § 24 de l'exposé des motifs.

¹⁴²³ Directive 2002/20 précitée, article 5.

timer que les États pouvaient valablement, dans l'hypothèse de ressources rares, fixer des taxes prenant en compte la valeur marchande de ces ressources, et étaient libres de l'utilisation du produit de ces redevances¹⁴²⁴. Le Conseil d'État est allé dans le même sens dans deux arrêts du 3 août 2011, en se fondant sur les principes classiques relatifs aux redevances pour services rendus¹⁴²⁵.

570. Ensuite, une autre ressource rare mise en avant par la directive cadre est la numérotation, ressource essentielle à la concurrence entre les entreprises du secteur¹⁴²⁶, ainsi que l'a confirmé la directive 2009/140¹⁴²⁷. Il s'agit, avec le spectre hertzien, de la seconde ressource rare la plus importante dans le fonctionnement du secteur.

571. En outre, il faut noter que, de manière plus générale, la directive encourage la colocation et le partage des ressources non pas tant pour des raisons économiques mais pour des raisons liées à l'urbanisme, à la santé publique ou à l'environnement¹⁴²⁸ s'agissant notamment des gaines, bâtiments, pylônes, antennes ou réseaux d'antennes¹⁴²⁹. La directive 2009/140 est allée dans le sens d'un renforcement de cette mutualisation¹⁴³⁰.

572. Enfin, est consacrée l'existence de droits de passage sur les propriétés publiques ou privées, ce qui peut également s'analyser comme des ressources rares¹⁴³¹.

573. En somme, le droit positif reconnaît l'existence de nombreuses ressources rares dans le droit des communications électroniques¹⁴³², ce secteur ayant d'ailleurs servi d'exemple de référence à la doctrine juridique pour s'approprier ce vocabulaire¹⁴³³.

Cependant, la directive cadre ne porte pas atteinte aux dispositions nationales relatives au droit de propriété, au domaine public, ou encore au principe de neutralité du droit communautaire vis-à-vis de la nature publique ou privée de la propriété¹⁴³⁴. Il est alors tout à fait significatif de relever la façon dont cette rareté a été prise en compte dans les catégories du droit interne. En effet, il apparaît que ce dernier a utilisé les catégories du droit public permettant de tenir compte de cette rareté tout en rendant possible leur exploitation économique.

¹⁴²⁴ Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 10 mars 2011, *Telefónica Móviles España SA contre Administración del Estado et Secretaría de Estado de Telecomunicaciones*, C-85/10, § 33 et 34.

¹⁴²⁵ Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 03 août 2011, *Syndicat national des installateurs en radiocommunications*, n° 337740, Mentionné dans les tables du recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 03 août 2011, *Société BLS* n° 337127, Inédit au recueil Lebon.

¹⁴²⁶ Directive 2002/21 précitée, § 20 de l'exposé des motifs.

¹⁴²⁷ Directive 2009/140 précitée, § 41 de l'exposé des motifs.

¹⁴²⁸ Directive 2002/21 précitée, § 24 de l'exposé des motifs.

¹⁴²⁹ *Ibid.*, § 23 de l'exposé des motifs.

¹⁴³⁰ Directive 2009/140 précitée, § 43 de l'exposé des motifs.

¹⁴³¹ Directive 2002/21 précitée, article 11 ; *Adde* Directive 2009/140/CE précitée, § 42 et 43 de l'exposé des motifs. *V.*, en droit interne, CPCE, articles L. 45-1 et s.

¹⁴³² CALMETTE J.-F., *La rareté en droit public*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2004, p. 289 et s.

¹⁴³³ HUET P., « Allocation et gestion des ressources rares », in *Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation*, *AJDA*, 1997, pp. 251-253.

¹⁴³⁴ Directive 2002/21 précitée, § 22 de l'exposé des motifs.

ii. La qualification juridique des ressources rares

574. Le droit positif interne a été conduit à adopter une qualification des ressources rares permettant de prendre en compte leur rareté tout en rendant possible leur exploitation économique. De ce point de vue, les ressources rares les plus importantes sont le spectre hertzien d'une part et la numérotation d'autre part.

575. En ce qui concerne le spectre hertzien, le droit français a prévu que les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la France relèvent du domaine public de l'État¹⁴³⁵. Le domaine public semble en effet la notion juridique la plus adaptée à la prise en charge du spectre hertzien¹⁴³⁶ en ce qu'elle permet à l'État de s'assurer de la maîtrise de ressources tout à la fois rares¹⁴³⁷, stratégiques et indispensables à l'exercice de nombre de ses missions d'intérêt général¹⁴³⁸, tout en lui permettant de disposer d'une ressource financière intéressante, puisque la catégorie du domaine public permet l'exploitation économique en même temps qu'elle garantit la protection de la ressource¹⁴³⁹. La nouvelle directive 2009/140 confirme cette analyse en qualifiant le spectre hertzien de « *ressource publique limitée qui a une grande valeur marchande et pour la population* »¹⁴⁴⁰.

En tant que ressource relevant du domaine public, le spectre hertzien fait donc l'objet d'un régime exorbitant de droit commun. L'attribution des fréquences, en effet, relève de la compétence du premier ministre qui décide quelles fréquences sont attribuées aux administrations de l'État et quelles sont celles qui sont attribuées à l'ARCEP et au CSA¹⁴⁴¹. Est par ailleurs instituée une agence nationale des fréquences, l'ANFR, établissement public de l'État à caractère administratif, qui a pour mission d'assurer la planification, la gestion et le contrôle de l'utilisation, y compris privative, du domaine public des fréquences radioélectriques¹⁴⁴², dont les pouvoirs ont été renforcés par l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 notamment dans l'optique de la lutte contre le brouillage préjudiciable¹⁴⁴³. En outre, l'utilisation des fréquences doit désormais, suite à l'adoption de l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011, être soumise à autorisation administrative lorsque cela est nécessaire pour éviter les brouillages, pour assurer la qualité du service, pour préserver l'efficacité de l'utilisation des fréquences ou pour réaliser des objectifs d'intérêt général¹⁴⁴⁴. Enfin, sans qu'il soit nécessaire d'étudier ici cet aspect en détail, il est significatif de noter que le récent contentieux

¹⁴³⁵ CPCE, article L. 41-1.

¹⁴³⁶ CALMETTE J.-F., *La rareté en droit public*, op. cit., p. 299.

¹⁴³⁷ DELCROS B., « *Controverses : les ondes appartiennent-elles au domaine public ?* », RFDA, 1989, p. 251.

¹⁴³⁸ CPCE, article L. 41-1 ; *Adde* CPCE, article L. 43.

¹⁴³⁹ CALMETTE J.-F., *La rareté en droit public*, op. cit., p. 298.

¹⁴⁴⁰ Directive 2009/140 précitée, § 24 de l'exposé des motifs.

¹⁴⁴¹ CPCE, article L. 41.

¹⁴⁴² *Ibid.*, article L. 43.

¹⁴⁴³ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 43, modifiant l'article L. 43 CPCE.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, article 24, modifiant l'article L. 41-1 CPCE.

relatif à l'attribution de la 4^{ème} licence 3G a fait application des règles classiques relatives au domaine public¹⁴⁴⁵.

576. En ce qui concerne la numérotation¹⁴⁴⁶, celle-ci n'est pas considérée comme relevant du domaine public mais davantage comme relevant d'une police spéciale¹⁴⁴⁷. Néanmoins, le recours à la notion de police spéciale ne permet pas moins de protéger et d'allouer correctement les ressources rares par le biais de l'action de l'autorité de régulation¹⁴⁴⁸.

577. Si les qualifications juridiques opérées sont donc différentes, il apparaît cependant dans les deux cas que le droit interne a consacré l'existence des ressources rares et les a traitées juridiquement par le biais de catégories permettant leur exploitation économique mais garantissant dans le même temps le maintien de prérogatives de la puissance publique sur elles, évitant que cette rareté n'échappe à l'État.

Or, une telle opération consacre bien la pérennité de l'existence de ces ressources rares et la nécessité de leur réserver un traitement juridique particulier relevant du droit public. Elle vient dès lors contredire les hypothèses de l'économie des réseaux selon lesquelles les spécificités de ce secteur ont vocation à disparaître tandis que le droit commun de la concurrence devrait être en mesure de s'assurer seul du fonctionnement concurrentiel du marché. Un tel résultat se trouve par ailleurs renforcé par la place que tient l'autorité de régulation au sein de ce dispositif.

2. Les ressources rares dans la régulation sectorielle

578. Les ressources rares apparaissent comme une composante essentielle de la régulation des communications électroniques. D'une part, elles font l'objet elles-mêmes d'une régulation sectorielle (a). D'autre part, leur régulation constitue en outre un outil très important de la régulation plus générale du secteur (b).

a. Les ressources rares, objets de la régulation sectorielle

579. Le régime juridique des ressources rares prend le contrepied des hypothèses de l'économie des réseaux. En effet, il consacre la pérennité de la régulation sectorielle puisque la régulation des ressources rares est prise en charge par l'autorité sectorielle.

580. En premier lieu, l'attribution du spectre hertzien relève de la compétence des autorités réglementaires nationales qui doivent respecter les principes d'objectivité, de transparence et de

¹⁴⁴⁵ GUILLAUME E., COUDRAY L., « Le contentieux de la 4^{ème} licence 3G. À propos de la décision du Conseil d'État, *Bonnygues Télécom* du 12 octobre 2010 », *RJEP*, n°683, février 2011, pp. 11-18.

¹⁴⁴⁶ CPCE, article L. 44.

¹⁴⁴⁷ CALMETTE J.-F., *La rareté en droit public*, *op. cit.*, pp. 291-292.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*, pp. 189-199.

non-discrimination¹⁴⁴⁹. En cas de rareté, l'utilisation de ressources hertziennes doit faire l'objet d'une autorisation individuelle¹⁴⁵⁰ et peut faire l'objet de procédures de sélection concurrentielles ou comparatives¹⁴⁵¹. Dans ce dernier cas, en droit interne, c'est d'abord le ministre qui fixe les conditions d'attribution ainsi que la durée de ces autorisations¹⁴⁵². Puis celle-ci sont attribuées par l'ARCEP qui détermine le type d'équipement, de réseau ou de service auxquels va être affectée la fréquence, ainsi que les conditions techniques de son utilisation¹⁴⁵³, puis les attribue par le biais d'une autorisation administrative¹⁴⁵⁴ à l'issue d'une procédure de mise en concurrence¹⁴⁵⁵.

Les pouvoirs de l'ARCEP viennent d'ailleurs d'être significativement augmentés de ce point de vue. En effet, l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 donne à l'ARCEP le pouvoir de fixer des restrictions proportionnées et non discriminatoires aux types d'équipements, de réseaux et de technologies utilisés, lorsque cela est nécessaire pour éviter les brouillages préjudiciables, protéger la santé publique, assurer la qualité technique du service, optimiser le partage des fréquences, favoriser l'efficacité de l'utilisation du spectre et plus généralement encore réaliser un des objectifs prévus à l'article L. 32-1 CPCE¹⁴⁵⁶. Elle dispose en outre désormais du pouvoir d'imposer de manière proportionnée et non discriminatoire des restrictions aux services fournis ou au contraire d'imposer qu'un service soit fourni lorsque cela est nécessaire pour la sauvegarde de la vie humaine, la promotion de la cohésion sociale, régionale ou territoriale, la préservation de l'efficacité de l'utilisation du spectre, ou la promotion de la diversité culturelle, linguistique ou du pluralisme des médias¹⁴⁵⁷.

581. En second lieu, le plan de numérotation est également pris en charge par les autorités réglementaires nationales¹⁴⁵⁸ qui doivent avoir la maîtrise de la gestion des plans nationaux de numérotation ainsi que de l'assignation des numéros de façon objective, transparente et non-discriminatoire¹⁴⁵⁹. Ces principes ont été transposés dans le droit interne qui confie cette mission à l'autorité de régulation, qui établit et gère le plan national de numérotation¹⁴⁶⁰.

Les pouvoirs de l'ARCEP viennent d'ailleurs d'être renforcés sur ce point. En effet, l'autorité de régulation dispose désormais, d'après l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 ayant modifié l'article 44 CPCE, du pouvoir de fixer les principes

¹⁴⁴⁹ Directive 2002/21 précitée, § 19 de l'exposé des motifs, article 9.

¹⁴⁵⁰ Directive 2002/20 précitée, article 5§2 et article 7§1. *V.*, en outre CPCE, article L. 41-1, tel que celui-ci résulte de l'article 24 de l'ordonnance n° 2011-1012 précitée.

¹⁴⁵¹ Directive 2002/21 précitée, § 20 de l'exposé des motifs, article 9.

¹⁴⁵² CPCE, article L. 42-2 alinéa 1.

¹⁴⁵³ *Ibid.*, article L. 42.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, article L. 41-1, alinéa 1.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, article L. 42-2 alinéa 3.

¹⁴⁵⁶ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 25 6°, nouvel article L. 42. II CPCE.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, article 25 6°, nouvel article L. 42. III CPCE.

¹⁴⁵⁸ Directive 2002/21 précitée, § 20.

¹⁴⁵⁹ Directive 2002/20 précitée, article 10§1.

¹⁴⁶⁰ CPCE, article L. 44.I.

de tarification et les prix maximums applicables aux numéros pouvant faire l'objet d'une surtaxe¹⁴⁶¹, dans un souci évident de protection du consommateur vis-à-vis des numéros surtaxés. L'autorité s'est vue en outre attribuer une mission de lutte contre les services frauduleux ou abusifs et les numéros permettant d'y accéder puisqu'elle peut désormais saisir le président du Tribunal de grande instance de procédures d'urgence visant le blocage de ces numéros¹⁴⁶².

582. En somme, le régime juridique des ressources rares démontre bien que celles-ci constituent des défaillances de marché, qui font à ce titre l'objet d'une régulation sectorielle. En outre, les ressources rares sont devenues un instrument fondamental de la régulation sectorielle.

b. Les ressources rares, instruments de la régulation sectorielle

583. La régulation des ressources rares est aujourd'hui devenue un instrument fondamental de la régulation d'autres pans du secteur, et sert même très régulièrement de substitut à l'absence de régulation au titre de la régulation *ex ante*. On le constate très nettement s'agissant du spectre hertzien (i) et, dans une moindre mesure, s'agissant de la numérotation (ii).

i. La régulation du spectre hertzien comme outil de la régulation des marchés mobiles

584. La régulation du spectre hertzien apparaît tout à fait fondamentale non seulement pour elle-même, mais également parce qu'elle sert d'outil de régulation du marché de l'accès et du départ d'appel mobile qui ne fait pas l'objet d'une régulation *ex ante* malgré les obstacles existant à son fonctionnement effectivement concurrentiel¹⁴⁶³. Les réseaux mobiles de troisième génération constituent de ce point de vue l'exemple le plus significatif.

585. En premier lieu, la régulation du spectre hertzien est utilisée afin de promouvoir la concurrence entre les opérateurs de réseaux et les opérateurs virtuels.

Ainsi, en 2000, l'autorité de régulation fixa les modalités et les conditions d'attribution des licences de troisième génération que le ministre validera par la suite¹⁴⁶⁴. Or, cette décision prévoit comme obligations à la charge des opérateurs le taux de couverture du territoire, des obligations de qualité de service, mais également, des obligations d'itinérance au bénéfice des autres opérateurs, soumises au droit commun de l'interconnexion¹⁴⁶⁵. L'autorité se reconnaît alors compétente pour sanctionner ces obligations dans le cadre de sa compétence de règlement de différends¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶¹ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 27 1°, modifiant l'article 44 CPCE.

¹⁴⁶² *Ibid.*, article 28, créant un article L. 44-3 CPCE.

¹⁴⁶³ *Cf. Supra.*

¹⁴⁶⁴ ART, Décision n° 00-835 précitée.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, pp. 9-10.

Les cahiers des charges annexés aux autorisations comprennent ainsi un chapitre relatif à l'interconnexion et un chapitre relatif aux conditions nécessaires pour assurer une concurrence loyale reprenant les principes vus ci-dessus¹⁴⁶⁷. Ainsi, de façon prétorienne, l'autorité de régulation va utiliser ses compétences en matière de régulation du spectre hertzien afin d'assurer une régulation plus générale du secteur des communications mobiles.

Cette tendance va encore s'accroître par la suite. Ainsi, suite à l'échec relatif de la première procédure d'attribution des licences 3G en raison de la seule attribution d'une licence à Orange et à SFR, l'autorité de régulation a réaffirmé l'importance de l'itinérance comme critère d'attribution de l'autorisation¹⁴⁶⁸. Plus récemment, il en a été de même s'agissant de l'attribution de la quatrième licence 3G à Free, l'itinérance offerte aux autres opérateurs étant un élément fondamental des conditions d'attribution¹⁴⁶⁹ et des obligations à la charge de l'opérateur¹⁴⁷⁰. Enfin, cette technique sera réitérée avec les licences 4G, qui devraient être attribuées fin septembre 2011, puisque l'autorité de régulation a considéré en mai 2011 que l'attribution des opérateurs virtuels sur les réseaux 4G devait être un critère d'attribution de ces licences¹⁴⁷¹.

L'autorité de régulation utilise donc son pouvoir d'attribution des autorisations administratives dans le cadre du spectre hertzien pour imposer des obligations d'accès au bénéfice des opérateurs virtuels. Ainsi, cela lui permet de mettre en œuvre une régulation de biais du secteur et dès lors de suppléer efficacement à l'absence de régulation *ex ante* du marché de la téléphonie mobile. D'ailleurs, l'utilisation de cette technique a été validée par le Conseil d'État, qui a considéré que l'obligation d'itinérance offerte à un autre opérateur 3G dans le cadre d'une autorisation administrative d'occupation du spectre hertzien trouve sa justification dans « *la possibilité de bénéficier d'une telle prestation afin de concurrencer de façon effective les opérateurs* »¹⁴⁷².

¹⁴⁶⁷ Arrêté du 18 juillet 2001 autorisant la société Orange France à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public, *Adde* Arrêté du 18 juillet 2001 autorisant la Société française du radiotéléphone à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public.

¹⁴⁶⁸ Décision n° 01-1202 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 14 décembre 2001 proposant au ministre chargé des télécommunications les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations pour l'introduction en France métropolitaine des systèmes mobiles de troisième génération, p. 3.

¹⁴⁶⁹ Décision n° 2007-0177 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 20 février 2007 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération, p. 4 et 8 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2009-1067 précitée, pp. 29-32.

¹⁴⁷⁰ ARCEP, Décision n° 2010-0043 précitée, p. 17.

¹⁴⁷¹ Décision de l'Arcep n° 2011-0600 en date du 31 mai 2011 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, pp. 15-16 ; *Adde* Décision de l'Arcep n° 2011-0598 en date du 31 mai 2011 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, p. 11. *V.*, Arrêté du 14 juin 2011 relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans les bandes 800 MHz et 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile terrestre.

¹⁴⁷² Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 2 avril 2010, *MédiaSem*, n° 319816, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

586. En second lieu, la régulation du spectre hertzien est utilisée pour promouvoir la concurrence entre les différents opérateurs de réseaux, comme l'a encore confirmé l'ARCEP à propos de l'attribution des licences 4G¹⁴⁷³, et ainsi que le souligne la jurisprudence du Conseil d'État. En effet, ce dernier estime qu'il existe un intérêt général s'attachant à l'entrée d'un quatrième opérateur de réseau mobile afin de renforcer la concurrence, ce qui a des conséquences juridiques sur la procédure d'attribution de l'autorisation.

Dans une première affaire dans laquelle Bouygues Télécom contestait l'obligation de restitution d'un bloc de fréquences en cas d'entrée sur le marché d'un quatrième opérateur mobile au nom du principe d'égalité et du respect de la concurrence, le Conseil d'État a considéré que ces principes n'étaient pas violés notamment en raison de « *l'intérêt général qui s'attache à l'entrée d'un quatrième opérateur sur le marché de la téléphonie mobile dans des conditions techniques et économiques susceptibles de lui permettre de concurrencer les opérateurs existants dans des conditions équitables* »¹⁴⁷⁴.

Ce principe fut confirmé dans le cadre du contentieux qui a résulté de l'attribution de la 4^{ème} licence 3G. En effet, saisi d'arguments faisant valoir que la diminution du prix de la licence attribuée à Free constituait une violation du principe de non-discrimination et une atteinte au droit de la concurrence, le Conseil d'État, considérant la différence de situation comme légale, a non seulement pris en compte la différence de situation existant entre les opérateurs en termes de barrières à l'entrée du marché, de possibilité de déploiement et de partage des sites, mais surtout a mis en avant « *l'intérêt général qui s'attache à l'ouverture du marché à un quatrième opérateur pour permettre une amélioration de la situation concurrentielle sur le marché français de la téléphonie mobile* »¹⁴⁷⁵.

En somme, le Conseil d'État confirme et même justifie par l'intérêt général la possibilité d'utiliser les autorisations administratives d'occupation du spectre hertzien afin de renforcer la concurrence et donc de participer à la régulation du marché de la téléphonie mobile.

587. Une telle solution semble d'ailleurs validée par la jurisprudence de la Cour de Justice. Celle-ci a en effet estimé en mars 2011 que, s'il était nécessaire de respecter le principe d'égalité entre opérateurs économiques, il restait possible pour les États-membres d'augmenter, même significativement, le montant exigible pour l'utilisation d'une technologie déterminée « *en fonction des évolutions à la fois technologiques et économiques, qui s'opèrent sur le marché des services de télécommunications, (...) pour autant que les différents montants imposés reflètent les valeurs économiques respectives des utilisations faites de la ressource rare en cause* »¹⁴⁷⁶, solution qui semble parfaitement compatible avec la logique adoptée par le Conseil d'État qui a pris en compte, pour rendre sa décision, des différences

¹⁴⁷³ Décision de l'Arcep n° 2011-0600 précitée, pp. 13-15 ; *Adde* Décision de l'Arcep n° 2011-0598 précitée, pp. 9-12.

¹⁴⁷⁴ Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 27 avril 2009, *Société Bouygues Télécom*, n° 312741, Publié au recueil Lebon.

¹⁴⁷⁵ Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 12 octobre 2010, *Société Bouygues Télécom*, n° 332393, Publié au recueil Lebon.

¹⁴⁷⁶ CJUE, *Telefónica Móviles España SA contre Administración del Estado et Secretaría de Estado de Telecomunicaciones*, C-85/10, précité, § 35.

de situation au regard des évolutions de la structure du marché¹⁴⁷⁷. De ce point de vue, il pourrait être par ailleurs considéré que l'intérêt général qu'évoque le Conseil d'État pourrait être rattaché aux évolutions économiques auxquelles fait référence la CJUE.

Ainsi, l'attribution des autorisations d'occupation du spectre hertzien constitue bien un instrument de la régulation sectorielle aux fins de favoriser l'ouverture à la concurrence. Le même constat peut être fait à propos de la numérotation.

ii. La régulation de la numérotation comme outil de la régulation des marchés mobiles

588. La régulation de la numérotation sert également à la régulation des marchés mobiles en ce sens que la numérotation est intrinsèquement liée à la portabilité du numéro. Ainsi, la décision d'attribution des ressources en numérotation doit réitérer les obligations relatives à la portabilité du numéro¹⁴⁷⁸, dont on connaît l'importance en termes de dérégulation des marchés de détail de la téléphonie mobile¹⁴⁷⁹. Il existe ainsi, ici également, un lien entre la régulation de la numérotation en tant que ressource rare et la régulation des marchés de détail de la téléphonie mobile qui ne font pas l'objet d'une régulation *ex ante*. De ce point de vue, la régulation de la numérotation garantit la pérennité de la régulation sectorielle.

589. En définitive, le droit positif vient contredire les hypothèses de l'économie des réseaux en ce que celui-ci consacre l'existence de ressources rares qui rendent nécessaire la régulation sectorielle pour elles-mêmes et qui servent par ailleurs indirectement à la régulation d'autres pans du marché. Il n'existe donc pas de passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post* du fait de l'existence durable de la régulation des ressources rares.

En outre, il est également possible de démontrer la contrariété entre le droit de la régulation des communications électroniques et la théorie de l'économie des réseaux s'agissant d'une autre problématique économique, celle de l'investissement.

B. La régulation de l'investissement

590. En contrariété avec la théorie de l'économie des réseaux, la théorie de l'échelle des investissements a en pratique trouvé ses limites en entraînant un sous-investissement chronique (1). La promotion de l'investissement rend aujourd'hui nécessaire la mise en œuvre de politiques publiques plus interventionnistes (2).

¹⁴⁷⁷ CE, *Société Bouygues Télécom*, n° 332393, précité.

¹⁴⁷⁸ CPCE, article L. 44.I, 4^{ème} alinéa, c).

¹⁴⁷⁹ Cf. *Supra*.

1. Les limites de l'économie des réseaux en matière d'investissement

591. Le secteur des communications électroniques connaît actuellement une crise de l'investissement (a). Cette crise a conduit les autorités européennes à élaborer une nouvelle doctrine en cette matière qui ne se résume pas au modèle de l'économie des réseaux (b).

a. Le problème du sous-investissement dans les communications électroniques

592. L'économie des réseaux fait l'objet de critiques importantes en théorie économique, notamment parce qu'elle ne prend guère en compte l'efficacité dynamique, dont l'objet n'est pas d'envisager l'allocation optimale des ressources à un moment donné, mais de prendre en compte les évolutions économiques et technologiques sur le long terme¹⁴⁸⁰, mettant ainsi l'accent sur l'innovation, la création de nouveaux produits ou de procédés de production¹⁴⁸¹.

En effet, de nombreux économistes font valoir que le droit d'accès au réseau conduit à une dés-incitation à l'investissement dans la mesure où les entreprises ne pourront pas profiter seules des fruits de leur investissement¹⁴⁸², ce qui nuit à l'efficacité à long terme comme le démontre la baisse actuelle des investissements dans ce secteur¹⁴⁸³.

593. Le problème souligné par ces économistes semble avoir été pris en compte en droit positif. En effet, la directive accès souligne la nécessité de protéger les investissements des opérateurs en prévoyant un retour sur investissement¹⁴⁸⁴ mais surtout pose le principe selon lequel les risques d'investissement doivent être pris en compte lorsque des obligations *ex ante* sont imposées à un opérateur¹⁴⁸⁵. Ce principe, lié à la volonté de ne pas désinciter les opérateurs historiques à investir, a été confirmé par la Commission¹⁴⁸⁶, en droit interne¹⁴⁸⁷ et par la directive 2009/140¹⁴⁸⁸.

Ainsi, l'objectif de protection des investissements est désormais affirmé explicitement en

¹⁴⁸⁰ FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, p. 6. *V.*, également, par exemple, SIBONY ANNE-LISE., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J / L'extenso éditions, « Droit & Économie », 2008, p. 89.

¹⁴⁸¹ COMBE E., *Économie et politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 36-37 et p. 396.

¹⁴⁸² CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, p. 115 et pp. 152-153 ; Adde SIDAK J. G., « The failure of good intentions : the collapse of American telecommunications after six years of deregulation », in C. Robinson (Ed.), *Successes and Failures in Regulating and Deregulating Utilities, Evidence from the UK, Europe and the USA*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2004, pp. 4-5.

¹⁴⁸³ CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, p. 147 et s. ; Adde FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, p. 2, pp. 49-53, pp. 202-202, pp. 207-212, p. 214 et s., p. 244 et s., etc.

¹⁴⁸⁴ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), articles 13§1 et 13§3.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, article 12§2.

¹⁴⁸⁶ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 5 et pp. 14-15.

¹⁴⁸⁷ Cons. Conc., Avis n° 06-A-10 précité, § 86 et 96.

¹⁴⁸⁸ Directive 2009/140 précitée, § 55 et 57 de l'exposé des motifs.

droit interne, puisque l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 a complété l'article L. 32-1.II 3° CPCE, relatif à l'objectif de promotion de l'investissement efficace dans les infrastructures¹⁴⁸⁹, par une référence à l'investissement dans les « *infrastructures améliorées et de nouvelle génération* »¹⁴⁹⁰, et a créé un nouvel article L. 32-1. II 3° bis selon lequel le ministre et l'ARCEP doivent tenir compte « *lorsqu'ils fixent des obligations en matière d'accès, du risque assumé par les entreprises qui investissent* »¹⁴⁹¹. La protection des investissements fait donc aujourd'hui partie des objectifs généraux de la législation des communications électroniques.

594. En outre, le droit positif insiste aujourd'hui sur la nécessité de la stabilité et de la sécurité juridique¹⁴⁹². Il est d'ailleurs considéré que cet impératif justifie le maintien de la régulation *ex ante* au détriment de la régulation *ex post*¹⁴⁹³.

595. Les problèmes liés au manque d'investissement dans le secteur sont donc aujourd'hui réels et pris en compte par le droit. Or, la résolution de ceux-ci a rendu nécessaire l'élaboration d'une nouvelle doctrine de l'investissement dépassant la théorie de l'échelle des investissements.

b. Le dépassement de la théorie de l'échelle des investissements

596. Pour les économistes favorables au modèle de l'économie des réseaux, la survenance du problème du sous-investissement est le signe qu'il est désormais nécessaire d'abandonner la régulation *ex ante*, au profit de la régulation *ex post*, au minimum de manière provisoire¹⁴⁹⁴. C'est également la position des opérateurs historiques, qui demandent pour recommencer à investir des « *vacances réglementaires* », c'est-à-dire la suspension de la régulation *ex ante*¹⁴⁹⁵.

597. Pour d'autres économistes, au contraire, le problème du sous-investissement en matière de communications électroniques rend nécessaire « *une rupture (...) dans la politique de régulation* »¹⁴⁹⁶ afin que celle-ci ne soit plus seulement asymétrique et centrée sur une efficacité allocative de

¹⁴⁸⁹ CPCE, article L. 32-1. II 3°.

¹⁴⁹⁰ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 3.I 2°.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, article 3.I 3°.

¹⁴⁹² *V.*, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant le réexamen du cadre réglementaire EU pour les réseaux et services de communications électroniques {SEC(2006) 816} {SEC(2006) 817}, COM (2006) 334 final, du 29 juin 2006, p. 6. La Commission a admis, tout en confortant le cadre actuel, que la « *Commission et les autorités réglementaires nationales pourraient cependant utilement donner des indications sur la manière dont les règles doivent être appliquées, pour accroître le degré de prévisibilité pour les parties intéressées* ».

¹⁴⁹³ Explanatory note C(2007) 5406 précitée, p. 25 ; *Adde* Avis n° 05-A-10 du Conseil de la concurrence du 11 mai 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de la terminaison d'appels géographiques sur les réseaux alternatifs fixes, § 30 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 07-A-01 précité, § 20 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 08-A-11 précité, § 31 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n°08-A-06 précité, § 12 et 20.

¹⁴⁹⁴ FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, pp. 289-292.

¹⁴⁹⁵ Communication de la Commission COM (2006) 334 final précitée, pp. 5-6.

¹⁴⁹⁶ FLACHER D., JENNEQUIN H., LORENZI J.-H., « Innovation, investment and Regulation: What are the options for Regulation in the near future? », *op. cit.*, p. 7.

court terme, mais orientée également vers l'efficacité dynamique¹⁴⁹⁷.

La réponse au problème du sous-investissement se trouverait alors dans la mise en œuvre d'une politique industrielle¹⁴⁹⁸ c'est-à-dire dans l'intervention de l'État¹⁴⁹⁹ par l'intermédiaire du régulateur, qui devrait prendre des décisions et s'engager sur une politique économique de long terme, afin de pouvoir, en plus de l'objectif de concurrence, mettre en place des incitations à effectuer des investissements¹⁵⁰⁰.

598. De ce point de vue, le droit de l'Union européenne semble se trouver à mi-chemin de ces deux positions, et cherche à les concilier plutôt qu'à les opposer.

En effet, en droit de l'Union européenne, l'enjeu de l'investissement en matière de communications électroniques est réapparu spécifiquement lors du Conseil européen de mars 2005, celui-ci ayant insisté sur le « *besoin de promouvoir l'innovation* », notamment dans le domaine des communications électroniques¹⁵⁰¹. À ce titre, le Conseil européen prévoyait la mise en place d'une « *Initiative i2010* » qui mettait l'accent sur la recherche et l'innovation¹⁵⁰², concernant notamment le développement des réseaux à haut et très haut débit¹⁵⁰³. Cet objectif a été confirmé par le Conseil européen de Bruxelles de mars 2009, selon lequel il convient de rappeler « *le rôle fondamental que jouent les télécommunications et le développement de l'internet à haut débit en termes d'investissements européens, de création d'emplois et de relance générale de l'économie* »¹⁵⁰⁴.

Or, le problème principal de l'investissement est aujourd'hui celui de la conciliation entre, d'une part, l'investissement par les opérateurs dans de nouveaux réseaux, qui demandent pour ce faire une levée de la réglementation, et d'autre part le maintien de la concurrence par l'accès¹⁵⁰⁵. De ce point de vue, la Commission a ainsi considéré qu'il fallait trouver de nouveaux outils pour concilier ces deux objectifs contradictoires¹⁵⁰⁶. Cet objectif apparaît désormais dans la directive 2009/140, notamment en ce qui concerne les réseaux très haut débit¹⁵⁰⁷.

599. Ainsi, l'évolution la plus récente du droit des communications électroniques démontre que le problème du sous-investissement dans les communications électroniques résulte dans une certaine mesure de la faillite du modèle de l'économie des réseaux et appelle des réponses dépassant le seul cadre de la théorie de l'échelle des investissements. C'est ainsi que des solutions tout à

¹⁴⁹⁷ FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, op. cit., p. 265.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, pp. 40-41.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 35.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 265.

¹⁵⁰¹ Explanatory note C (2007) 5406 précitée, p. 3.

¹⁵⁰² Conclusions de la présidence, Conseil européen de Bruxelles, 23 mars 2005, § 18.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, § 27.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, § 17.

¹⁵⁰⁵ Explanatory note C (2007) 5406 précitée, p. 16.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 17.

¹⁵⁰⁷ Directive 2009/140 précitée, § 8 de l'exposé des motifs.

fait inédites ont été mises en place pour faire face à ce problème se caractérisant par une intervention des pouvoirs publics et notamment de l'autorité de régulation.

2. De nouveaux outils de promotion de l'investissement

600. En économie des réseaux, l'outil utilisé pour promouvoir l'investissement est la tarification¹⁵⁰⁸. Or, cet outil apparaît aujourd'hui insuffisant pour prendre en charge les nouveaux objectifs relatifs à l'investissement. Sont désormais mis en place des mécanismes de coopération (a) et des mécanismes d'intervention directe de l'État par le biais de politiques publiques (b).

a. L'émergence de mécanismes de coopération

601. Pour résoudre le problème du sous-investissement dans les communications électroniques, le Conseil européen de Bruxelles de mars 2009 avait considéré que « *divers mécanismes de coopération entre investisseurs et demandeurs d'accès devraient être autorisés pour diversifier le risque d'investissement* », « *tout en garantissant le maintien de la structure concurrentielle du marché dans son ensemble et du principe de non-discrimination* », invitant alors la Commission à réfléchir à ce problème¹⁵⁰⁹. Par la suite, la nouvelle directive 2009/140 a consacré cette évolution en posant le principe selon lequel les États membres peuvent prévoir « *diverses modalités de coopération entre les investisseurs et ceux qui cherchent un accès* »¹⁵¹⁰. En ce qui la concerne, la Commission, qui avait déjà dans le passé admis la possibilité « *d'arrangements transitoires afin de laisser du temps aux modèles commerciaux de s'adapter* »¹⁵¹¹, a alors adopté une recommandation sur les réseaux de nouvelle génération, la recommandation NGA, permettant de mettre en œuvre ce type de procédés innovants¹⁵¹².

Dès lors, la possibilité de recourir à ces nouveaux mécanismes de coopération vient d'être consacrée en droit interne, l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 transposant le nouveau paquet Télécom ayant complété l'article L. 32-1. II 3° CPCE, relatif à l'objectif de promotion de l'investissement efficace dans les infrastructures¹⁵¹³, par un 3° bis selon lequel le ministre chargé des communications électroniques et l'autorité de régulation peuvent, dans le cadre de leurs compétences et lorsqu'ils fixent des obligations d'accès, « *autoriser des modalités de coopération entre les investisseurs et les personnes recherchant un accès, afin de diversifier le risque d'investissement dans le respect de la concurrence sur le marché et du principe de non-discrimination* »¹⁵¹⁴.

¹⁵⁰⁸ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁵⁰⁹ Conclusions de la présidence, Conseil européen de Bruxelles, 20 mars 2009, § 17.

¹⁵¹⁰ Directive 2009/140 précitée, § 5 de l'article 8 de la directive « cadre » 2002/21/CE modifiée.

¹⁵¹¹ Explanatory note C (2007) 5406 précitée, p. 17.

¹⁵¹² Recommandation NGA, [SEC (2010) 1037], précitée, § 27 et 28 de l'exposé des motifs. Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁵¹³ CPCE, article L. 32-1. II 3°.

¹⁵¹⁴ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 3.I 3°.

602. Or, la pertinence de ces dispositifs est prouvée par le fait qu'ils ont été utilisés dans le cadre de la fibre optique et dans le cadre de la téléphonie mobile, c'est-à-dire dans les domaines les plus pointus du point de vue du progrès technologique, les plus concernés par le problème de l'investissement, et les plus délicats du point de vue de la concurrence.

D'une part, ces nouveaux instruments ont été utilisés pour favoriser l'investissement dans la fibre optique. En effet, pour faire face au double problème de la reconstitution des goulots d'étranglement et du découragement à l'investissement, l'autorité a créé le concept de « *mutualisation* » des réseaux de fibre optique¹⁵¹⁵, qui s'analyse comme une solution de cohabitation¹⁵¹⁶. Il s'agit d'un type d'accès¹⁵¹⁷ mis en œuvre par l'opérateur d'immeuble¹⁵¹⁸, mais d'un type spécifique en ce qu'il implique une coordination *a priori* des acteurs et un partage *ab initio* du coût entre les opérateurs intéressés¹⁵¹⁹. Ce mécanisme, qui dépasse le modèle de l'économie des réseaux, rejoint au contraire celui de l'économie néo-institutionnelle et fera donc l'objet d'une étude plus approfondie dans la suite de la recherche¹⁵²⁰.

D'autre part, des instruments du même type ont été utilisés dans le domaine de la téléphonie mobile. La tendance actuelle du droit positif est en effet à la mutualisation des réseaux mobiles¹⁵²¹. L'autorité de régulation a ainsi prôné la mutualisation des sites des opérateurs au moins en ce qui concerne les zones peu denses¹⁵²², chaque chacun prenant en charge « *sa part des investissements nécessaires* »¹⁵²³. De ce point de vue également, il s'agit de dispositifs qui dépassent le seul cadre de la théorie de l'économie des réseaux.

b. L'intervention directe des personnes publiques

603. En second lieu, la lutte contre le sous-investissement a donné lieu à la mise en œuvre d'une politique publique, se traduisant par des financements publics de projets présentés par les collectivités territoriales ou par les opérateurs, dont le Conseil de la concurrence a admis la pertinence sauf dans les zones très denses où les forces du marché sont considérées comme suffisantes¹⁵²⁴. Ce mouvement s'est traduit par l'adoption d'une loi relative à la lutte contre la fracture numérique ayant pour objet de faciliter le développement du haut-débit dans les territoires mal

¹⁵¹⁵ ARCEP, Décision n° 2008-0835 précitée, p. 1.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 43.

¹⁵¹⁷ *Ibid.*, pp. 49-50.

¹⁵¹⁸ Recommandation de l'Arcep du 10 octobre 2008 sur la mise en œuvre de la mutualisation de la partie terminale des réseaux fibre, p. 2.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, pp. 3-4.

¹⁵²⁰ *Cf. Partie, Titre 1, Chapitre 1.*

¹⁵²¹ Loi n° 2008-776 précitée, article 119. *Cf. Supra.*

¹⁵²² ARCEP, Décision n° 2009-0328 précitée, p. 4.

¹⁵²³ *Ibid.*, p. 12.

¹⁵²⁴ Avis n° 10-A-07 de l'Autorité de la concurrence du 17 mars 2010 relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministre chargé de l'industrie sur le programme national « très haut débit », § 75 à 78.

desservis en mettant notamment en place un fonds de financement dédié¹⁵²⁵.

De ce point de vue, la fibre optique constitue un exemple significatif du maintien des politiques publiques en matière de communications électroniques, contrairement au modèle de la seule concurrence prôné par l'économie des réseaux.

604. En définitive, les pistes les plus récentes pour lutter contre le sous-investissement consistent donc à enrichir les instruments à la disposition des autorités publiques, par le biais de procédés de réglementation et de contractualisation visant à coordonner l'action des opérateurs d'une part, et de procédés de politiques publiques visant à encourager le développement des investissements d'autre part. La méthode de l'échelle des investissements est donc aujourd'hui insuffisante. Or, il s'agit d'une remise en cause forte du modèle de l'économie des réseaux et de sa conception de la régulation *ex ante*.

En outre, l'économie des réseaux apparaît notoirement insuffisante concernant un autre aspect du secteur des communications électroniques, à savoir les spécificités liées à la mise en œuvre de politiques publiques à vocation extra-économique pour lesquelles l'économie des réseaux ne dispose pas de modèle explicatif ou voit son modèle explicatif contredit.

§2. La consécration juridique de politiques publiques à vocation extra-économique

605. La transcription des hypothèses de l'économie des réseaux est enfin limitée en ce qui concerne l'aspect non économique de ce modèle. D'une part, l'hypothèse de l'existence d'une régulation politique, distincte de la régulation économique, peut être remise en cause, en tous cas selon les modalités prévues par l'économie des réseaux (A). D'autre part, la régulation sectorielle pose comme principe d'intérêt général le principe de l'interopérabilité des réseaux, qui vient contredire l'hypothèse de l'effet de club propre à cette théorie économique (B).

A. Les limites de la transcription de l'hypothèse de la régulation politique en droit de la régulation

606. L'économie des réseaux prévoit bien l'hypothèse d'une régulation politique, notamment en ce qui concerne le service universel et l'aménagement du territoire¹⁵²⁶. Cependant, le droit positif n'opère pas la transcription des hypothèses de l'économie des réseaux tant en ce qui concerne le service universel (1) qu'en ce qui concerne l'aménagement du territoire (2).

¹⁵²⁵ Loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique.

¹⁵²⁶ Cf. *Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.*

1. Les limites de la transcription de l'économie des réseaux par la notion juridique de service universel

607. Le droit de la régulation des communications ne peut guère être interprété, s'agissant du service universel, comme une simple transcription de l'économie des réseaux. En effet, d'une part, la catégorie juridique du service universel ne correspond pas ou mal au concept de service universel de l'économie des réseaux (a), tandis que d'autre part, il semble impossible de distinguer, comme le fait l'économie des réseaux, la régulation économique de la régulation politique et inversement tant ces deux aspects sont interdépendants (b).

a. L'autonomie de la catégorie juridique de service universel

608. L'émergence de la notion de service universel pourrait être interprétée d'abord comme une manifestation de la transcription de l'économie des réseaux en droit positif¹⁵²⁷. Cependant, une telle hypothèse doit être nuancée tant dans son principe, car le service universel a en réalité une origine juridique (i), que dans ses modalités de mise en œuvre, dans la mesure où les modalités d'exécution du service universel prévues en droit positif ne sont pas conformes au modèle de l'économie des réseaux (ii).

i. L'origine juridique de la notion de service universel

609. L'apparition de la notion de service universel, composante de l'économie des réseaux, s'est faite au détriment de notions juridiques plus classiques, comme la notion communautaire de service d'intérêt économique général, présente, négativement, dans la directive 88/301 puis, positivement, dans les directives 90/388 et 90/387¹⁵²⁸.

Le concept de service universel est apparu dans le droit positif communautaire au milieu des années quatre-vingt-dix¹⁵²⁹ et a été développé tant en ce qui concerne son contenu que son mode de financement dans le cadre du paquet Télécom de 1998¹⁵³⁰, avant d'être pleinement consacré dans le cadre du paquet Télécom de 2002 par le biais d'une directive lui étant intégralement

¹⁵²⁷ Cf. *Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.*

¹⁵²⁸ Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, § 11 de l'exposé des motifs ; *Adde* Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, § 18 à 20 de l'exposé des motifs ; *Adde* Directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication.

¹⁵²⁹ Directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1995, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale, § 28 et 50 de l'exposé des motifs, et article 11§4 ; *Adde* Directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, § 9 et 18 et s. de l'exposé des motifs.

¹⁵³⁰ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), § 7 et 8 de l'exposé des motifs et articles 1 et 5.

consacré¹⁵³¹. Il a été réaffirmé dans le cadre de la nouvelle directive 2009/136 qui a cependant un objet plus large de protection du consommateur¹⁵³².

Le service universel vise, dans un objectif de protection des consommateurs¹⁵³³, à « *fournir un ensemble minimal de services déterminés à tous les utilisateurs finals à un prix abordable* »¹⁵³⁴. Les services déterminés dont il s'agit¹⁵³⁵ résultent non d'une logique économique mais d'un choix politique de l'autorité juridiquement compétente¹⁵³⁶. Le prix du service universel doit être abordable et a donc vocation à s'écarter « *de ceux découlant des conditions normales du marché* »¹⁵³⁷.

610. L'émergence de la notion de service universel en droit des communications électroniques pourrait être considérée comme une transcription de l'économie des réseaux, dans la mesure où cette théorie consacre également cette notion. Cependant, il faut nuancer cette analyse.

D'une part, la notion de service universel est à l'origine une notion juridique, d'origine américaine, construite non pas pour prôner la libre concurrence mais au contraire pour permettre la satisfaction de certains objectifs d'intérêt général¹⁵³⁸. De ce point de vue, l'économie des réseaux n'a finalement fait que reprendre elle-même un concept d'origine juridique en en minimisant sans doute l'importance, les questions de redistribution de richesses ne relevant pas de son champ d'étude en tant que théorie néo-classique¹⁵³⁹.

D'autre part, le service universel n'est en droit interne qu'une sous-catégorie plus vaste d'un ensemble d'obligations de service public¹⁵⁴⁰. Le droit positif consacre donc aujourd'hui une catégorie plus proche du service public que du service universel, qui n'en qu'une des composantes. Ainsi, il faut relativiser la portée de la transcription du concept de service universel en droit, qui n'a pas remis en cause le service public.

¹⁵³¹ Directive 2002/22 précitée, § 1 de l'exposé des motifs.

¹⁵³² Directive 2009/136 précitée.

¹⁵³³ Directive 2002/22 précitée, § 2 de l'exposé des motifs.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, § 4 de l'exposé des motifs et article 3§1.

¹⁵³⁵ *Ibid.*, § 4 de l'exposé des motifs et articles 4 et s. La directive vise l'annuaire universel, les services de renseignements téléphoniques (§11 de l'exposé des motifs), les postes téléphoniques payants publics notamment pour appeler gratuitement les numéros d'urgence (§12 de l'exposé des motifs), les mesures particulières pour les utilisateurs handicapés ou ayant des besoins sociaux spécifiques (§13 de l'exposé des motifs), l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée (§14 de l'exposé des motifs).

¹⁵³⁶ *Ibid.*, § 25 de l'exposé des motifs.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, § 4 de l'exposé des motifs et article 8. Les prix ne sont alors pas définis sur la base des mécanismes traditionnels du marché mais sur la base de la richesse individuelle du consommateur final, étant entendue comme la capacité du consommateur final à surveiller et maîtriser ses dépenses (§10 et 15 de l'exposé des motifs), au niveau national par les États et compte tenu des circonstances nationales spécifiques (§10 de l'exposé des motifs). Ainsi, dès lors qu'il est démontré que les obligations de service universel ne peuvent être assurées qu'« *à perte* » ou à « *un coût net dépassant les conditions normales d'exploitation commerciale* » un mécanisme spécifique de financement doit être mis en place par les États (§18 de l'exposé des motifs).

¹⁵³⁸ *V.*, par exemple TOURBE M., « Service public *versus* service universel : une controverse infondée ? », *Critique internationale*, 2004/3, n°24, p. 23 et s.

¹⁵³⁹ *Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.*

¹⁵⁴⁰ CPCE, article L. 35 et s.

611. Ainsi, si l'économie des réseaux consacre le concept de service universel, on ne peut cependant en déduire que le droit positif s'est contenté, en matière de politiques publiques, de transcrire les concepts de l'économie des réseaux. En outre, il faut souligner que les modalités concrètes de prise en charge du service universel fixées par le droit positif contredisent les préconisations de l'économie des réseaux.

ii. L'absence de transcription juridique de l'économie des réseaux concernant les modalités de prise en charge du service universel

612. L'économie des réseaux préconise, s'agissant des modalités de mise en œuvre du service universel, de mettre en place un système où chaque opérateur ferait le choix de mettre en œuvre le service universel lui-même ou de payer l'opérateur le prenant en charge¹⁵⁴¹.

613. Cependant, le droit positif de la régulation des communications électroniques ne répond pas à ce modèle. En effet, s'il est exact que le cadre réglementaire pose bien un principe de neutralité concurrentielle des prestations de service universel¹⁵⁴², il reste que sa mise en œuvre ne dépend pas de l'initiative des opérateurs mais des pouvoirs publics qui désignent les opérateurs de service universel¹⁵⁴³, tandis que celui-ci est financé par des fonds auxquels participent toutes les entreprises¹⁵⁴⁴, le coût net du service universel devant être déterminé *in concreto*¹⁵⁴⁵.

614. De ce point de vue, la différence entre le modèle de la théorie économique et le droit positif fut pendant longtemps particulièrement significative en France. En effet, la prise en charge du service universel a été jusqu'en 2008 attribuée après un appel d'offre, mais à des opérateurs pouvant s'assurer de la fourniture de celui-ci sur tout le territoire national¹⁵⁴⁶, ce qui visait concrètement France Télécom qui a été désigné en 2005 comme l'opérateur de service universel pour les services téléphoniques¹⁵⁴⁷ et la publiphonie¹⁵⁴⁸.

Un tel système a cependant conduit à une condamnation de la France par la CJCE, cette dernière considérant que le système français, excluant *a priori* certaines entreprises de la procédure de désignation, empêchait de prendre en considération des alternatives plus rentables sur une

¹⁵⁴¹ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 107-109 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 56-57.

¹⁵⁴² Directive 2002/22 précitée, § 3, 4, 21, 22 et 23 de l'exposé des motifs, article 4.

¹⁵⁴³ *Ibid.*, § 4 et 9 de l'exposé des motifs notamment, article 8.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*, § 18 à 23 de l'exposé des motifs, article 13.

¹⁵⁴⁵ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 6 octobre 2010, *Base NV e.a. contre Ministerraad*, C-389/08 ; Adde Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 6 octobre 2010, *Commission européenne contre Royaume de Belgique*, C-222/08.

¹⁵⁴⁶ CPCE, ancien article L. 35-2.

¹⁵⁴⁷ Arrêté du 3 mars 2005 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir la composante du service universel prévue au 1^o de l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques (service téléphonique),

¹⁵⁴⁸ Arrêté du 3 mars 2005 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir la composante du service universel prévue au 3^o de l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques (publiphonie).

partie du territoire national et constituait donc une mauvaise transposition de la directive¹⁵⁴⁹, solution qui fut confirmée s'agissant du Portugal qui avait exclu toute possibilité pour d'autres opérateurs que son opérateur historique de prendre en charge le service universel¹⁵⁵⁰.

615. Néanmoins, la République française faisait valoir à l'occasion de cette affaire qu'une modification de la disposition litigieuse était en cours¹⁵⁵¹. Cette modification a eu lieu en 2008¹⁵⁵², de sorte que le code ne fait plus référence à tout opérateur « *acceptant la fourniture sur l'ensemble du territoire national et capable de l'assurer* »¹⁵⁵³ mais vise la désignation des opérateurs « *en vue de garantir la fourniture du service universel sur l'ensemble du territoire national* »¹⁵⁵⁴. Cependant, ce changement n'a opéré de modification substantielle de l'organisation du service universel qui est restée assez proche de la tradition française en matière de service public.

Certes, cette modification n'exclut plus *a priori* aucune entreprise, conformément aux dispositions de la directive service universel¹⁵⁵⁵. Cependant, la directive 2009/136 permet aujourd'hui de considérer, dans un souci d'efficacité, comme critères objectifs de sélection de l'opérateur de service universel le « *regroupement de zones géographiques ou de composantes du service universel* »¹⁵⁵⁶, ce qui permet de désigner un seul opérateur de service universel. Ainsi, France Télécom a de nouveau été désignée en charge du service universel pour les services téléphoniques¹⁵⁵⁷ et la publiphonie en 2009¹⁵⁵⁸, et Pages jaunes de nouveau désigné en 2009 comme opérateur de service universel pour les services d'annuaire universel¹⁵⁵⁹.

Par ailleurs, il faut souligner que le Conseil d'État a en juin 2011 consolidé cette organisation en rejetant le recours de SFR dirigé contre la décision de 2009 rejetant sa candidature à la désignation comme opérateur de service universel, considérant notamment que l'argument selon lequel la propriété de la boucle locale par France Télécom violait nécessairement le principe de

¹⁵⁴⁹ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes *Commission des Communautés européennes/République française* du 19 juin 2008, Affaire C-220/07, § 45 et 46.

¹⁵⁵⁰ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) du 7 octobre 2010, *Commission européenne contre République portugaise*, Affaire C-154/09.

¹⁵⁵¹ CJUE, *Commission des Communautés européennes/République française*, C-220/07, précité, § 43.

¹⁵⁵² Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, article 15.

¹⁵⁵³ CPCE, article L. 35-2 en vigueur avant la modification de la loi n°2008-3 précitée.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, article L. 35-2.

¹⁵⁵⁵ Directive 2002/22 précitée, article 8.

¹⁵⁵⁶ Directive 2009/136 précitée, § 16 de l'exposé des motifs.

¹⁵⁵⁷ Arrêté du 1er décembre 2009 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir la composante du service universel prévue au 1° de l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques (service téléphonique)

¹⁵⁵⁸ Arrêté du 18 novembre 2009 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir la composante du service universel prévue au 3° de l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques (publiphonie).

¹⁵⁵⁹ Arrêté du 3 décembre 2009 modifiant l'arrêté du 18 novembre 2009 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir le service de renseignements de la composante du service universel prévue au 2° de l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques. Pages Jaunes était anciennement intégrée à France Télécom. Cf. Arrêté du 3 mars 2005 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir la composante du service universel prévue au 2° de l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques (annuaire universel et services de renseignement).

non-discrimination entre les candidats n'était pas fondé au motif que l'opérateur historique était soumis à une obligation d'orientation des prix vers les coûts, sous le contrôle de l'autorité de régulation¹⁵⁶⁰.

616. En définitive, les modalités de mise en œuvre du service universel consacrées par le droit positif ne correspondent pas aux propositions de l'économie des réseaux. En outre, il apparaît impossible de séparer nettement la régulation économique et la régulation politique.

b. L'impossible séparation des régulations économique et politique

617. L'hypothèse que pose l'économie des réseaux en distinguant la régulation politique de la régulation économique ne se retrouve pas au sein du système juridique, qui consacre au contraire l'entrecroisement permanent du service universel et du fonctionnement des marchés de détail.

C'est notamment le cas concernant le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique. En effet, le service universel s'applique parallèlement à la régulation *ex ante* de ce marché, la prestation de raccordement au réseau téléphonique public en position déterminée étant considérée par la directive comme « *une exigence fondamentale du service universel* »¹⁵⁶¹.

C'est également le cas concernant les services d'annuaires et de renseignements téléphoniques, considérés par la directive comme relevant des obligations de service universel¹⁵⁶², et considérés dans le même temps comme des prestations ouvertes à la concurrence sur le fondement de la directive concurrence¹⁵⁶³. En outre, le marché des annuaires et prestations de renseignements téléphoniques a fait l'objet d'une régulation économique et d'obligations d'accès d'abord par le biais du droit de la concurrence sur le fondement de la théorie des facilités essentielles¹⁵⁶⁴ et ensuite par le biais de règlements de différends¹⁵⁶⁵, voire de sanctions¹⁵⁶⁶, mis en œuvre par l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

C'est aussi le cas concernant l'obligation de portabilité du numéro puisque celle-ci, rele-

¹⁵⁶⁰ Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 01^{er} juin 2011, *SFR*, n° 336533, Inédit au recueil Lebon

¹⁵⁶¹ Directive 2002/22 précitée, § 8, 9 et 14 de l'exposé des motifs, article 4.

¹⁵⁶² *Ibid.*, § 11 de l'exposé des motifs et article 5.

¹⁵⁶³ *Ibid.*, § 35 de l'exposé des motifs. *V.*, également Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, § 8 de l'exposé des motifs et article 5.

¹⁵⁶⁴ Décision n° 98-D-60 du Conseil de la concurrence du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, pp. 24-25.

¹⁵⁶⁵ Décision n° 03-1038 de l'ART se prononçant sur un différend entre les sociétés Iliad et France Télécom, *Adde* Décision n° 06-0510 de l'Arcep en date du 18 mai 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Telegate France et Orange France ; *Adde* Décision n° 06-1179 de l'Arcep en date du 28 novembre 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Coordialis et Free SAS.

¹⁵⁶⁶ Décision n° 02-0034 de l'ART se prononçant en application de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications, une sanction à l'encontre de France Télécom, relative aux manquements de France Télécom dans l'exécution de la décision de l'Autorité n° 00-1194 en date du 15 novembre 2000 se prononçant sur un règlement de différend entre les sociétés Sonera France et France Télécom en application de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications.

vant du service universel, est néanmoins indispensable au fonctionnement effectif des marchés de détail de la téléphonie mobile¹⁵⁶⁷. Il y a donc ici entrecroisement des deux formes de régulation.

618. Ainsi, il apparaît difficile de distinguer la régulation économique et la régulation politique comme le fait l'économie des réseaux dans la mesure où un même objet peut relever des deux champs et leur régulation s'entrecroiser. Cependant, cet entrecroisement ne va pas jusqu'à autoriser ce qui s'assimilerait à un détournement de procédure, à savoir utiliser l'obligation de service universel aux fins de mettre à disposition des renseignements dans un but économique, détournement qui pourrait venir nuire au service universel lui-même¹⁵⁶⁸.

619. En somme, l'hypothèse de la régulation politique de l'économie des réseaux ne semble guère pertinente concernant le service universel. Il en est de même en ce qui concerne l'objectif d'aménagement du territoire.

2. Les limites de la transcription juridique de l'économie des réseaux en matière d'aménagement du territoire

620. La lutte contre le phénomène bien connu de la fracture numérique, les opérateurs privés n'ayant pas nécessairement intérêt à investir dans des zones peu denses et donc peu rentables, est un enjeu majeur du droit des communications électroniques¹⁵⁶⁹. Cela implique la mise en œuvre de politiques publiques dont le principe et les modalités de mise en œuvre (a) contredisent la théorie de l'économie des réseaux en ce qu'elle a pour effet un maintien pérenne de la régulation sectorielle par la reconstitution de monopoles locaux (b).

a. La prise en charge de l'aménagement du territoire par l'investissement public

621. Le droit de la régulation des communications électroniques reconnaît l'importance de l'objectif d'aménagement du territoire en dehors du service universel (i). Ce dernier est mis en œuvre par l'intermédiaire d'investissements publics notamment au niveau local (ii).

¹⁵⁶⁷ CJUE, *Mobistar SA contre Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, C-438/04, précité ; *Adde* CJUE, *Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. contre Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, C-99/09, précité.

¹⁵⁶⁸ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) du 17 février 2011, *The Number Ltd et Conduit Enterprises Ltd contre Office of Communications et British Telecommunications plc*, Affaire C-16/10.

¹⁵⁶⁹ FORET E., « Le rôle des collectivités territoriales dans l'aménagement numérique du territoire », *RFDA*, 2005, pp. 296-297 ; *Adde* BRONNER C., « L'intervention des collectivités territoriales en matière de réseaux de communications électroniques », *RFDA*, 2005, p. 306.

i. L'autonomie de l'objectif d'aménagement du territoire

622. La prise en compte des nécessités de l'aménagement du territoire a connu une évolution conduisant à un éloignement progressif du modèle de l'économie des réseaux. En effet, dans le cadre du paquet Télécom de 2002, la problématique de l'aménagement du territoire semblait intégrée au sein du service universel, celui-ci devant être fourni aux utilisateurs finals en tous points du territoire et cela impliquant la possibilité de mettre en place des mesures spécifiques concernant les zones rurales ou géographiquement isolées¹⁵⁷⁰. De ce point de vue, le droit positif semblait proche de l'économie des réseaux.

623. Cependant, le droit français va beaucoup plus loin en prenant en compte l'objectif de « prise en compte de l'intérêt des territoires »¹⁵⁷¹, qui ne se limite pas au service universel¹⁵⁷², en tant qu'objectif de politique publique. Cet affranchissement de l'économie des réseaux a été repris en droit de l'Union européenne par la nouvelle directive 2009/140, qui associe l'aménagement du territoire à la politique de cohésion et plus largement à des objectifs de politique industrielle¹⁵⁷³.

624. Ainsi, en s'autonomisant par rapport au service universel et en s'affirmant comme un objectif de politique publique, l'objectif d'aménagement du territoire conduit, dans son principe, à un éloignement vis-à-vis de la théorie de l'économie des réseaux. Celui-ci se constate davantage encore s'agissant de ses modalités de mise en œuvre.

ii. Le service public local comme instrument de l'aménagement du territoire

625. En outre, les modalités de mise en œuvre de l'aménagement du territoire contredisent frontalement l'économie des réseaux. En effet, l'objectif d'aménagement du territoire a conduit à la reconnaissance progressive par le législateur de la possibilité¹⁵⁷⁴ pour les collectivités territoriales de construire des réseaux de communications électroniques, gérés conformément aux principes du droit public économique, mais pour lesquels la condition de carence de l'initiative privée est exigée pour la fourniture directe de services, à la différence de la fourniture d'infrastructures passives¹⁵⁷⁵. Cette possibilité est désormais reconnue explicitement par la directive 2009/140¹⁵⁷⁶.

¹⁵⁷⁰ Directive 2002/22 précitée, § 7 de l'exposé des motifs.

¹⁵⁷¹ CPCE, article L.32-1, 7°.

¹⁵⁷² V., TRUCHET D., « Collectivités territoriales et infrastructures de télécommunications : réflexions autour de l'article L. 1511-6 CGCT », *Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2002, p. 466 ; Adde COURCEL (DE) O., SENAC DE MONSEMBERNARD M., « Les collectivités locales, opérateurs de télécoms : du "pourquoi" au "comment" », *BJCL*, 2004, p. 146.

¹⁵⁷³ Directive 2009/140 précitée, § 9 de l'exposé des motifs.

¹⁵⁷⁴ Les conditions d'intervention des collectivités locales vont s'assouplir à partir de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, un nouveau régime faisant son apparition avec l'article L.1425-1 du code général des collectivités territoriales.

¹⁵⁷⁵ CGCT, article L. 1425-1.

¹⁵⁷⁶ Directive 2009/140 précitée, § 10 de l'exposé des motifs, article 1.

En somme, continue donc d'exister par ce biais un véritable service public local¹⁵⁷⁷ qui est d'ailleurs considéré par l'ARCEP elle-même comme le moyen le plus crédible de réussir l'aménagement du territoire du point de vue numérique¹⁵⁷⁸. Or, la présence de ces réseaux a pour effet de maintenir sur un territoire donné un monopole d'infrastructures, ce qui justifie la pérennité de la régulation sectorielle contrairement aux hypothèses de l'économie des réseaux.

b. La nécessité d'une régulation sectorielle des réseaux locaux de télécommunications

626. Si la construction par les collectivités locales de réseaux de communications électroniques peut permettre d'augmenter la concurrence par les infrastructures¹⁵⁷⁹, comme on le constate notamment à propos du développement des réseaux de fibre optique¹⁵⁸⁰, celle-ci constitue aussi un risque de reconstitution de monopoles sur un territoire donné. Or, ce risque justifie l'existence et le maintien sur le long terme d'une régulation sectorielle.

En effet, si l'autorité de régulation a considéré que les réseaux des collectivités locales ne pouvaient pas faire l'objet d'une régulation *ex ante* à la différence des autres réseaux¹⁵⁸¹ en raison de l'absence de puissance significative sur le marché de ces collectivités liée au caractère national de la délimitation du marché pertinent¹⁵⁸², le législateur a considéré au contraire qu'il était nécessaire de mettre en place une régulation sectorielle de ces réseaux. En effet, le code général des collectivités territoriales a posé un principe de « l'utilisation partagée des infrastructures » complété par les principes d'égalité et de libre concurrence¹⁵⁸³, attribuant alors à l'ARCEP une compétence de règlement de différends pour traiter des questions d'accès à ces réseaux¹⁵⁸⁴. En somme, la régulation sectorielle, si elle ne relève pas de la régulation *ex ante*, s'exerce néanmoins par le biais de la compétence de règlement de différends. Un cas d'application récent le démontre concernant des réseaux locaux de fibre optique¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁷⁷ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, 47 et s. ; *Adde* FORET E., « Le rôle des collectivités territoriales dans l'aménagement numérique du territoire », *article précité*, p. 297 ; *Adde* BRONNER C., « L'intervention des collectivités territoriales en matière de réseaux de communications électroniques », *article précité*, p. 306 ; *Adde* ALLEMAND R., « L'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications », *AJDA*, 2004, pp. 2028-2029.

¹⁵⁷⁸ V., ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques, Compte rendu des travaux du Comité des réseaux d'initiative publique*, 2008, p. 9 et p. 15 et s.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 3. V., en outre COURCEL (DE) O., SENAC DE MONSEMBERNARD M., « Les collectivités locales, opérateurs de télécoms : du "pourquoi" au "comment" », *article précité*, p. 146.

¹⁵⁸⁰ ARCEP, *L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques*, précité, p. 10, p. 76 et pp. 81-92.

¹⁵⁸¹ ARCEP, Décision n° 2008-0835 précitée, pp. 14-15 pour les fourreaux et pp. 19-20 pour les réseaux proprement dits, et pp. 23-24 s'agissant de la pertinence de ce marché au titre de la régulation *ex ante*.

¹⁵⁸² *Ibid.*, pp. 22-23.

¹⁵⁸³ CGCT, article L. 1425-1. I.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, article L. 1425-1. III.

¹⁵⁸⁵ ARCEP, Décision n° 2010-0742 précitée.

627. Enfin, on peut noter que ce résultat vaut également concernant certaines technologies sans fil, certaines collectivités territoriales, notamment des régions, s'étant vues attribuer des licences WiMax¹⁵⁸⁶, qui contiennent un certain nombre d'engagements en termes de couverture du territoire et de mise à disposition de fréquences à des opérateurs privés, sanctionnés par l'autorité de régulation¹⁵⁸⁷.

628. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'existence de politiques publiques fait échec à la transcription en droit positif des seules hypothèses de l'économie des réseaux et conduit au maintien pérenne de la régulation sectorielle.

Ce résultat est enfin renforcé par l'étude du principe d'interopérabilité des réseaux, créé par l'autorité de régulation en matière de communications électroniques et qui vient infirmer de la manière la plus nette l'hypothèse pourtant fondamentale de l'effet de club.

B. La remise en cause de l'hypothèse de l'effet de club par le principe d'interopérabilité des réseaux

629. Les décisions de l'autorité de régulation ont fait émerger un concept nouveau, celui d'« *interopérabilité des réseaux* », qui remet doublement en cause la transcription de l'économie des réseaux en droit positif. D'une part, ce principe justifie le maintien de la régulation *ex ante* (1). D'autre part, il vient contredire frontalement l'hypothèse de l'effet de club qui constitue pourtant une hypothèse fondamentale de l'économie des réseaux (2).

1. Un principe consacrant la pérennité de la régulation ex ante

630. Le principe d'interopérabilité des réseaux, créé de manière prétorienne par l'autorité de régulation (a), a pour effet de rendre nécessaire le maintien de la régulation *ex ante* (b).

a. Le principe d'interopérabilité des réseaux

631. Le principe d'interopérabilité des réseaux n'est pas prévu par l'article L.32-1 CPCE, celui-ci prévoyant cependant l'objectif de « *définitions de conditions d'accès aux réseaux ouverts au public et d'interconnexion de ces réseaux qui garantissent la possibilité pour tous les utilisateurs de communiquer librement* »¹⁵⁸⁸. L'interopérabilité n'est en effet consacrée que pour les services au niveau européen¹⁵⁸⁹ et non pour les réseaux. C'est l'autorité de régulation qui va procéder à la construction intégrale de ce principe par l'intermédiaire de ses décisions.

¹⁵⁸⁶ ARCEP, *L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques*, précité, p. 44.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, pp. 46-48.

¹⁵⁸⁸ CPCE, article L.32-1, 4°.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, article L.32-1, 10°.

Ainsi, dans une décision relative aux « prestations de terminaison d'appels fournies par les opérateurs de boucle locale (OBL) concurrents de France Télécom »¹⁵⁹⁰, l'autorité a pour la première fois dégagé l'« objectif dit d'interopérabilité des réseaux », qui vise la « réalisation d'objectifs d'intérêt général tels que la possibilité pour les utilisateurs de communiquer librement entre eux quelque soient les réseaux auxquels ils sont raccordés »¹⁵⁹¹ et s'applique alors à la terminaison d'appel vocal¹⁵⁹². La création prétorienne de ce principe sera confirmée par la suite dans les mêmes termes lors du second cycle d'analyse des marchés pertinents de la téléphonie fixe¹⁵⁹³, ou concernant la terminaison d'appel mobile¹⁵⁹⁴. En dernière analyse, il a encore été confirmé récemment lors du troisième cycle d'analyse des marchés pertinents de la téléphonie fixe¹⁵⁹⁵.

Or, la création prétorienne de ce principe constitue une limite fondamentale à l'économie des réseaux en ce que celle-ci rend nécessaire le maintien de la régulation *ex ante*, puisqu'il sert à qualifier la pertinence *ex ante* d'un marché.

b. Un argument du maintien de la régulation *ex ante*

632. Le principe d'interopérabilité des réseaux constitue en effet une remise en cause des hypothèses de l'économie des réseaux en ce que la nécessité de le mettre en œuvre justifie pour l'autorité de régulation le maintien de la régulation *ex ante* du marché¹⁵⁹⁶.

Dès lors, le principe d'interopérabilité des réseaux est un principe d'intérêt général qui s'oppose à la transcription de l'économie des réseaux en ce qu'il s'oppose au passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*. De ce point de vue, il est tout à fait significatif de souligner que ce principe s'oppose frontalement à une hypothèse fondamentale de la théorie de l'économie des réseaux, l'hypothèse de l'effet de club.

2. Un principe remettant en cause l'hypothèse de l'effet de club

633. L'effet de club est une hypothèse fondatrice de l'économie des réseaux, dans la mesure où elle complète l'hypothèse du développement technologique pour considérer la possibilité d'une croissance auto-entretenue dans le secteur des communications électroniques¹⁵⁹⁷. Cependant, cette hypothèse ne fait pas consensus et certains économistes émettent des réserves concernant le

¹⁵⁹⁰ ART, Décision n° 05-0425 précitée, p. 2.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁵⁹² *Ibid.*, p. 10.

¹⁵⁹³ ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, p. 28.

¹⁵⁹⁴ *V.*, par exemple Décision n° 07-0277 de l'Arcep en date du 29 mars 2007 portant sur la détermination d'un marché pertinent concernant la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de la société Outremer Télécom, p. 19.

¹⁵⁹⁵ ARCEP, Décision n° 2011-0926 précitée, p. 32.

¹⁵⁹⁶ ART, Décision n° 05-0425 précitée, pp. 10-11 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, p. 28 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2011-0926 précitée, p. 32.

¹⁵⁹⁷ CURIEN N., *Économie des réseaux*, *op. cit.*, pp. 9-14.

prétendu effet positif de l'effet de club (a). Or, le traitement par l'autorité de régulation de l'effet de club semble donner raison à ces derniers en ce qu'il est envisagé, lorsqu'il l'est, plutôt dans ses aspects négatifs que dans ses aspects positifs (b).

a. Les réserves économiques concernant l'effet de club

634. Certains économistes expriment des réserves sur l'hypothèse fondatrice de l'économie des réseaux qu'est l'effet de club, sans pour autant nier l'existence d'une telle externalité.

Ainsi, tout en prenant bien acte du fait que l'effet de club, externalité positive de réseau, peut permettre au réseau d'assurer seul son développement dès lors qu'une taille critique est atteinte¹⁵⁹⁸, ils considèrent cependant que l'effet de club aura la plupart du temps pour effet, dans la mesure où l'objectif premier des opérateurs doit être d'atteindre une taille critique, de pousser les plus gros opérateurs à s'opposer à ce que ces concurrents atteignent cette taille¹⁵⁹⁹.

Or, l'autorité de régulation semble davantage transcrire cette conception de l'effet de club plutôt que celle de l'économie des réseaux. L'effet de club est en effet traité d'un point de vue exclusivement négatif, voire a aujourd'hui totalement disparu des analyses de l'autorité.

b. Le rejet de l'effet de club en droit de la régulation

635. L'existence « *des effets dits « de club » (ou effets d'externalité positive de réseau)* » a été reconnue par l'autorité de régulation à l'occasion de l'analyse de la pertinence *ex ante* de la terminaison d'appel vocal fixe¹⁶⁰⁰ et de la terminaison d'appel mobile¹⁶⁰¹. De ce point de vue, on pourrait considérer qu'il s'agit là d'une consécration des hypothèses de l'économie des réseaux au sein du droit positif. Cependant, une telle assertion doit être rejetée parce que l'effet de club a été interprété de manière exclusivement négative (i) avant de disparaître définitivement (ii).

i. L'interprétation négative de l'effet de club

636. Si le concept d'effet de club a bien été reçu en droit de la régulation dans un premier temps, il apparaît que l'interprétation qui en a été faite, loin de suivre les hypothèses de l'économie des réseaux, a consacré au contraire une interprétation à contre-courant de celles-ci.

D'abord, il apparaît que les mentions qui sont faites de l'effet de club sont très marginales dans la pratique de l'autorité, ce qui apparaît en totale disproportion avec l'importance théorique de cette hypothèse en économie des réseaux.

¹⁵⁹⁸ CROCQ I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, *op. cit.*, pp. 74-81.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, pp. 79-80 et pp. 217-128.

¹⁶⁰⁰ ART, Décision n° 05-0425 précitée, p. 11.

¹⁶⁰¹ ARCEP, Décision n° 07-0277 précitée, p. 19.

Ensuite, l'autorité considère, à propos des services de terminaison d'appel, que « *la vente et l'achat réciproques de ces prestations permettent, dans une certaine mesure d'atténuer l'importance des effets dits « de club » (ou effets d'externalité positive de réseau) au sein des réseaux individuels* »¹⁶⁰². Or, une telle interprétation de l'effet de club semble aller à contre-courant des hypothèses de l'économie des réseaux puisqu'il est présenté ici comme empêchant les échanges, et non comme les favorisant.

Enfin, la reconnaissance de la nécessité du principe d'intérêt général de l'interopérabilité des réseaux et son utilisation en tant qu'argument justifiant le maintien de la régulation *ex ante*¹⁶⁰³ démontre que l'autorité de régulation consacre en réalité l'hypothèse inverse de celle de l'économie des réseaux en ne retenant qu'une conception négative de l'effet de club.

En définitive, l'interprétation de l'effet de club faite par l'autorité de régulation ne semble pas conforme aux hypothèses de l'économie des réseaux et au contraire les contredisent. En outre, de façon plus significative encore, il n'est plus fait mention aujourd'hui de l'effet de club dans les décisions de l'autorité ce qui laisse à penser que cette hypothèse a été rejetée du système juridique.

ii. La disparition de toute référence à l'effet de club

637. Les difficultés à intégrer dans le droit positif l'hypothèse contestable de l'effet de club étaient sans doute trop élevées. L'autorité de régulation a alors préféré faire disparaître dans ses décisions toute mention à l'effet de club à partir de ses décisions rendues à l'occasion du second cycle d'analyse de la pertinence *ex ante* des marchés¹⁶⁰⁴.

Cette disparition pure et simple révèle que les difficultés à intégrer l'hypothèse de l'économie des réseaux étaient si fortes qu'il a finalement été décidé d'exclure toute référence à cette hypothèse. De ce point de vue, il s'agit d'un désaveu fort de l'économie des réseaux dans la mesure où le sort de l'effet de club en droit de la régulation tranche singulièrement avec son importance fondamentale dans cette théorie économique.

¹⁶⁰² ART, Décision n° 05-0425 précitée, p. 11.

¹⁶⁰³ Cf. *Supra*.

¹⁶⁰⁴ ARCEP, Décision n° 2008-0896 précitée, p. 28.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

638. En définitive, l'analyse démontre que contrairement au discours du droit positif et à ce que laisse apparaître une analyse superficielle de celui-ci, le droit positif des communications électroniques ne réalise qu'une transcription très limitée des hypothèses de l'économie des réseaux. En effet, il semble à de nombreux titres en prendre le contre-pied.

C'est d'abord le cas en ce qui concerne la plus importante de ces hypothèses, à savoir la disparition des monopoles naturels et l'émergence d'une concurrence par les infrastructures. En effet, les solutions du droit positif sont beaucoup plus nuancées que l'économie des réseaux de ce point de vue et l'autorité de régulation continue de faire une place très importante au monopole naturel dans ses décisions. D'une part, l'analyse en termes de monopole naturel continue de justifier l'application de la régulation *ex ante*, tant *rationae materiae* que *rationae personae*. D'autre part, elle se maintient très largement malgré le processus de dérégulation du marché, puisque la dérégulation de la majorité des marchés de détail est fondée sur le maintien de la régulation des marchés de gros, et que ces derniers soit ne font pas l'objet d'une dérégulation *ex ante* complète, soit font l'objet d'une régulation par d'autres biais. Pire encore, le développement technologique, loin de supprimer le monopole naturel, tend parfois à entraîner sa reconstitution, comme dans le cas de la fibre optique ou de la mutualisation des réseaux d'antennes mobiles. En somme, loin de disparaître, le monopole naturel se maintient dans les communications électroniques, ce qui remet en cause la principale hypothèse de l'économie des réseaux.

En outre, se trouvent également remises en cause les autres hypothèses défendues par cette théorie économique. Tout d'abord, alors que cet aspect est négligé par l'économie des réseaux, la régulation des ressources rares est autant fondamentale que pérenne, et elle constitue autant un objet qu'un instrument de la régulation sectorielle. Ensuite, la théorie de l'échelle des investissements, consistant à mettre en place des incitations à l'investissement par les prix d'accès au réseau, a entraîné un sous-investissement dans le secteur et est dès lors aujourd'hui dépassée en droit positif, qui utilise de nouveaux mécanismes qui échappent au modèle de l'économie des réseaux. Enfin, les hypothèses de l'économie des réseaux ne résistent pas aux impératifs d'intérêt général posés en droit positif, notamment en matière de service universel ou d'interopérabilité des réseaux, ce dernier principe allant jusqu'à remettre en cause l'hypothèse de l'effet de club qui justifie en économie des réseaux l'hypothèse de la concurrence autoentretenu.

En somme, l'analyse démontre qu'il existe finalement de nombreuses limites à la transcription des hypothèses de l'analyse économique du droit, prise dans sa branche de l'économie des réseaux, en droit de la régulation des communications électroniques. Ceci produit alors des conséquences immédiates concernant la transcription en droit des résultats de cette théorie économique, pratiques et théoriques, s'agissant notamment de l'acceptation de la régulation entendue comme régulation *ex ante*.

Chapitre 2nd

Les limites de la transcription des résultats de l'économie des réseaux en droit de la régulation

639. La démonstration des limites de la transcription des hypothèses de l'économie des réseaux en droit de la régulation des communications électroniques conduit logiquement à démontrer les limites de la transcription de ses résultats. Notamment, l'hypothèse du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post* est nécessairement remise en cause par la permanence du monopole naturel, la présence de ressources rares, l'existence d'impératifs relevant de la mise en œuvre de politiques, la remise en cause de l'effet de club, etc.¹⁶⁰⁵.

Dès lors, au-delà de la remise en cause de ce seul principe, c'est l'ensemble des résultats de la théorie de l'économie des réseaux qu'il est possible de questionner. Il apparaît ainsi nécessaire désormais d'interroger les concepts de régulation *ex ante* et de régulation *ex post* et la pertinence de leur distinction, alors que celle-ci fait l'objet d'une réception croissante, mais peu soumise à l'analyse critique, dans la doctrine juridique¹⁶⁰⁶.

640. De ce point de vue, l'analyse critique des résultats de la théorie de l'économie des réseaux est d'ailleurs d'autant plus légitime que, si la remise en cause de la distinction entre régulation *ex ante* et régulation *ex post* ne se trouve guère chez les juristes français¹⁶⁰⁷, un certain nombre d'économistes proches du monde juridique sont plus nuancés et préconisent de relativiser la rigidité de cette *summa divisio*¹⁶⁰⁸. Or, l'analyse conduit à aller dans leur sens.

641. Certes, les résultats de l'économie des réseaux ne sont pas totalement pris en défaut car la régulation *ex ante* désigne sans doute en droit la procédure de l'article L. 37-1 CPCE, et certaines caractéristiques juridiques respectives des autorités de régulation sectorielle et de l'autorité de la concurrence trouvent en cette distinction des éléments de conceptualisation¹⁶⁰⁹. Cependant, en toute hypothèse, la rigidité de la distinction opérée dans la théorie de l'économie des réseaux ne se retrouve aucunement dans le droit positif, qui voit surtout dans ces concepts des procédures

¹⁶⁰⁵ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁶⁰⁶ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁶⁰⁷ V., néanmoins NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 282, pour une critique de la distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post*. Le premier auteur est français mais ne participe plus activement à la doctrine juridique française.

¹⁶⁰⁸ CHONÉ P., « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 50-51 ; Adde MARTY F., « Vers un *unbundling* dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *Document de travail OFCE*, n°2009-27, Octobre 2009, p. 33 ; Adde PENARD T., THIRION N., « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit », in N. Thirion (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 87-124.

¹⁶⁰⁹ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

plutôt que des catégories juridiques en tant que telles, et ne suit finalement pas la théorie économique dans l'idée que la différence entre régulation *ex ante* et régulation *ex post* explique et justifie la distinction entre régulation sectorielle et droit de la concurrence. La transcription en droit des résultats de l'économie des réseaux se trouve donc fortement limitée au regard de l'ambition de l'analyse économique du droit et de sa branche de l'économie des réseaux.

642. En effet, tandis que le droit de la concurrence peut être considéré par certains aspects comme relevant d'une régulation *ex ante*, démontrant ainsi les limites de la transcription du concept de régulation *ex post* en droit de la concurrence (I), la régulation sectorielle s'exerce à la fois *ex ante* et *ex post*, voire dépasse largement ces deux cadres d'analyse, démontrant les limites de la transcription du concept de régulation *ex ante* en droit et par voie de conséquence son incapacité en toute hypothèse à prétendre servir de définition à la notion juridique de régulation (II).

Section I. Les limites de la transcription du concept de régulation *ex post* en droit de la concurrence

643. Une analyse fine du droit de la concurrence démontre que la transcription du concept de régulation *ex post* en droit, si elle existe partiellement comme on l'a démontré précédemment¹⁶¹⁰, trouve néanmoins un certain nombre de limites. En effet, il apparaît que les autorités de concurrence interviennent très fréquemment *ex ante* au sens de l'économie des réseaux, c'est-à-dire *a priori* et de manière asymétrique, conduisant alors à relativiser très largement la séparation radicale entre les autorités de régulation sectorielle et les autorités de concurrence. Cela peut être démontré tant en ce qui concerne les restrictions horizontales (§1), qu'en ce qui concerne les restrictions verticales (§2) de concurrence.

§1. Le contrôle *ex ante* des restrictions horizontales de concurrence

644. Le contrôle des restrictions horizontales de concurrence peut être qualifié d'*ex ante*, dans la mesure où il est formellement effectué *a priori* par une autorité indépendante et vise, fonctionnellement, à encadrer de façon asymétrique la structure et les comportements d'un opérateur dominant au bénéfice de ses concurrents, dans tous les cas dans le cadre du contrôle des concentrations (A) et dans certains cas dans le cadre du contrôle des ententes (B).

¹⁶¹⁰ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

A. Le contrôle *ex ante* des opérations de concentration

645. Le contrôle des concentrations relève, au regard de la distinction entre *ex ante* et *ex post*, de la régulation *ex ante*. Cette qualification résulte à la fois d'une analyse formelle (1) et d'une analyse fonctionnelle (2).

1. La qualification formelle de contrôle *ex ante*

646. Le contrôle des concentrations présentant les principales caractéristiques du contrôle *ex ante* (a), il a été qualifié tel quel tant par le droit positif que par la doctrine universitaire (b).

a. Les caractéristiques *ex ante* du contrôle des concentrations

647. Le contrôle des concentrations peut être qualifié de contrôle *ex ante* au regard de ses caractéristiques. Cette qualification ne fait aucune difficulté en droit communautaire (i). Elle est cependant plus récente en droit français (ii).

i. Les caractéristiques *ex ante* du contrôle des concentrations en droit de l'Union européenne

648. Quoique le contrôle des concentrations n'ait pas été initialement prévu comme partie intégrante du droit de la concurrence¹⁶¹¹, il ne fait aucun doute aujourd'hui qu'il en relève, ainsi que la présentation en est toujours faite¹⁶¹². Il devrait donc en principe relever de la régulation *ex post*. Cependant, il présente toutes les caractéristiques de la régulation *ex ante* au sens de l'économie des réseaux.

649. Tout d'abord, il faut noter que l'émergence même d'un droit spécifique des concentrations, alors que la CJCE avait admis dans un premier temps que ce contrôle pouvait s'exercer sur la base du droit des abus de position dominante¹⁶¹³, fut lié à la constatation de l'insuffisance du droit de la concurrence en ce que celui-ci n'intervenait qu'*a posteriori*, ce qui entraînait des difficultés à remettre en cause par la suite les opérations de concentration illégales et posait problème du point de vue de la sécurité juridique¹⁶¹⁴.

¹⁶¹¹ DUBOUIS L., BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 5^{ème} Ed., 2009, p. 534. Le contrôle des concentrations n'apparaît en effet pas aux articles 101, 102, 103, 104, 105 et 106 TFUE.

¹⁶¹² *Ibid.* V., également VOGEL L., *Droit français de la concurrence*, Paris, LawLex, « JuriScience », 2006, p. 4 et p. 483.

¹⁶¹³ Décision de la Commission, du 9 décembre 1971, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/26 811 - Continental Can Company), 72/21/CEE confirmée par l'Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*, C- 6/7.

¹⁶¹⁴ DUBOUIS L., BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 535.

650. Le système de la régulation *ex post* a donc été considéré comme insuffisamment efficace pour s'assurer du maintien de la concurrence dans le cas des concentrations. Il a alors fallu mettre en place un système de régulation *ex ante*. Le contrôle des concentrations en présente en effet toutes les caractéristiques.

En premier lieu, le contrôle mis en place par le règlement européen est bien un contrôle *ex ante* puisqu'il repose sur un système de notification *a priori* de l'opération de concentration¹⁶¹⁵. En deuxième lieu, le contrôle mis en œuvre est un contrôle de type prospectif, ainsi que le souligne notamment le Conseil de la concurrence, et relève donc de ce point de vue d'une méthodologie caractéristique de l'*ex ante*¹⁶¹⁶. En troisième lieu, le contrôle des concentrations porte sur des opérations de nature structurelle davantage que sur le comportement des opérateurs¹⁶¹⁷ et peut conduire à l'aménagement ou la dissolution de la concentration et donc à des remèdes de nature structurelle¹⁶¹⁸, ce qui est également caractéristique de la régulation *ex ante*.

651. Dès lors, le contrôle des concentrations présente un certain nombre de caractéristiques justifiant qu'il soit qualifié d'*ex ante* en droit de l'Union européenne. La dynamique du droit interne va également dans ce sens.

ii. Les caractéristiques *ex ante* du contrôle des concentrations en droit interne

652. Le contrôle des concentrations en droit français, instauré à la fin des années soixante-dix¹⁶¹⁹, a pendant longtemps été un système original dans la mesure où l'autorité décisionnaire était le ministre¹⁶²⁰, le Conseil de la concurrence ne disposant que d'un pouvoir consultatif¹⁶²¹. Une telle organisation empêchait sans doute ce pouvoir d'être qualifié de régulation *ex ante* au sens de l'économie des réseaux dans la mesure où s'il s'exerçait *a priori*, il n'était en revanche pas exercé par une autorité indépendante du gouvernement.

¹⁶¹⁵ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"), § 34 de l'exposé des motifs. *V.*, par ailleurs Arrêt du Tribunal de première instance (deuxième chambre) du 28 septembre 2004, *MCI, Inc. contre Commission des Communautés européennes*, T-310/00, selon lequel la Commission européenne perd sa compétence sur le fondement du contrôle des concentrations au profit des autorités nationales appliquant le droit de la concurrence dès lors que l'accord de concentration est résilié, même si les entreprises décident *a posteriori* de coopérer sous une autre forme, comme une entente. Le contrôle des concentrations se fait donc uniquement *a priori*.

¹⁶¹⁶ Décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-32 du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, § 161, selon lequel «*des analyses de marché en matière de contrôle des concentrations revêtent nécessairement un caractère prospectif*»

¹⁶¹⁷ Règlement (CE) n° 139/2004 précité, § 8, 20 et 29 de l'exposé des motifs.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, § 31 à 33 de l'exposé des motifs.

¹⁶¹⁹ Loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante.

¹⁶²⁰ C. Com, anciens article L. 430-3 à L. 430-5.

¹⁶²¹ *Ibid.*, anciens articles L. 430-5 à L. 430-10.

653. Cependant, le renversement du système opéré par la loi de modernisation de l'économie¹⁶²², en ce qu'il attribue désormais le pouvoir décisionnaire de principe à l'autorité de concurrence, rapproche sans aucun doute le système de contrôle des concentrations français d'un contrôle *ex ante*. C'est désormais elle, en effet, qui reçoit les notifications des opérations de concentration¹⁶²³, qui décide de la légalité de l'opération de concentration envisagée¹⁶²⁴, et par ailleurs sur le seul fondement du bilan économique ce qui éloigne la régulation politique au profit de la seule régulation économique¹⁶²⁵. La régulation politique correspond désormais à la seule hypothèse résiduelle d'intervention ministérielle, le ministre de l'économie pouvant évoquer l'affaire pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence¹⁶²⁶.

Dès lors, le contrôle français des concentrations peut aujourd'hui tout à fait être considéré comme un contrôle *ex ante* dans la mesure où il en présente toutes les caractéristiques. Ceci explique qu'il soit qualifié comme tel tant par le droit positif que par la doctrine.

b. La qualification du contrôle des concentrations de contrôle *ex ante*

654. Le contrôle des concentrations a été qualifié de contrôle *ex ante* en droit positif (i) et par la doctrine (ii).

i. La qualification de contrôle *ex ante* en droit positif

655. Le contrôle des concentrations a d'abord été qualifié d'*ex ante* en droit de l'Union européenne, notamment dans les lignes directrices de la Commission relatives aux communications électroniques, celles-ci considérant explicitement que les analyses de concentration sont « également réalisées *ex ante* »¹⁶²⁷. Cette qualification a ensuite été reprise par l'ARCEP¹⁶²⁸, puis par le ministre de l'économie, qui, à l'occasion d'une opération de concentration, a considéré que le contrôle des concentrations doit servir à « examiner *ex ante* si une opération soumise à son contrôle par les parties qui procèdent à la notification est compatible avec l'ordre public économique, et notamment vérifier que cette opération

¹⁶²² Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹⁶²³ C. Com, article L. 430-3.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, articles L. 430-4 à L.430-10.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, article L. 430-6.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, article L. 430-7-1.II. Ces motifs sont « notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création et le maintien de l'emploi ».

¹⁶²⁷ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2002/C, 165/03, § 28.

¹⁶²⁸ Décision n° 06-0593 de l'Arcep en date du 27 juillet 2006 portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole, la désignation d'opérateur disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, p. 69. Celle-ci a considéré que son analyse différait du « type d'analyse qui peut être menée *ex ante* lors de l'examen d'une concentration économique par une autorité de concurrence », dans la mesure où elle était davantage prospective.

est insusceptible de porter atteinte à la concurrence »¹⁶²⁹. Le droit positif a donc consacré la qualification d'*ex ante* du contrôle des concentrations. Il est de ce point de vue en accord avec la doctrine.

ii. La qualification de contrôle *ex ante* en doctrine

656. Le contrôle des concentrations est qualifié de contrôle *ex ante* tant par la doctrine économique que par la doctrine juridique.

D'une part, le contrôle des concentrations est qualifié de contrôle *ex ante* par la doctrine économique. Il est tout significatif ici de souligner que les tenants de l'économie des réseaux admettent que le contrôle des concentrations est un contrôle *ex ante*, ce qui constitue donc une dérogation au principe selon lequel le contrôle de la concurrence s'exerce *ex post*¹⁶³⁰. D'autres économistes s'inscrivant dans d'autres courants de pensée vont par ailleurs également en ce sens¹⁶³¹. Ainsi, le contrôle des concentrations est explicitement considéré par la doctrine économique comme un contrôle *ex ante* et donc comme une exception au principe selon lequel le droit de la concurrence relève de la régulation *ex post*.

D'autre part, la doctrine juridique est également allée en ce sens. C'est notamment le cas de Marie-Anne Frison-Roche, qui, dans son article relatif à la distinction entre l'*ex ante* et l'*ex post*, considère que le contrôle des concentrations se situe entre l'*ex ante*, du fait des mécanismes de notification ou de la procédure d'engagement, et l'*ex post*, dans la mesure où le contrôle est fondé sur le droit de la concurrence¹⁶³².

657. En définitive, la qualification de contrôle *ex ante* ne semble pas faire de difficultés d'un point de vue formel, dans la mesure où il s'agit d'un contrôle structurel exercé *a priori* par une autorité indépendante. En outre, il est possible de démontrer que le contrôle des concentrations a bien servi d'instrument de régulation *ex ante* d'un point de vue fonctionnel.

¹⁶²⁹ Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi C2007-150 du 23 novembre 2007, aux conseils des sociétés SFR et Somart, relative à une concentration dans le secteur des produits et services de téléphonie mobile, p. 16.

¹⁶³⁰ PERROT A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'économie*, n° 4/vol XVI, avril 2002, p. 92 ; *Adde* CHONÉ P., « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », *op. cit.*, pp. 51-52 ; *Adde* REY P., « Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 19-20.

¹⁶³¹ COMBE E., *Économie et politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, p. 297 ; *Adde* FLACHER D., JENNEQUIN H., *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, Paris, Economica, 2007, p. 1.

¹⁶³² FRISON-ROCHE M.-A., « Le couple *ex ante*-*ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 42-43. *V.*, également SARACCI F., *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications : exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Lille, Atelier National de reproduction des thèses, 2003, pp. 307-308.

2. L'utilisation fonctionnelle *ex ante* du contrôle des concentrations

658. La qualification d'*ex ante* du contrôle des concentrations se justifie également en ce qu'il a pu être mis en œuvre fonctionnellement à des fins *ex ante*, c'est-à-dire aux fins d'ouvrir à la concurrence le secteur des communications électroniques, tant en droit de l'Union européenne (a) qu'en droit interne (b).

a. La fonction *ex ante* du contrôle des concentrations en droit de l'Union européenne

659. Historiquement, la Commission européenne a en effet utilisé le contrôle des concentrations aux fins d'ouvrir à la concurrence le secteur des communications électroniques. Le cas le plus significatif de ce point de vue fut la décision *Telia/Telenor*¹⁶³³.

Dans cette affaire, la Commission, en raison de l'importance du litige en cause¹⁶³⁴, considéra qu'il était nécessaire de donner « quelques explications de base » et de « clarifier certains principes essentiels » concernant les spécificités techniques et économiques du secteur, et réalisa alors une analyse analogue à celle qu'aurait pu faire une autorité de régulation¹⁶³⁵. L'analyse de marché réalisée concernait alors essentiellement la question de l'accès aux infrastructures¹⁶³⁶, la restriction de concurrence liée à la concentration¹⁶³⁷ résultant alors du renforcement de la position dominante sur la boucle locale¹⁶³⁸. C'est donc bien au regard des différentes spécificités liées aux industries de réseau que la Commission a mené son analyse et donc au regard des différentes problématiques abordées du point de vue fonctionnel par la régulation *ex ante*.

Or, afin de remédier à la contrariété de cette opération avec le droit de la concurrence¹⁶³⁹, les parties proposèrent des engagements prévoyant un certain nombre de cessions¹⁶⁴⁰ mais surtout le dégroupage de la boucle locale dans des conditions non-discriminatoires¹⁶⁴¹, engagements qui furent acceptés par la Commission européenne¹⁶⁴². Dès lors, le droit d'accès au réseau fut donc bien réalisé par le biais du contrôle de l'opération de concentration.

¹⁶³³ Décision de la Commission du 13 octobre 1999 déclarant une opération de concentration incompatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (Affaire IV/M.1439 — *Telia/Telenor*), 2001/98/CE.

¹⁶³⁴ *Ibid.*, § 8.

¹⁶³⁵ *Ibid.*, § 9. La Commission est revenue ici sur le processus en cours de libéralisation des anciens monopoles publics (§10 et 11), sur le fonctionnement technique du réseau (§12 à 17), sur les problèmes liés au caractère de facilité essentielle de la boucle locale en termes d'impossibilité de réplique des réseaux, d'accès à la boucle locale, d'innovation ou de pratiques de ciseaux tarifaires (§18 à 21), sur les avantages et les limites de la sélection et présélection (§22 à 27), sur la possibilité de dégroupage de la boucle locale (§28 à 30), etc.

¹⁶³⁶ *Ibid.*, § 73 à 129.

¹⁶³⁷ *Ibid.*, § 130 à 167.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, § 168 à 176.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, § 377.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, § 381.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*

¹⁶⁴² *Ibid.*, § 390 à 392.

Ainsi, cette affaire est révélatrice de la possibilité offerte à la Commission européenne d'intervenir *ex ante* par le biais du contrôle des concentrations. Il faut d'ailleurs noter qu'une telle utilisation du contrôle des concentrations a également été faite afin de renforcer l'ouverture à la concurrence du secteur électrique¹⁶⁴³.

b. La fonction *ex ante* du contrôle des concentrations en droit interne

660. On trouve la même solution en droit français, même si toutes les décisions de contrôle des concentrations ne sont pas égales de ce point de vue¹⁶⁴⁴. Dans un certain nombre d'affaires, le contrôle des concentrations a été utilisé aux fins d'ouvrir à la concurrence le secteur des communications électroniques, permettant d'émettre l'hypothèse d'une quasi-équivalence fonctionnelle des régulations *ex ante* sectorielle et concurrentielle (i). Cette quasi-équivalence fonctionnelle a pu faire l'objet d'une appréciation explicite de la part de l'autorité de concentration qui a admis la possibilité d'utiliser le contrôle des concentrations afin d'agir *ex ante* sur le marché (ii).

i. La quasi-équivalence fonctionnelle de la régulation sectorielle et du contrôle des concentrations

661. Le contrôle des concentrations a été utilisé à plusieurs reprises afin de procéder à une régulation *ex ante* au sens de l'ouverture à la concurrence du secteur, et l'on peut ici en donner les exemples les plus éclairants.

662. L'un des exemples les plus significatifs de ce point de vue est l'affaire relative aux réseaux de téléphonie mobile, dans laquelle l'absorption par TDF des pylônes de Bouygues Télécom a été acceptée, car apportant un progrès économique suffisant en favorisant le développement des marchés de la téléphonie mobile et en réduisant les besoins d'investissement de chaque opérateur¹⁶⁴⁵, à la seule condition que l'engagement soit pris de la publication par TDF d'« *un catalogue de prix répertoriant les prestations offertes afin de garantir l'accès aux sites dans des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires* »¹⁶⁴⁶.

Ainsi, le contrôle des concentrations a été utilisé afin de permettre l'ouverture à la concurrence du secteur de la téléphonie mobile par le biais de la mutualisation des réseaux et de la mise

¹⁶⁴³ Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁶⁴⁴ La plupart des décisions opérant un contrôle de concentration dans le domaine des communications électroniques ne mettent pas en œuvre une fonction relevant de la régulation *ex ante* au sens de l'ouverture à la concurrence du secteur et, quoique étudiées, ne seront pas citées ici. *V.*, Table des références.

¹⁶⁴⁵ Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 26 avril 2002, aux conseils des sociétés TDF et BOUYGTELE, relative à une concentration dans le secteur des équipements de télécommunication mobile ; *Adde* Avis n° 02-A-04 du Conseil de la concurrence en date du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Telecom, p. 17.

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 18.

en place d'un droit d'accès au réseau. Un tel dispositif sera d'ailleurs expressément confié à l'ARCEP par la suite¹⁶⁴⁷.

663. D'autres exemples peuvent être cités. On peut ici faire référence à une décision relative à une concentration entre la société Cegetel et la société TD, société exploitant le réseau de la SNCF, dans laquelle l'ouverture du réseau aux opérateurs tiers est un argument servant à accepter l'opération de concentration¹⁶⁴⁸. On peut également faire état d'une décision relative à une concentration entre Neuf Telecom et Cegetel dans laquelle les parties ont dû s'engager à fournir des offres d'accès à leur réseau par le biais de procédures d'engagement¹⁶⁴⁹. On peut encore citer une décision relative à une concentration entre Neuf Cegetel et T-Online selon laquelle l'opération n'a pas d'effet anticoncurrentiel dans la mesure où les engagements d'accès précédents garantissent un accès au réseau¹⁶⁵⁰.

664. Enfin, on peut ici citer la décision relative à la concentration entre SFR et Cegetel, qui est tout à fait significative. En effet, dans cette affaire, la concentration a été autorisée sous réserve d'engagements visant à renforcer l'accès sur le réseau mobile au bénéfice des opérateurs virtuels¹⁶⁵¹ et à donner un accès au réseau de fibre optique¹⁶⁵². Par ailleurs, le ministre a ici considéré que la perspective du développement d'une concurrence par les infrastructures pouvait être considérée comme un bilan économique positif justifiant la concentration¹⁶⁵³. De ce point de vue, il s'agit d'une transcription des principes de la régulation *ex ante*, mais dans le cadre exceptionnel du droit de la concurrence et non de la régulation sectorielle.

665. En définitive, il peut exister une quasi-équivalence fonctionnelle entre la régulation sectorielle et le contrôle des concentrations, qui a servi aux fins d'ouvrir à la concurrence le secteur des communications électroniques. De ce point de vue, il est tout à fait significatif de souligner que cette quasi-équivalence fonctionnelle a pu faire l'objet d'une consécration presque explicite par le ministre de l'économie lui-même.

¹⁶⁴⁷ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.*

¹⁶⁴⁸ *V.*, Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 9 octobre 2003, au conseil de la société Cegetel, relative à une concentration dans le secteur des télécommunications, p. 4.

¹⁶⁴⁹ *V.*, Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie C2005-44 du 12 août 2005, aux conseils de la société Neuf Telecom, relative à une concentration dans le secteur des communications électroniques, pp. 15-18.

¹⁶⁵⁰ Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi C2007-68 du 25 juin 2007, aux conseils de la société Neuf Cegetel, relative à une concentration dans le secteur du marché de la fourniture d'accès à Internet, pp. 9-10. Par ailleurs, le développement rapide de la concurrence a servi d'argument complémentaire.

¹⁶⁵¹ Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi C2007-181 du 15 avril 2008, aux conseils de la société française du Radiotéléphone SA, relative à une concentration dans le secteur des télécommunications, p. 71. Cette concentration a fait l'objet d'une autorisation sous réserve d'engagements.

¹⁶⁵² *Ibid.*

¹⁶⁵³ *Ibid.*, pp. 74-75.

ii. La consécration de la quasi-équivalence fonctionnelle de la régulation sectorielle et du contrôle des concentrations

666. La quasi-équivalence fonctionnelle du contrôle des concentrations et de la régulation sectorielle, qui résulte des éléments précédents, a d'abord été niée en droit positif.

En effet, à l'occasion d'une affaire impliquant l'accès au réseau de SFR d'opérateurs virtuels, le ministre a rejeté l'argumentation des requérants, qui avaient sans doute vu dans les décisions précédemment citées la consécration d'une équivalence fonctionnelle de la régulation sectorielle et du contrôle des concentrations¹⁶⁵⁴. Il a en effet considéré que le contrôle des concentrations n'avait pas « *vocation à rendre les marchés "plus concurrentiels" en favorisant les concurrents plus faibles* » et qu'« *en aucun cas, le ministre ne peut prendre prétexte d'une opération pour remodeler la structure de marchés sur lesquels elle n'aurait pas d'impact* »¹⁶⁵⁵. Dès lors, selon le ministre, « *si une attention tout particulière doit être accordée à ces marchés, considérés de l'avis de l'ensemble des tiers interrogés comme non suffisamment concurrentiels, le ministre rappelle que cette mission relève du régulateur sectoriel* »¹⁶⁵⁶. Ainsi, la doctrine administrative a d'abord consisté à distinguer nettement la régulation sectorielle et le contrôle des concentrations, en conformité avec le modèle de la théorie de l'économie des réseaux.

667. Cependant, cette position a fait l'objet d'un revirement qui consacre *a contrario* l'hypothèse de la possibilité d'une quasi-équivalence fonctionnelle de la régulation sectorielle et du contrôle des concentrations. En effet, dans la décision relative à la fusion entre SFR et Neuf Cegetel précitée, et alors même que les opérateurs concurrents soulevaient les mêmes arguments, le ministre n'a pas réitéré les principes précédents, conservant seulement le principe selon lequel « *le ministre ne peut prendre prétexte d'une opération pour remodeler la structure de marchés sur lesquels elle n'aurait pas d'impact* »¹⁶⁵⁷. Il s'agit d'un changement de doctrine particulièrement significatif.

En effet, le principe ici posé est que le ministre ne peut aller au-delà de ce qu'implique l'opération de concentration, ce qui semble une solution logique. Cependant, dans le cadre de ce qu'implique cette opération, le ministre n'a pas réitéré sa volonté de distinguer clairement sa compétence de celle du régulateur sectoriel et a au contraire opéré une réelle structuration du marché en facilitant l'accès des opérateurs virtuels au réseau, en organisant un accès aux réseaux de fibre optique et en autorisant la concentration au motif que le développement de la concurrence par les infrastructures constituait un bilan économique positif¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵⁴ V., Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi C2007-150 précitée, p. 16. Les requérants faisaient valoir devant le ministre qu'il convenait de refuser la concentration au motif que les marchés de la téléphonie mobile n'étaient pas suffisamment concurrentiels notamment en raison des clauses restrictives liant les opérateurs virtuels à leurs fournisseurs de réseau, et qu'il eût mieux valu orienter le marché vers le rachat des opérateurs virtuels entre eux.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*

¹⁶⁵⁷ Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi C2007-181 précitée, p. 73.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 71 et pp. 74-75. Cf. *Supra*.

668. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'autorité de la concurrence intervient *ex ante* par le biais du contrôle des concentrations. Or, cela constitue une remise en cause de l'idée selon laquelle le droit de la concurrence relève de la régulation *ex post*. Une telle remise en cause se trouve en outre confirmée dans le cadre du contrôle des ententes, qui dans certaines circonstances peut également être qualifié de contrôle s'exerçant *ex ante*.

B. Le contrôle *ex ante* des ententes

669. À la différence du contrôle des concentrations, le contrôle des ententes s'exerce habituellement *ex post*. Cependant, il peut parfois répondre à la qualification de contrôle *ex ante* tant formellement (1) que fonctionnellement (2).

1. La qualification formelle de contrôle *ex ante*

670. Quoique relevant en principe de l'intervention *ex post* des autorités de concurrence (a), il apparaît que par certains de ses aspects le contrôle des concentrations a des caractéristiques de contrôle *ex ante* (b).

a. Un contrôle en principe *ex post*

671. Par principe, le contrôle des ententes¹⁶⁵⁹ est un contrôle *ex post* ainsi que le montrent ses caractéristiques formelles.

En premier lieu, il se distingue radicalement du contrôle des concentrations, l'application d'un des deux contrôles excluant l'application de l'autre, aussi bien en droit de l'Union européenne¹⁶⁶⁰ qu'en droit interne¹⁶⁶¹, ce qui opère une séparation en principe radicale entre l'*ex ante* et l'*ex post*. En deuxième lieu, l'intervention dans le cadre du contrôle des ententes se réalise *a posteriori* puisqu'il ne s'applique qu'aux accords effectivement conclus¹⁶⁶², et il s'agit donc bien d'un

¹⁶⁵⁹ TFUE, article 101 en ce qui concerne le droit de l'Union européenne et Code de commerce, article L.420-1.

¹⁶⁶⁰ Décision de la Commission, du 20 décembre 1974, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité instituant la Communauté économique européenne (IV/C/26872 - SHV - Chevron), 75/95/CEE.). *V.*, également Arrêt du Tribunal de première instance (troisième chambre) du 8 juillet 2003 *Verband der freien Roßwerke eV, Eisen- und Metallwerke Ferndorf GmbH et Rudolf Flender GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes*, T-374/00, § 170, selon lequel la Commission n'est pas tenue lors d'un contrôle des concentrations d'examiner les risques que soient constituées *a posteriori* des ententes.

¹⁶⁶¹ Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 26 novembre 1996, 94-20.055, Publié au bulletin, selon lequel sont irrecevables les requêtes présentées sur le fondement de l'interdiction des ententes contre des pratiques considérées comme des opérations de concentration et autorisées par le ministre de l'économie. *V.*, par exemple dans le même sens, le Conseil se déclarant incompétent pour connaître de pratiques considérées comme légales sur le fondement du contrôle des concentrations, Décision n° 99-D-04 du Conseil de la concurrence du 19 janvier 1999 relative à la saisine de la SA Europe Régies, pp. 2-3 ; *Adde* Décision n° 02-D-44 du Conseil de la concurrence du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, p. 16 ; *Adde* Décision n° 06-D-31 du Conseil de la concurrence, du 20 octobre 2006 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Finegee à l'encontre du groupe Heineken France Boissons, § 27.

¹⁶⁶² TPI, *Verband*, T-374/00 précité, § 170.

contrôle *ex post*. En troisième lieu, le contrôle des ententes se fonde sur un marché existant, relevant ainsi d'une méthode caractéristique de la régulation *ex post*, tandis que le contrôle des concentrations se singularise par son caractère prospectif et relève donc de la régulation *ex ante*¹⁶⁶³. Enfin, en dernier lieu, l'évolution du régime juridique de l'exemption individuelle¹⁶⁶⁴ va dans le sens d'un renforcement de la qualification de pouvoir *ex post* puisque, d'abord centralisé par la Commission européenne et sous l'empire d'un régime de notification préalable et donc proche de l'*ex ante*¹⁶⁶⁵, il se caractérise depuis 2003 par sa mise en œuvre par l'autorité de concurrence à l'occasion du contrôle *a posteriori* de l'entente¹⁶⁶⁶, et peut donc être considéré comme ayant connu un glissement de l'*ex ante* vers l'*ex post*.

En définitive, il semble bien que le contrôle des ententes soit, conformément aux principes de l'économie des réseaux, un contrôle méritant la qualification d'*ex post*. Cependant, on peut nuancer cette position et montrer en quoi il reste, parmi les caractéristiques du contrôle des ententes, quelques éléments relevant formellement de la régulation *ex ante*.

b. Les caractéristiques *ex ante* du contrôle des ententes

672. En effet, quoiqu'exercé principalement *ex post*, le contrôle des ententes conserve un certain nombre de caractéristiques le rapprochant d'un contrôle *ex ante*.

C'est notamment le cas concernant les exemptions par catégories¹⁶⁶⁷. En effet, les exemptions accordées sur le fondement des règlements d'exemptions par catégorie¹⁶⁶⁸ permettent de considérer comme légales *a priori* et de manière globale certaines ententes au bilan économique positif¹⁶⁶⁹. Par ailleurs, l'exemption par catégorie en droit français n'exonère pas les entreprises de l'obligation qui leur est faite de les notifier¹⁶⁷⁰. Dès lors, le mécanisme d'exemption par catégorie

¹⁶⁶³ Cons. Conc., Décision n° 05-D-32 précitée, § 161.

¹⁶⁶⁴ TFUE, article 101§3 du traité, selon lequel certains ententes peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun dès lors que celles-ci constituent un progrès économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans imposer aux entreprises intéressés des restrictions non indispensables pour atteindre ces objectifs et sans leur donner la possibilité d'éliminer la concurrence.

¹⁶⁶⁵ Règlement (CEE) n° 17/62 du Conseil du 21 février 1962, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, articles 4 et 9.

¹⁶⁶⁶ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, article 1§2. *V.*, par exemple DUBOUIS L., BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 505-506.

¹⁶⁶⁷ TFUE, article 103§2.

¹⁶⁶⁸ DUBOUIS L., BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 528-529. Les exemptions par catégories ont donné la possibilité à la Commission d'adopter des règlements d'exemption par lesquels sont précisés les accords auxquels ces règlements et les dispositions de fond qu'ils prévoient peuvent s'appliquer. Ces règlements sont forts nombreux et dans des domaines assez divers.

¹⁶⁶⁹ *V.*, LEGER P. (dir), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Dalloz/Bruylant, 2000, p. 752.

¹⁶⁷⁰ C. Com, article L. 420-4, I, 2° du Code de commerce. Ces mesures sont cependant rares. *V.*, par exemple Décret n° 96-499 du 7 juin 1996 pris en application du dernier alinéa de l'article 10 de l'ordonnance no 86-1243 du 1er décembre 1986 relatif aux accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité dans le domaine agricole ; *Adde* Décret n° 96-500 du 7 juin 1996 pris en application du dernier alinéa de l'article 10 de l'ordonnance no 86-1243 du 1er décembre 1986 relatif aux accords entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise.

semble relever dans une large mesure des mécanismes de la régulation *ex ante* et est un élément de convergence des autorités de régulation sectorielle et concurrentielle¹⁶⁷¹. De ce point de vue, il rapproche sans doute le droit de la concurrence du droit de la régulation sectorielle en modélisant structurellement le marché¹⁶⁷².

En outre, il est plus intéressant encore de souligner que le contrôle des ententes peut parfois être fonctionnellement utilisé dans le sens d'une régulation *ex ante*.

2. L'utilisation fonctionnelle *ex ante* du contrôle des ententes

673. Au-delà de sa qualification formelle de contrôle *ex ante*, c'est surtout son utilisation fonctionnelle à des fins de régulation *ex ante* qui permet de démontrer les limites de la transcription du concept de régulation *ex post* en droit de la concurrence.

Dans le secteur des communications électroniques, la Commission européenne, de manière très controversée, a en effet détourné son pouvoir de contrôle des ententes à des fins *ex ante*¹⁶⁷³. À l'occasion d'affaires mettant en jeu des ententes internationales entre entreprises de pays membres des communautés européennes¹⁶⁷⁴, la Commission a accepté ces ententes en échange de la réalisation par les États en question du programme d'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques¹⁶⁷⁵.

674. Le premier cas d'utilisation du contrôle des ententes à des fins *ex ante* est sans doute l'affaire *Atlas*¹⁶⁷⁶, confirmée dans la foulée par une décision en très grande partie similaire, la décision *Global One*¹⁶⁷⁷. Il s'agissait en l'espèce de l'application d'une exemption individuelle accordée pour la création d'une société commune coopérative par France Télécom et Deutsche Telekom¹⁶⁷⁸. La Commission accepta l'exemption de cette entente en raison d'un bilan économique

¹⁶⁷¹ NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, *op. cit.*, p. 282.

¹⁶⁷² BOY L., « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *JCP G*, 2004, n°41, pp. 1737-1738.

¹⁶⁷³ *V.*, par exemple BROUWER O. W., « Droit de la concurrence et télécommunications : l'approche communautaire (les décisions Atlas et Phoenix c/ Global one) », in *Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation*, *AJDA*, 1997, p. 272 ; ADDE SARACCI F., *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications : exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, *op. cit.*, p. 301.

¹⁶⁷⁴ NIKOLINAKOS N. T., *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*, The Netherlands, Kluwer Law International, « *International Competition law series* », 2006, p. 131.

¹⁶⁷⁵ SARACCI F., *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications : exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, *op. cit.*, p. 302.

¹⁶⁷⁶ Décision 96/546/CE de la Commission du 17 juillet 1996 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE.

¹⁶⁷⁷ Communication, en application de l'article 19 paragraphe 3 du règlement no 17 du Conseil et de l'article 3 du protocole 21 de l'accord sur l'Espace économique européen, concernant une demande d'attestation négative ou d'exemption en vertu de l'article 85 paragraphe 3 du traité CE et de l'article 53 paragraphe 3 de l'accord sur l'EEE Affaire no IV/35.617.

¹⁶⁷⁸ Commission européenne, Décision 96/546 précitée, § 38 et s.

positif d'une part¹⁶⁷⁹ et en raison de l'absence d'effets anticoncurrentiels d'autre part, mais à condition que certaines obligations posées par la Commission soient respectées¹⁶⁸⁰. La Commission imposa alors des obligations aux entreprises mais également, et de façon très extensive, aux États.

Aux entreprises, elle imposa l'interdiction de pratiquer des interconnexions discriminatoires et des subventions croisées¹⁶⁸¹ et obligea à la mise en œuvre d'obligations comptables spécifiques¹⁶⁸². De ce point de vue, il ne fait aucun doute que la Commission utilisa son pouvoir d'exemption individuelle aux fins d'appliquer un régime juridique *ex ante* aux entreprises historiques de télécommunications de la France et de l'Allemagne.

Aux États, et alors même que ceux-ci n'étaient pas en principe directement concernés par l'opération, la Commission imposa, afin de renforcer la concurrence¹⁶⁸³, de distribuer de nouvelles licences d'exploitation de réseaux¹⁶⁸⁴ et de mettre en œuvre une interconnexion non discriminatoire en complément de la législation sectorielle¹⁶⁸⁵. Ainsi, la Commission a utilisé son pouvoir de contrôle des ententes afin de renforcer le régime législatif *ex ante* dans chacun des États membres.

675. Cette solution a d'ailleurs été confirmée postérieurement. Ainsi, dans les affaires *Unisource*¹⁶⁸⁶ et *Uneworld*¹⁶⁸⁷, la Commission a rendu sensiblement la même solution, considérant que l'entente pouvait faire l'objet d'une exemption individuelle¹⁶⁸⁸ dans la mesure où l'opération apportait un progrès économique et technique¹⁶⁸⁹ profitant au consommateur¹⁶⁹⁰ sans pour autant éliminer la concurrence, tant en raison de l'obligation imposée aux États d'attribuer des licences pour permettre la concurrence entre infrastructures¹⁶⁹¹, qu'en raison des obligations relatives à la non-discrimination dans l'accès au réseau et l'interconnexion, à l'interdiction des subventions croisées, à la mise en œuvre d'obligations comptables spécifiques¹⁶⁹², etc.

676. En définitive, le contrôle des ententes a bien été utilisé par la Commission pour imposer des obligations tendant à l'ouverture à la concurrence du marché et notamment l'obligation

¹⁶⁷⁹ Commission européenne, Décision 96/546 précitée, § 47 à 59. En effet, cette opération, indispensable au regard de ses effets, entraînera un progrès technique dans le sens où elle harmonisera les infrastructures de communications, et un progrès économique dans la mesure où elle permettra la réalisation d'investissements importants profitant aux consommateurs.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, § 59.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, § 60.

¹⁶⁸² *Ibid.*, § 61.

¹⁶⁸³ *Ibid.*, § 62.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, § 63.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, § 64 et 65.

¹⁶⁸⁶ Décision 97/780/CE de la Commission du 29 octobre 1997 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire n° IV/35.830 - Unisource).

¹⁶⁸⁷ Décision 97/781/CE de la Commission du 29 octobre 1997 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire n° IV/35.738 - Uneworld). Cette affaire *Uneworld* étant sensiblement la même que l'affaire *Unisource*, on se contentera par la suite de citer cette dernière.

¹⁶⁸⁸ Commission européenne, Décision 97/780/CE précitée, § 102.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, § 85 à 89.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, § 90 et 91.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*, § 94 et 95.

¹⁶⁹² *Ibid.*, § 96 et s.

d'accès au réseau et toutes les obligations y afférant¹⁶⁹³. Dès lors, il est possible ici de qualifier le contrôle des ententes d'intervention *ex ante* du point de vue fonctionnel en droit de l'Union européenne. Cette situation permet de démontrer que le droit de la concurrence peut être un instrument de régulation *ex ante* et pas seulement un instrument de régulation *ex post*.

En outre, si une telle qualification est assez exceptionnelle en ce qui concerne le contrôle des ententes, elle est en revanche extrêmement courante en ce qui concerne le contrôle des abus de position dominante, conduisant alors à conclure que le droit ne transcrit pas l'hypothèse exclusive de la régulation *ex post*.

§ 2. Le contrôle *ex ante* des restrictions verticales de concurrence

677. Le contrôle des restrictions verticales de concurrence vise ici le contrôle des abus de position dominante. Celui-ci relève en principe de la régulation *ex post*, conformément au modèle de l'économie des réseaux. Cependant, il apparaît en réalité que l'évolution par le Conseil de la concurrence de l'appréhension de son contrôle des abus de position dominante le conduit désormais à intervenir *ex ante* (A). En effet, les techniques utilisées par le Conseil ont permis et continuent de permettre une ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques et démontrent donc l'application *ex ante* effective du droit de la concurrence (B).

678. De ce point de vue, il convient de ne pas faire de contresens en interprétant cette évolution comme donnant raison à la théorie de l'économie des réseaux dans l'hypothèse du passage progressif de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post*. En effet, la régulation dont il s'agit est bien une régulation concurrentielle *ex ante*. Un éventuel passage au droit commun de la concurrence dans ces conditions ne se produirait alors qu'au prix d'une transformation telle de ce dernier qu'il en deviendrait presque une régulation sectorielle, n'ayant plus rien à voir avec le concept de régulation *ex post* porté par l'économie des réseaux. De ce point de vue, il est tout à fait significatif de souligner que, plutôt qu'une évolution des autorités de régulation sectorielle vers les autorités de droit commun de la concurrence, c'est l'inverse qui semble finalement se produire¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁹³ NIKOLINAKOS N. T., *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*, *op. cit.*, p. 136 et p. 137 ; *Adde* SARACCI F., *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications : exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, *op. cit.*, pp. 301-305.

¹⁶⁹⁴ RAPP L., « Le droit de la concurrence dans le secteur des communications électroniques, entre modernité et modernisation », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, « Droit et économie », 2006, pp. 457-458 ; *Adde* GOSSET-GRAINVILLE A., « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 157-159.

A. Les techniques de contrôle *ex ante* des restrictions verticales de concurrence

679. Le plus important des mécanismes de la régulation concurrentielle *ex ante* est la théorie des facilités essentielles (1). D'autres mécanismes peuvent être mobilisés dont le rapport à la théorie des facilités essentielles n'est pas stabilisé (2).

1. La théorie des facilités essentielles

680. La technique de régulation concurrentielle *ex ante* la plus importante est la théorie des facilités essentielles. Cette théorie est en effet par excellence un instrument d'intervention *ex ante* au sens de l'économie des réseaux (a). Cette position est confirmée par la doctrine de l'Autorité de la concurrence qui consacre une quasi-équivalence fonctionnelle entre celle-ci et la régulation sectorielle (b).

a. La nature *ex ante* de la théorie des facilités essentielles

681. La théorie des facilités essentielles est un instrument de régulation *ex ante* au regard de ses différentes caractéristiques (i). Cette qualification a d'ailleurs été consacrée par la doctrine universitaire et institutionnelle (ii).

i. Les caractéristiques *ex ante* de la théorie des facilités essentielles

682. La théorie dite des facilités essentielles¹⁶⁹⁵ est une catégorie juridique du droit de la concurrence. Elle est un type spécifique d'abus de position dominante¹⁶⁹⁶.

Comme le relève le Conseil de la concurrence dans un avis de synthèse sur cette notion, la théorie des facilités essentielles est « à l'origine, une création jurisprudentielle des tribunaux américains appliquant les dispositions des sections 1 et 2 du Sherman Act. La première application de cette notion remonte à l'affaire *United States vs Terminal Railroad* »¹⁶⁹⁷, arrêt rendu par la Cour Suprême des États-Unis en 1912¹⁶⁹⁸. Cette théorie est aujourd'hui également consacrée en droit de l'Union européenne et en

¹⁶⁹⁵ Il s'agit de la façon la plus courante de nommer ce type spécifique d'abus de position dominante, sachant que de nombreuses dénominations sont par ailleurs utilisées en droit positif. *V.*, pour un recensement des différentes nominations de cette théorie, DEZOBRY G., *Essentialité et droit communautaire de la concurrence. Contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles*, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit public, Université Paris 10, 2007, pp. 23-40.

¹⁶⁹⁶ COUADOU C., THILL-TAYARA M., « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *Contrats, concurrence et consommation*, mai 1999, p. 4.

¹⁶⁹⁷ Avis n° 02-A-08 du Conseil de la concurrence du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse, p. 7.

¹⁶⁹⁸ *V.*, parmi d'autres exemples, NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Régulation in the European Telecommunications Market*, *op. cit.*, p. 470 ; *Adde* BAZEX M., « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 119, 2001, p. 38 *Adde* DEZOBRY G., *Essentialité et droit communautaire de la concurrence. Contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles*, *op. cit.*, p. 4 et s.

droit interne¹⁶⁹⁹. Elle se définit comme « le principe selon lequel une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une infrastructure à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval (ou amont) doivent nécessairement avoir accès pour concurrencer l'entreprise détentrice de l'infrastructure, doit permettre l'accès à cette dernière sur une base équitable et non discriminatoire »¹⁷⁰⁰.

683. Cette théorie répond alors à cinq critères¹⁷⁰¹. En premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole ou une position dominante. En deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire ou indispensable pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole ou une position dominante. En troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère. En quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées. En cinquième lieu, enfin, l'accès à l'infrastructure est possible¹⁷⁰².

Or, il apparaît très clairement que cette notion de facilités essentielles répond au concept de régulation *ex ante*, tant dans sa définition que dans les critères de sa mise en œuvre. Elle vise en effet à ouvrir à la concurrence un secteur en donnant accès au monopole de réseau, tandis que ces critères de qualification répondent à la notion de monopole naturel et à l'idée de l'exercice d'une puissance de marché par le biais de l'abus de position dominante. La théorie des facilités essentielles est donc bien un instrument d'intervention *ex ante*.

684. Le caractère *ex ante* de cette procédure apparaît si fort que l'on considère très souvent à raison que le droit de la concurrence, par l'intermédiaire de la théorie des facilités essentielles, a précédé la régulation sectorielle et qu'en réalité c'est même la théorie des facilités essentielles qui a servi de base à la régulation sectorielle¹⁷⁰³. Le Conseil de la concurrence a fait sienne cette argumentation en considérant que la « notion d'infrastructure essentielle a également inspiré, dans le secteur des

¹⁶⁹⁹ En droit de l'Union, la décision de principe consacrant la théorie de la facilité essentielle est la célèbre décision *Sea Containers contre Stena Sealink* (Décision 94/19/CE de la Commission, du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.689 - *Sea Containers contre Stena Sealink*). En droit interne, selon le Conseil, la première application de cette théorie a eu lieu en 1990 de manière implicite (Décision n° 90-D-22 du Conseil de la concurrence du 26 juin 1990 relative à un réseau d'alimentation souterrain dans laquelle il n'avait pas été fait application de la théorie dans la mesure où il n'avait pas été démontré que les pratiques en cause étaient discriminatoires), tandis que la première utilisation explicite a été réalisée dans la décision de principe *Héli-Inter Assistance* (Décision n° 96-D-51 du Conseil de la concurrence du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la S.A.R.L. Héli-Inter Assistance).

¹⁷⁰⁰ Cons. Conc., Avis n° 02-A-08 précité, p. 7.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 10. Ces critères ont été confirmés par la pratique décisionnelle postérieure. *V.*, Avis n° 03-A-06 du Conseil de la concurrence du 16 mai 2003 relatif au projet de loi sur la transposition de la directive 97/67/CE concernant les règles communes de développement du marché intérieur des services postaux de la communauté et l'amélioration de la qualité de service, modifiée par la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002, modifiant le code des postes et télécommunications et portant création d'une autorité de régulation pour le secteur postal, § 6 et 7.

¹⁷⁰² Cons. Conc., Avis n° 02-A-08 précité, p. 10.

¹⁷⁰³ *V.*, parmi de nombreux exemples, WEINGARTEN F., « La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire », *CJEG*, 1998, p. 463 ; BAZEX M., « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », *article précité*, p. 42 ; ADDE FICHER C., « De la régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », *LPA*, 17 octobre 2003, n° 208, pp. 4-5.

télécommunications, les principes de base devant garantir l'accès au réseau de l'opérateur national par les nouveaux entrants », mis en œuvre par les directives de libéralisation¹⁷⁰⁴. En somme, le droit de la concurrence aurait été une régulation *ex ante* avant même que la régulation *ex ante*, au sens de l'économie des réseaux, ne soit créée.

685. En somme, il semble que le droit de la concurrence ne se résume pas à la régulation *ex post* dans la mesure où la théorie des facilités essentielles présente des caractéristiques relevant de la régulation *ex ante*. De ce point de vue, il est tout à fait significatif que cette qualification semble consacrée aujourd'hui en doctrine, tant universitaire qu'institutionnelle.

ii. La qualification doctrinale de la théorie des facilités essentielles

686. Tout d'abord, c'est la doctrine universitaire qui a en premier lieu qualifié la théorie des facilités essentielles de régulation *ex ante*.

D'une part, il est tout à fait significatif de souligner que cette qualification est adoptée par un certain nombre d'économistes, ce qui les conduit à relativiser la pertinence de la théorie de l'économie des réseaux¹⁷⁰⁵. D'autre part, une partie de la doctrine juridique est allée en ce sens en relevant l'équivalence fonctionnelle entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence par le biais de la théorie des facilités essentielles, sans aller pour autant jusqu'à qualifier explicitement cette théorie d'intervention *ex ante*¹⁷⁰⁶, sauf exceptions rarissimes¹⁷⁰⁷.

687. Ensuite, et de manière plus significative encore, le Conseil de la concurrence lui-même a opéré une telle qualification. Ainsi, dans son rapport de 2004, il qualifiait son action aux fins d'ouvrir à la concurrence le secteur des communications électroniques par la théorie des facilités essentielles de « régulation *ex ante* »¹⁷⁰⁸. En outre, il a estimé dans son rapport de 2007 que, s'agissant de l'utilisation dans le cadre de la théorie des facilités essentielles de procédures

¹⁷⁰⁴ Cons. Conc., Avis n° 02-A-08 précité, p. 8.

¹⁷⁰⁵ CHONÉ P., « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », *op. cit.*, pp. 50-51 et p. 67. Pour cet auteur, l'utilisation par le Conseil de la concurrence de la théorie des facilités essentielles, associée à la mise en œuvre de procédures d'engagement et de mesures conservatoires, conduit celui-ci à mettre en œuvre couramment des actions de régulation *ex ante* ; *Adde* BENZONI L., « Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des opérateurs. Un point de vue économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2007, p. 51. *V.*, à propos du secteur électrique, MARTY F., « Vers un *unbundling* dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, pp. 25-43.

¹⁷⁰⁶ *V.*, parmi de nombreux autres exemples RAPP L., « Le droit de la concurrence dans le secteur des communications électroniques, entre modernité et modernisation », *op. cit.*, p. 45 ; *Adde* BOY L., « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *article précité*, p. 3037 ; *Adde* NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Régulation in the European Telecommunications Market*, *op. cit.*, p. 344, p. 347 et p. 368 ; *Adde* GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, Thessalonique, Athènes, Bruxelles, Éditions Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2010, pp. 40-41.

¹⁷⁰⁷ BRIAND-MELEDO D., « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *RIDE*, 2007, p. 369 ; *Adde* GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, *op. cit.*, p. 264 et s.

¹⁷⁰⁸ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2004, p. 152.

d'engagement et de mesures conservatoires, il disposait de « véritables outils de régulation », et plus précisément d'outils de « régulation *ex ante* de la concurrence »¹⁷⁰⁹.

Dès lors, le Conseil de la concurrence ayant lui-même opéré une qualification de la théorie des facilités essentielles comme instrument de régulation *ex ante*, il apparaît que le concept de régulation *ex post* ne désigne pas de manière exclusive le droit de la concurrence en droit.

688. En définitive, l'autorité de concurrence semble pouvoir intervenir *ex ante* par le biais de la théorie des facilités essentielles. Il est possible de vérifier ce résultat dans le cadre du droit de la régulation des communications électroniques, qui démontre que la différence entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence est bien plus une différence de degré qu'une différence de nature du point de vue formel.

b. La quasi-équivalence de la régulation sectorielle et de la théorie des facilités essentielles en droit des communications électroniques

689. L'étude spécifique du droit des communications électroniques permet de vérifier la pertinence de la qualification de la théorie des facilités essentielles de régulation concurrentielle *ex ante*. En effet, elle permet de démontrer la quasi-équivalence de la régulation sectorielle et du droit de la concurrence (i), qui connaît un certain nombre de limites qui relèvent davantage d'une différence de degrés plutôt que de nature (ii).

i. La convergence des régulations sectorielle et concurrentielle *ex ante*

690. On constate, par le biais de la théorie des facilités essentielles, l'émergence d'une quasi-équivalence des régulations sectorielle et concurrentielle. Celle-ci est soulignée tant par la Commission européenne que par le Conseil de la concurrence.

691. En premier lieu, cette convergence est admise par la Commission européenne. Ainsi, dans une communication de 1998, la Commission considérait qu'un même problème lié à l'accès pouvait être traité soit par l'application du cadre sectoriel soit par l'application du droit commun de la concurrence¹⁷¹⁰, notamment par le recours à la notion de facilités essentielles¹⁷¹¹. Cette communication consacrait donc explicitement la quasi-équivalence de la régulation sectorielle et du droit de

¹⁷⁰⁹ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2007, p. 73.

¹⁷¹⁰ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications cadre général, marchés en cause et principes (98/C 265/02), § 11, 58 et 149, selon lequel « La Commission estime que les règles de concurrence et la réglementation sectorielle forment un ensemble cohérent de mesures propres à assurer un environnement de marché libéralisé et concurrentiel dans le secteur des télécommunications de l'Union européenne ».

¹⁷¹¹ *Ibid.*, § 68 et 69.

la concurrence par l'intermédiaire de la théorie des facilités essentielles¹⁷¹². Ce principe sera confirmé par le Paquet Télécom de 2002, ainsi que le démontrent les lignes directrices de la Commission qui n'excluent pas l'intervention simultanée du droit de la régulation et du droit de la concurrence¹⁷¹³ notamment par le biais de la théorie des facilités essentielles en cas de refus d'accès aux réseaux¹⁷¹⁴.

692. En second lieu, cette convergence a été systématisée par le Conseil de la concurrence. Celui-ci a en effet, à l'occasion des avis rendus au cours des procédures d'analyse des marchés pertinents *ex ante*, construit une véritable doctrine de son intervention *ex ante*. Celle-ci s'exerce par le biais de la théorie des facilités essentielles, combinée au prononcé de mesures conservatoires, à la mise en œuvre d'engagements et enfin à la mise en place d'obligations d'orientation des prix vers les coûts.

La doctrine du Conseil a d'abord été établie au cours d'un avis donné à l'ARCEP en 2005 et portant sur la régulation des marchés de l'accès à l'ADSL¹⁷¹⁵. En l'espèce, le Conseil de la concurrence a considéré que la régulation des marchés de détail de l'accès à l'ADSL n'était pas nécessaire du fait de l'existence d'une régulation des marchés de gros, mais également parce que le droit de la concurrence pouvait suffire pour sanctionner les abus de position dominante commis sur les marchés de détail et de gros¹⁷¹⁶. En effet, pour le marché de détail, le Conseil considère que la possibilité de mettre en œuvre des mesures d'urgence¹⁷¹⁷ et des mesures conservatoires¹⁷¹⁸, ainsi que les « nouveaux outils mis à la disposition du Conseil par le législateur »¹⁷¹⁹ comme le prononcé d'astreintes et de sanctions en cas de non-respect des injonctions et la procédure d'engagements¹⁷²⁰, lui permettent d'intervenir plus efficacement. Pour le marché de gros, le Conseil, s'il se prononce en faveur d'une régulation *ex ante*¹⁷²¹, considère néanmoins que « le droit de la concurrence peut résoudre des problèmes tels que les refus d'accès à une infrastructure essentielle »¹⁷²² efficacement et rapidement en se prévalant des dispositifs précédents¹⁷²³. À ce stade, le Conseil insiste donc sur

¹⁷¹² NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, *op. cit.*, pp. 389-392 et pp. 470-476.

¹⁷¹³ Lignes directrices 2002/C, 165/03 précitées, § 31.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*, § 81. Ainsi selon la Commission « la doctrine des "installations essentielles" vient en complément des obligations générales actuellement imposées aux entreprises en position dominante — telles que l'interdiction d'établir une discrimination entre les clients — et on l'invoque dans des affaires examinées au titre de l'article 82, dans des circonstances exceptionnelles » notamment en cas de refus d'accès.

¹⁷¹⁵ Avis n° 05-A-03 du Conseil de la concurrence du 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques.

¹⁷¹⁶ *Ibid.*, § 32.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*, § 21.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*, § 32 à 33.

¹⁷¹⁹ *Ibid.*, § 21.

¹⁷²⁰ *Ibid.*, § 37 et § 38.

¹⁷²¹ Cons. Conc., Avis n° 05-A-03 précité, § 95.

¹⁷²² *Ibid.*, § 96.

¹⁷²³ *Ibid.*.

une certaine forme d'équivalence formelle et fonctionnelle existant entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence. Cette prise de position ne fera que s'accroître dans les décisions postérieures.

De manière très significative, le Conseil va ainsi considérer plus tard qu'« [a]ujourd'hui, le Conseil dispose de nouveaux moyens de régulation économique (notamment la procédure d'engagement) permettant une intervention rapide et efficace pour régler des problèmes du type de ceux évoqués par l'ARCEP et le CSA (couplage entre une offre en concurrence et une offre en monopole, refus d'accès à des sites essentiels, discrimination, ciseau tarifaire) »¹⁷²⁴, voire que plus « *glus généralement, le droit de la concurrence dispose "par essence" des outils pour faciliter l'ouverture à la concurrence d'un marché* »¹⁷²⁵. Ce considérant de principe est tout à fait significatif de la consécration par le Conseil d'une quasi-équivalence formelle et fonctionnelle entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence, autant que la qualification de « *régulation économique* ». Ce positionnement sera en outre confirmé systématiquement par la suite¹⁷²⁶. Notamment, dans un avis relatif à la fibre optique, le Conseil a considéré très clairement que le « *caractère non duplicable de ces infrastructures ne justifie toutefois pas à lui seul le caractère régulable de ce marché dans la mesure où le droit commun de la concurrence peut contraindre un opérateur en position dominante à donner accès à une infrastructure non répliquable lorsque cela est indispensable pour garantir l'exercice d'une concurrence effective sur des marchés aval* »¹⁷²⁷. Il existe donc bien, entre le droit de la régulation sectorielle et le droit de la concurrence, une quasi-équivalence formelle et fonctionnelle.

Enfin, il faut ajouter aux dispositifs qui précèdent l'obligation d'orientation des prix vers les coûts, qui constitue un autre facteur de rapprochement entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence, et qui a fait de ce point de vue l'objet d'une évolution jurisprudentielle. En effet, alors qu'initialement le Conseil considérait que la spécificité de la régulation sectorielle était la possibilité d'orienter les prix vers les coûts voire d'agir directement sur les tarifs¹⁷²⁸, il considère désormais qu'il lui est possible de prononcer une obligation d'orientation des prix vers les coûts

¹⁷²⁴ Avis n° 06-A-01 du Conseil de la concurrence du 18 janvier 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle, § 79.

¹⁷²⁵ *Ibid.*, § 80.

¹⁷²⁶ *V.*, Avis n° 06-A-10 du Conseil de la concurrence du 12 mai 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros et de détail des liaisons louées. Dans cet avis, le Conseil procède à une analyse faisant référence à la théorie des facilités essentielles, tant pour la boucle locale (§87) que pour les fourreaux (§ 89), voire pour les réseaux de fibre optique eux-mêmes (§88) ; *Adde* Avis n° 07-A-01 du Conseil de la concurrence du 1^{er} février 07 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Telecom et St Martin & St Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane, § 18 ; *Adde* Avis n° 08-A-11 du Conseil de la concurrence du 18 juin 2008 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe, § 26.

¹⁷²⁷ Avis n° 08-A-09 du Conseil de la concurrence du 05 juin 2008 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit, § 32.

¹⁷²⁸ Cons. Conc., Avis n° 05-A-03 précité, § 97 à 99.

qui s'ajoute aux éléments précédents¹⁷²⁹, lui permettant alors de mettre en œuvre une intervention pouvant être qualifiée d'*ex ante*¹⁷³⁰.

693. En définitive, on constate un processus de rapprochement constant du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle par la mobilisation conjuguée d'un certain nombre d'outils du droit de la concurrence. L'Autorité de la concurrence s'accorde donc désormais le droit de mettre en œuvre une régulation *ex ante*, ainsi qu'en témoigne la qualification opérée dans le rapport de 2007, désignant ces outils comme des techniques de « *régulation ex ante de la concurrence* »¹⁷³¹.

Cependant, cela ne signifie pas qu'il n'existe plus aucune différence entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation sectorielle. Néanmoins, celles-ci apparaissent désormais comme des différences de degré et non de nature.

ii. Les limites de l'équivalence des régulations sectorielle et concurrentielle *ex ante*

694. Le rapprochement des régulations sectorielle et concurrentielle *ex ante* ne conduit cependant pas à consacrer une équivalence absolue entre elles. En effet, certaines différences continuent d'exister, conformément d'ailleurs aux principes posés par l'économie des réseaux.

D'une part, la mise en œuvre de la régulation *ex ante* du Conseil suppose la constatation d'une pratique anticoncurrentielle, la Cour d'appel de Paris ayant d'ailleurs rappelé cette exigence en considérant que le prononcé de mesures conservatoires ne pouvait avoir lieu qu'à la condition qu'il existe une présomption suffisamment forte de pratiques anticoncurrentielles¹⁷³². De ce point de vue, le droit de la concurrence conserve un aspect *ex post* que ne connaît pas l'autorité de régulation sectorielle lorsque celle-ci agit par le biais de la procédure de sélection des marchés pertinents *ex ante*.

D'autre part, certaines différences continuent d'exister concernant l'étendue des pouvoirs respectifs de l'autorité de régulation et de l'autorité de concurrence, qui continuent de justifier dans les procédures d'analyse des marchés pertinents *ex ante* le recours à la régulation sectorielle, conformément au modèle de l'économie des réseaux. C'est ainsi le cas, sans qu'il soit besoin de

¹⁷²⁹ Avis n° 05-A-10 du 11 mai 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de la terminaison d'appels géographiques sur les réseaux alternatifs fixes, § 26 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 07-A-précité, § 18, dans lequel le Conseil de la concurrence considère que « *S'agissant des remèdes propres au droit de la concurrence, le Conseil a déjà souligné (avis n° 05-A-10 du 11 mai 2005) que le caractère de facilité essentielle de la terminaison d'appel sur les réseaux tiers, pour les opérateurs qui doivent faire aboutir les appels de leurs abonnés, permet d'imposer aux opérateurs de terminer les appels à des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires* » et qu' « *en ce qui concerne le prix auquel cette prestation doit être fournie, le droit de la concurrence exige qu'il soit orienté vers les coûts* ».

¹⁷³⁰ CHONÉ P., « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », *op. cit.*, pp. 50-51 et p. 67.

¹⁷³¹ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2007, p. 73. *Cf. Supra*.

¹⁷³² Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 29 juin 2004 relatif au recours formé par la SA 9TELECOM contre la décision n° 04-MC-01 du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés FREE, ILIAD, LDCOM et 9TELECOM, p. 11, notamment.

revenir ici sur ces aspects, concernant les limites des mesures conservatoires aux fins de réguler de manière pérenne le secteur en raison de la nécessité d'une intervention permanente, l'étendue du pouvoir de régulation des prix, ou encore concernant la prise en charge de l'investissement¹⁷³³.

695. Ainsi, certaines différences continuent d'exister entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence y compris lorsque celui-ci mobilise ses instruments d'intervention d'*ex ante*. Cependant, cette différence ne semble plus être une différence de nature entre une régulation qui serait *ex post* et une autre qui serait *ex ante*, mais seulement une différence de degrés entre deux régulations *ex ante*. Il existe ainsi d'une part une régulation sectorielle *ex ante* et une régulation concurrentielle *ex ante*, qui s'exerce essentiellement par le biais de la théorie des facilités essentielles. Ce dispositif peut en outre se trouver compléter par la technique de l'interdiction des pratiques de ciseau tarifaire.

2. L'interdiction des pratiques de ciseau tarifaire

696. La théorie des facilités essentielles est l'instrument principal, mais non l'instrument exclusif, de la régulation *ex ante* mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence. En effet, celle-ci utilise également son pouvoir de sanction des pratiques anticoncurrentielles relatives aux prix afin de permettre l'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques, et notamment l'interdiction des pratiques de ciseau tarifaires (a). Si cette technique est souvent utilisée conjointement à la théorie des facilités essentielles, il apparaît qu'elle tend à s'autonomiser, ce qui permet un approfondissement de l'intervention *ex ante* de l'Autorité de la concurrence (b).

a. La sanction des pratiques de ciseau tarifaire

697. De manière générale, le contrôle des prix pratiqués sur le marché des communications électroniques est un instrument d'intervention important car il permet d'éviter les abus des opérateurs de réseau en place, et de ce point de vue permet à l'autorité de concurrence d'intervenir *ex ante*. Il s'agit notamment des interdictions des pratiques de prix excessif, de prix discriminatoires ou de prix prédateurs s'agissant de l'accès au réseau¹⁷³⁴. La plus importante de ces interventions est cependant la sanction des pratiques de ciseau tarifaire dans la mesure où elle est parfaitement adaptée aux caractéristiques des secteurs d'industries de réseau.

698. L'existence d'une pratique de ciseau tarifaire se trouve caractérisée dans les cas où, sans refuser la vente d'une prestation amont, le prix proposé pour cette prestation empêche une con-

¹⁷³³ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁷³⁴ NIKOLINAKOS N. T., *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*, *op. cit.*, pp. 97-129.

currence effective en aval faute d'espace économique suffisant¹⁷³⁵. L'interdiction de ces pratiques de ciseau tarifaire est indépendante des règles sectorielles ou des règles de concurrence fondées par exemple sur le principe de non-discrimination¹⁷³⁶. C'est ainsi qu'elles ont pu être largement utilisées dans le cadre des secteurs régulés.

699. Ainsi que le Conseil l'a relevé à l'occasion de ses avis rendus lors de la procédure d'analyse des marchés pertinents *ex ante*, le droit de la concurrence peut faire face aux problèmes posés par les opérateurs de réseaux par le biais du contrôle des effets de ciseau tarifaire au niveau des marchés de gros¹⁷³⁷. L'interdiction des pratiques de ciseau tarifaire est en effet considérée comme faisant partie de ces nouveaux outils de « *régulation économique* » à la disposition du Conseil¹⁷³⁸.

Ainsi, en droit des communications électroniques, la sanction des pratiques de ciseau tarifaire a été réalisée très tôt par le Conseil de la concurrence, d'abord implicitement¹⁷³⁹, puis explicitement¹⁷⁴⁰. L'utilité *ex ante* de cette procédure trouve son cas d'application le plus significatif dans la sanction de pratiques de ciseaux tarifaire au niveau de la terminaison d'appel vocal¹⁷⁴¹.

La sanction des pratiques de ciseau tarifaire permet donc d'agir *ex ante* lors d'un contrôle mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence. Or, il est tout à fait significatif de souligner que celle-ci est utilisée y compris dans les cas où l'existence d'une facilité essentielle ne peut être qualifiée, et permet donc d'aller plus loin encore que cette dernière théorie.

b. Un dispositif de contrôle *ex ante* dépassant la théorie des facilités essentielles

700. La sanction des pratiques de ciseau tarifaire présente un rapport étroit avec la théorie des facilités essentielles et les deux outils sont souvent utilisés ensemble.

Ainsi, la première décision faisant explicitement application de cette méthode, sans opérer la qualification de facilité essentielle, prenait en compte le fait que la pratique anticoncurrentielle s'exerçait dans un contexte où France Télécom se trouvait dans une position de quasi-monopole en raison de l'absence de dégroupage de la boucle locale¹⁷⁴². En outre, cette théorie s'applique

¹⁷³⁵ Décision n° 01-D-46 du Conseil de la concurrence du 23 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999, p. 20 ; *Adde* Décision n° 04-D-48 du Conseil de la concurrence du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom, § 187.

¹⁷³⁶ Décision n° 04-D-18 du 13 mai 2004 concernant l'exécution de la décision n° 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau, § 94.

¹⁷³⁷ Cons. Conc., Avis n° 05-A-03 précité, § 96.

¹⁷³⁸ Cons. Conc., Avis n° 06-A-01 précité, § 79 ; *Adde* Cons. Conc., Avis n° 06-A-10 précité, § 75.

¹⁷³⁹ Décision n° 98-MC-03 du Conseil de la concurrence du 19 mai 1998 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Association française des opérateurs privés de télécommunications, p. 5 ; *Adde* Décision n° 00-MC-01 du Conseil de la concurrence du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau.

¹⁷⁴⁰ Cons. Conc., Décision n° 01-D-46 précitée, p. 20.

¹⁷⁴¹ Cons. Conc., Décision n° 04-D-18 précitée, § 94.

¹⁷⁴² Cons. Conc., Décision n° 98-MC-03 précitée, p. 5 ; *Adde* Cons. Conc., Décision 01-D-46 précitée, p. 20.

essentiellement aux entreprises verticalement intégrées dominant un marché, la Commission européenne n'hésitant pas de ce point de vue à faire référence à l'opérateur historique¹⁷⁴³. Enfin, l'interdiction des pratiques de ciseau tarifaire figure avec le contrôle du refus d'accès à une facilité essentielle parmi les dispositifs de régulation économique mis en avant par le Conseil¹⁷⁴⁴.

En somme, théorie des facilités essentielles et interdiction des pratiques de ciseau tarifaire sont très souvent associées. Cependant, cette dernière technique n'est pas dépendante de la première ce qui permet d'étendre le champ de l'intervention *ex ante* du Conseil de la concurrence.

701. En effet, l'interdiction des pratiques de ciseau tarifaire, et il s'agit sans doute de l'un de ses intérêts, trouve à s'appliquer même dans l'hypothèse où la prestation amont ne répond pas aux critères de la notion de facilité essentielle.

En effet, en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, certes instable sur ce sujet, il n'est pas nécessaire de rechercher absolument s'il existe une alternative à celle-ci pour qualifier la pratique en cause de pratique de ciseau tarifaire¹⁷⁴⁵, le caractère nécessaire de la prestation n'étant qu'un élément permettant de présumer l'existence d'une telle pratique¹⁷⁴⁶. Dès lors, lorsque l'on est en présence d'une facilité essentielle, l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire sera présumée, mais rien n'empêche en dehors de cette hypothèse de caractériser l'existence d'une telle pratique et donc d'opérer une régulation pouvant être qualifiée de régulation *ex ante*. C'est la solution qu'a retenue l'Autorité de la concurrence, considérant, dans une décision relative aux services de capacité de novembre 2010, que si la pratique de ciseau tarifaire ne pouvait être présumée en l'espèce en l'absence de caractère indispensable de l'infrastructure considérée¹⁷⁴⁷, il convenait cependant d'examiner au fond si celle-ci était constituée¹⁷⁴⁸.

L'interdiction des pratiques de ciseau tarifaire permet donc d'aller encore dans la régulation *ex ante* mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence puisqu'elle l'autorise en l'absence de monopole naturel. On peut citer quelques exemples. En premier lieu, un exemple particulièrement significatif ici est celui de l'accès et du départ d'appel mobile. En effet, à la différence de la terminaison d'appel vocal, qui pourrait être aisément qualifiée de facilité essentielle¹⁷⁴⁹, l'accès et le départ d'appel ne peuvent être qualifiés ainsi dans la mesure où ils peuvent être dupliqués¹⁷⁵⁰. Ce-

¹⁷⁴³ Décision de la Commission 2003/707/CE du 21 mai 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaires COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG), § 108. *V.*, dans le même sens en droit interne, Cons. Conc., Décision n° 04-D-48 précitée, § 187.

¹⁷⁴⁴ Cons. Conc., Avis 06-A-01 précité, § 79.

¹⁷⁴⁵ *Contra.*, *V.*, Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 10 mai 2006, 05-14.501, Publié au bulletin.

¹⁷⁴⁶ Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 3 mars 2009, 08-14.435 08-14.464, Publié au bulletin. *V.*, en ce sens FERRIER D., *Panorama Concurrence*, D. 2009, p. 2890. *Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.*

¹⁷⁴⁷ Décision n° 10-D-31 de l'Autorité de la concurrence du 12 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité, § 142.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, § 143 et s.

¹⁷⁴⁹ Avis n° 08-A-16 du Conseil de la concurrence du 30 juillet 2008 relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile, § 130.

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*, § 135. *Cf. Supra.*

pendant, il est alors toujours possible d'ouvrir à la concurrence le marché au bénéfice des opérateurs virtuels en donnant accès aux réseaux mobiles par le biais de la sanction de l'abus de position dominante¹⁷⁵¹, et notamment des pratiques de ciseau tarifaires¹⁷⁵². En second lieu, un autre exemple particulièrement significatif peut être trouvé dans le domaine de l'électricité, où l'interdiction de ces pratiques associée à la prise d'engagement a permis de donner accès à l'électricité de production nucléaire historique sans que les centrales nucléaires ne soient à aucun moment qualifiées de facilités essentielles¹⁷⁵³.

702. En définitive, le Conseil de la concurrence dispose donc d'un nombre important de moyens afin de procéder à une régulation *ex ante*. En témoignent les très nombreux cas où le contrôle des abus de position dominante a permis d'ouvrir des secteurs à la concurrence et d'en permettre le fonctionnement concurrentiel.

B. L'application du contrôle *ex ante* des abus de position dominante en droit des communications électroniques

703. L'existence d'une régulation *ex ante* opérée par l'Autorité de la concurrence est confirmée empiriquement. En effet, le Conseil de la concurrence a très tôt joué un rôle précurseur dans l'ouverture à la concurrence du secteur par le biais de la théorie des facilités essentielles (1). En outre, ce rôle s'est maintenu malgré le changement de cadre réglementaire et coexiste désormais avec l'action de l'autorité de régulation sectorielle (2).

1. Le rôle *ex ante* précurseur du Conseil de la concurrence

704. L'intervention *ex ante* du Conseil de la concurrence peut être démontrée par la constatation du fait que celui-ci a, bien avant la mise en place de la régulation sectorielle, opéré l'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques. Ce fut d'abord le cas concernant l'accès à internet (a) puis concernant d'autres types de réseaux (b).

a. L'utilisation *ex ante* du droit de la concurrence dans l'accès à internet

705. La première application par le Conseil de la concurrence de la théorie des facilités essentielles dans le secteur des télécommunications a eu lieu en 1998 dans une décision par laquelle le

¹⁷⁵¹ Cons. Conc., Avis n° 08-A-16 précité, § 108 à 124.

¹⁷⁵² *Ibid.*, § 125 à 131.

¹⁷⁵³ Décision n° 07-MC-04 du Conseil de la concurrence du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Énergie. Cf. *Infra*.

Conseil, par le biais de mesures conservatoires, décida de suspendre l'offre de France Télécom « jusqu'à ce que cette société propose aux opérateurs longue distance une offre tarifaire spécifique et non discriminatoire d'interconnexion à son réseau de télécommunications local pour l'accès à Internet des écoles et des établissements scolaires publics et privés sous contrat »¹⁷⁵⁴. Le Conseil a bien mis en place ici des obligations relevant de la régulation *ex ante* de manière très précoce.

706. Par la suite, et après avoir fait application du régime précédent aux annuaires et au renseignement téléphonique¹⁷⁵⁵, le Conseil de la concurrence s'est illustré par son action tendant à ouvrir à la concurrence la boucle locale. Celui-ci a en effet le premier suspendu l'offre ADSL de France Télécom jusqu'à ce que ses concurrents soient en mesure, grâce aux informations et à l'accès à sa boucle locale donnés par France Télécom, de proposer une offre concurrente¹⁷⁵⁶. Cette décision fut par la suite confirmée¹⁷⁵⁷ avant que la qualification de facilité essentielle ne s'impose définitivement dans les décisions du Conseil¹⁷⁵⁸.

Par la suite, l'intervention du Conseil s'est étendue à d'autres types de réseaux avant même que ne soit mise en place une régulation sectorielle.

b. L'expansion de l'utilisation *ex ante* du droit de la concurrence à d'autres réseaux

707. En outre, le Conseil de la concurrence a également qualifié de facilité essentielle un réseau câblé et sanctionné la hausse de la redevance opérée par France Télécom¹⁷⁵⁹, qualifié de facilité essentielle le réseau des infrastructures de réseaux de téléphonie mobile de TDF, ce qui lui a permis de mettre en place un droit d'accès accompagné d'une obligation d'orientation vers les coûts afin de permettre l'installation d'entreprises concurrentes¹⁷⁶⁰, même si cette qualification a été

¹⁷⁵⁴ Cons. Conc., Décision n° 98-MC-03 précitée, pp. 5-6.

¹⁷⁵⁵ Décision n° 98-D-60 du Conseil de la concurrence du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, pp. 24-25.

¹⁷⁵⁶ Décision n° 99-MC-06 du Conseil de la concurrence du 23 juin 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe, p. 9.

¹⁷⁵⁷ Cons. Conc., Décision n° 00-MC-01 précitée, p. 9 ; *Adde* Cons. Conc., Décision n° 04-D-18 précitée.

¹⁷⁵⁸ *V.*, parmi de nombreux autres exemples : Décision n° 01-D-46 du Conseil de la concurrence du 23 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999 ; *Adde* Décision n° 02-MC-03 du Conseil de la concurrence du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France ; *Adde* Décision n° 04-MC-01 du Conseil de la concurrence du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés FREE, ILIAD, LDCOM et 9TELECOM concernant l'accès par internet à la télévision, France Télécom ayant abusé de sa position dominante en adoptant des pratiques discriminatoires dans l'accès à la boucle locale.

¹⁷⁵⁹ Décision n° 99-MC-01 du Conseil de la concurrence du 12 janvier 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société NC NumériCâble, pp. 6-7.

¹⁷⁶⁰ Décision n° 99-D-14 du Conseil de la concurrence du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France (TDF), p. 23 ; *Adde* Décision n° 02-MC-04 du Conseil de la concurrence du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis.

remise en cause par la suite par la Cour d'appel de Paris¹⁷⁶¹, la solution ayant été trouvée aujourd'hui dans la mutualisation des réseaux mobiles¹⁷⁶².

708. Ainsi, il apparaît que le Conseil de la concurrence a agi à de nombreuses reprises avant même que la régulation sectorielle ne soit intervenue, ce qui démontre bien son caractère *ex ante*¹⁷⁶³. Par ailleurs, le droit de la concurrence intervient aujourd'hui conjointement à la régulation sectorielle, démontrant bien l'impossibilité de distinguer radicalement régulation sectorielle d'une part et régulation concurrentielle d'autre part.

2. L'application conjointe des régulations concurrentielle et sectorielle *ex ante*

709. Malgré l'institutionnalisation de la régulation *ex ante*, les interventions de l'autorité de la concurrence ont continué d'être tout à fait fondamentales, notamment dans des domaines où sont en jeu des technologies nouvelles qui continuent donc de poser des problèmes en termes de monopole, comme la technologie mobile (a) ou la fibre optique (b).

a. L'utilisation *ex ante* du droit de la concurrence dans la téléphonie mobile

710. D'une part, en complément de la régulation sectorielle, le Conseil de la concurrence a mis en place une régulation *ex ante* de la téléphonie mobile, en considérant que les opérateurs mobiles sont chacun en situation d'abus de position dominante sur leur terminaison d'appel vocal¹⁷⁶⁴ et en procédant à la vérification de l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire sur le marché de la terminaison d'appel vocal¹⁷⁶⁵. Or, il est tout à fait significatif de souligner qu'en l'espèce le prix de la terminaison vocal avait été fixé par l'autorité de régulation elle-même¹⁷⁶⁶. Il y a donc bien une régulation concurrentielle *ex ante* de la terminaison d'appel vocal qui peut se cumuler et même pallier aux défaillances de la régulation sectorielle. La mise en œuvre de celle-ci fait l'objet d'une confirmation systématique et récente par l'Autorité de la concurrence¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶¹ Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 21 mai 2002 relatif au recours formé par la SA Télédiffusion de France (TDF) contre la décision n° 02-MC-04 (*) du Conseil de la concurrence en date du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis.

¹⁷⁶² Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 1*.

¹⁷⁶³ CHONÉ P., « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », *op. cit.*, pp. 61-63.

¹⁷⁶⁴ Cons. Conc., Décision n° 04-D-48 précitée, § 182.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, § 187.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

¹⁷⁶⁷ Décision n° 04-MC-02 du Conseil de la concurrence du 9 décembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom, concernant une discrimination entre les tarifs des appels entrants venant du réseau de l'opérateur en position dominante, Orange, et les appels entrants du concurrent, Bouygues ; *Adde* Décision n° 09-D-15 de l'Autorité de la concurrence du 2 avril 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société SFR concernant diverses pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'Internet haut débit (offre 'Unik').

b. L'utilisation *ex ante* du droit de la concurrence dans la fibre optique

711. D'autre part, le Conseil de la concurrence a failli mettre en place une régulation concurrentielle *ex ante* de la fibre optique, dès 2008, c'est-à-dire avant l'intervention du législateur et de la régulation sectorielle. En effet, alors même qu'une concertation et des négociations étaient en cours auprès de l'ARCEP pour déterminer le futur régime juridique de l'accès¹⁷⁶⁸, le Conseil de la concurrence a considéré que les infrastructures de génie civil de France Télécom étaient des facilités essentielles¹⁷⁶⁹. Cependant, il n'a pas pris à cette occasion de mesures conservatoires, considérant que le législateur allait bientôt mettre en place le nouveau régime d'accès¹⁷⁷⁰, et parce que France Télécom avait mis en place une offre d'accès à ses fourreaux¹⁷⁷¹. Cependant, la mise en place d'une régulation concurrentielle *ex ante* n'était donc pas inenvisageable.

712. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'hypothèse de la transcription de l'économie des réseaux par l'intermédiaire de la transcription du concept de régulation *ex post* se trouve infirmée par l'étude du droit positif, qui consacre au contraire l'existence d'une régulation concurrentielle *ex ante*.

Cela ne signifie pas que la distinction entre l'*ex ante* et l'*ex post* n'ait plus aucun sens. Néanmoins, cette distinction désigne aujourd'hui des fonctions différentes et des procédures différentes au sein de chacune des différentes autorités, et non la nature même de l'intervention des autorités. À ce stade de l'analyse, il existe en effet une régulation sectorielle *ex ante*, une régulation concurrentielle *ex ante* et une régulation concurrentielle *ex post*, qui coexistent. La régulation sectorielle *ex ante* et la régulation concurrentielle *ex ante* continuent de se distinguer par certaines techniques d'intervention, mais ne sont pas d'une nature fondamentalement différente du point de vue juridique ou économique. En outre, on constate que c'est bien l'autorité de la concurrence qui semble se rapprocher de l'autorité de régulation sectorielle, et non pas l'inverse¹⁷⁷².

En somme, il y a bien une transcription en droit des concepts économiques d'*ex ante* et d'*ex post*, mais celle-ci est limitée dans le sens où ces concepts en droit n'ont finalement pas la même signification ni le même statut que dans la théorie de l'économie des réseaux. Dans cette dernière, ils opposent la nature même de la régulation sectorielle et du droit de la concurrence. En droit, ils ne désignent que des fonctions et des procédures spécifiques au sein de chacun de

¹⁷⁶⁸ Décision n° 08-D-02 du Conseil de la concurrence du 12 février 2008 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la Free SAS et concernant l'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom dans le cadre du déploiement de boucles locales optiques résidentielles de type FTTh, § 26 à 41.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, § 79 à 86.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, § 109.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*, § 100.

¹⁷⁷² RAPP L., « Le droit de la concurrence dans le secteur des communications électroniques, entre modernité et modernisation », *op. cit.*, pp. 457-458 ; Adde GOSSET-GRAINVILLE A., « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », *op. cit.*, pp. 157-159.

ces deux types d'autorités. De ce point de vue, les résultats de l'économie des réseaux ne sont donc pas transcrits en tant que tel en droit de la régulation.

713. Enfin, et de façon plus significative encore, il en est de même du concept de régulation *ex ante* concernant la régulation sectorielle. En effet, il apparaît que la transcription du concept de régulation *ex ante* en droit se trouve doublement limitée, d'une part car il existe une régulation sectorielle *ex post*, et d'autre part parce que l'évolution des missions de l'autorité de régulation l'éloigne tant de la régulation *ex ante* que de la régulation *ex post*.

Section II. Les limites de la transcription du concept de régulation *ex ante* en droit de la régulation sectorielle

714. Le concept de régulation *ex ante*, pourtant consacré par le droit positif, n'est en réalité pas transcrit en droit selon les termes de la théorie de l'économie des réseaux. En effet, en droit, la régulation sectorielle ne se réduit pas à la régulation *ex ante*, qui ne vise finalement que les règles posées sur le fondement de l'article L. 37-1 CPCE. Au contraire, il existe également une régulation sectorielle *ex post* qui apparaît quasiment interchangeable du point de vue fonctionnel avec la régulation *ex ante* (§1). En outre, les évolutions récentes du droit positif éloignent encore davantage le droit de la régulation sectorielle du modèle de l'économie des réseaux, dans la mesure où certaines évolutions n'entrent guère dans le cadre des concepts de régulation *ex ante* ou *ex post*. Cela achève de démontrer les nombreuses limites à la transcription en droit de l'analyse économique du droit et rend alors nécessaire la recherche d'une autre doctrine de la régulation (§2).

§1. La coexistence des régulations sectorielles *ex ante* et *ex post*

715. Contrairement au modèle de l'économie des réseaux, les autorités de régulation ne mettent pas en œuvre exclusivement une intervention *ex ante*, mais également une intervention *ex post* (A). En outre, ce pouvoir *ex post* peut se substituer fonctionnellement au pouvoir *ex ante*. La distinction entre les régulations sectorielles *ex ante* et *ex post* vise alors des différences en termes de procédures bien plus que des différences de nature (B).

A. L'existence d'une régulation sectorielle *ex post*

716. L'autorité de régulation dispose de deux types de pouvoirs de régulation susceptibles d'être qualifiés de pouvoir de régulation *ex post*. Il s'agit, d'une part, du pouvoir de règlement de différends (1) et d'autre part, du pouvoir de sanction (2).

1. Le pouvoir *ex post* de règlement des différends

717. L'intervention *ex post* des autorités de régulation trouve son fondement et son utilité en complément de leur intervention *ex ante*. En effet, à côté des obligations spécifiques imposées sur des marchés pertinents *ex ante*, il existe une règle générale d'accès et d'interconnexion s'imposant à tous les opérateurs, qui sert de fondement à la mise en œuvre par l'autorité de régulation d'un pouvoir général de règlement de différends (a). Or, il est tout à fait significatif de relever que cette compétence a été expressément qualifiée de pouvoir *ex post* (b).

a. Le pouvoir de règlement de différends

718. En dehors de l'analyse des marchés *ex ante*, il existe une obligation générale d'accès et d'interconnexion (i) sanctionnée par le biais de la procédure de règlement de différends (ii).

i. L'obligation générale d'accès et d'interconnexion

719. L'obligation d'interconnexion entre les différents réseaux des opérateurs est une obligation qui est posée de manière générale par la directive accès, selon laquelle les « opérateurs de réseaux publics de communications ont le droit et, lorsque d'autres entreprises titulaires d'une autorisation le demandent, l'obligation de négocier une interconnexion réciproque pour fournir des services de communications électroniques accessibles au public, de façon à garantir la fourniture de services et leur interopérabilité dans l'ensemble de la Communauté »¹⁷⁷³. L'existence de cette obligation générale d'accès signifie que celle-ci peut être mise en œuvre non seulement en vertu de la procédure de régulation *ex ante*¹⁷⁷⁴, mais également en dehors de cette procédure¹⁷⁷⁵. La Cour de justice a d'ailleurs confirmé ce principe en estimant qu'était constitutif d'un refus d'interconnexion le fait pour une entreprise non qualifiée de puissante sur un marché pertinent *ex ante* de proposer à une entreprise un accès dans des conditions ne lui permettant pas de fournir des services de manière concurrentielle, justifiant alors l'intervention de l'autorité de régulation¹⁷⁷⁶.

En droit interne, cette obligation générale d'accès et d'interconnexion a été transposée par l'article L. 34-8 du code des postes et des communications électroniques¹⁷⁷⁷. Elle est sanctionnée soit de la propre initiative de l'autorité de régulation soit dans le cadre de la procédure de règlement de différends¹⁷⁷⁸. L'existence de cette obligation générale d'accès et d'interconnexion permet

¹⁷⁷³ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès»), article 4§1.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, articles 6, 7 et 8. L'article 6 concerne les systèmes d'accès conditionnel pour la radiotélévision, l'article 7 le réexamen des obligations antérieures en matière d'accès et d'interconnexion, l'article 8 la procédure de désignation des marchés pertinents *ex ante*.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, article 5§1.

¹⁷⁷⁶ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (deuxième chambre) du 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland Oyj*, C-192/08, § 49 à 62.

¹⁷⁷⁷ CPCE, article L. 34-8.

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*, article L. 36-8.

donc d'obtenir un accès au réseau sans préjudice de la question de savoir s'il existe un monopole ou non, constituant une manifestation significative d'une régulation qui n'est pas réductible à une régulation *ex ante*, ainsi que l'a rappelé l'ARCEP dans une décision très récente de règlement de différends rendue en juin 2011¹⁷⁷⁹.

720. Dans ce cas, l'autorité de régulation peut imposer différentes obligations aux entreprises contrôlant l'accès à l'utilisateur final et notamment des obligations d'interconnexion des réseaux¹⁷⁸⁰ et d'accès aux services radiophoniques et télévisuels¹⁷⁸¹, imposées de manière objective, transparente, proportionnée et non discriminatoire¹⁷⁸². Ces obligations sont essentiellement sanctionnées par le biais du pouvoir de règlement de différends de l'autorité de régulation.

ii. Le pouvoir de règlement de différends de l'autorité de régulation

721. En vertu des directives communautaires, l'obligation générale d'accès et d'interconnexion peut être mise en œuvre soit de la propre initiative de l'autorité de régulation, soit sur demande d'une des parties en l'absence d'accord entre elles¹⁷⁸³. De ce point de vue, il peut d'ailleurs être souligné que la Cour de justice de l'Union européenne a précisé dans une jurisprudence de mars 2010 que le pouvoir des règlements de différends de l'autorité de régulation ne pouvait se contenter de mettre en œuvre des conciliations, mais devait avoir une véritable portée contraignante afin de trancher des litiges¹⁷⁸⁴, ce qui est le cas en France.

Cela conduit alors à attribuer à l'autorité de régulation une compétence de règlement de différends, qui peut porter sur l'interconnexion et l'accès de manière générale¹⁷⁸⁵ mais également sur des questions plus précises comme le partage d'installations, la fourniture de listes d'abonnés, les conditions d'accès et de partage des réseaux des collectivités locales, etc., c'est-à-dire en somme l'ensemble des questions relevant de l'interconnexion¹⁷⁸⁶. De plus, le champ d'application de ce pouvoir vient d'être étendu par l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 qui a donné à l'ARCEP la compétence de règlements de différends des litiges exist-

¹⁷⁷⁹ Décision n° 2011-0596 de l'Arcep en date du 7 juin 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Towercast à la société TDF, p. 11 et p. 15.

¹⁷⁸⁰ Directive 2002/19 précitée, article 5§1 a).

¹⁷⁸¹ *Ibid.*, article 5§1 b).

¹⁷⁸² *Ibid.*, article 5§3.

¹⁷⁸³ *Ibid.*, article 5§4.

¹⁷⁸⁴ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 18 mars 2010, *Rosalba Alassini contre Telecom Italia SpA (C-317/08)*, *Filomena Califano contre Wind SpA (C-318/08)*, *Lucia Anna Giorgia Iacono contre Telecom Italia SpA (C-319/08)* et *Multiservice Srl contre Telecom Italia SpA (C-320/08)*, Affaires jointes C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08, § 35.

¹⁷⁸⁵ CPCE, article L. 36-8 I.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, article L. 36-8. II.

tant entre les opérateurs de réseau et les entreprises fournissant des services de communication au public en ligne¹⁷⁸⁷. Or, ce pouvoir est expressément qualifié de pouvoir *ex post*.

b. La qualification *ex post* du pouvoir de règlement de différends

722. Le pouvoir de règlement de différends a été expressément qualifié de pouvoir de régulation *ex post* par l'autorité de régulation (i), le Conseil de la concurrence (ii) et une part extrêmement minoritaire de la doctrine (iii).

i. Une qualification consacrée par l'autorité de régulation

723. En premier lieu, l'autorité de régulation a elle-même qualifié sa compétence de règlement de différends de « *moyens de régulation ex post* »¹⁷⁸⁸, faisant alors référence à deux décisions de règlements de différends par lesquelles elle avait pu précédemment fixer les tarifs de la terminaison d'appel vocal SMS¹⁷⁸⁹. Elle a opéré, à cette occasion, une véritable systématisation du droit positif.

Pour l'autorité de régulation, la régulation *ex post* se distingue de la régulation *ex ante* puisque les « *fondements juridiques des deux procédures étant distincts, l'objet du règlement de litige est différent de celui de l'analyse des marchés et leurs effets ne sont pas identiques* »¹⁷⁹⁰. Ainsi, pour l'autorité, la régulation *ex post* correspond au cas où « *il est question de mettre en œuvre une compétence quasi-juridictionnelle* », tandis que dans le cas de la régulation *ex ante*, « *il s'agit de mener sur la base de critères précis une analyse de l'évolution de la situation concurrentielle sur un marché donné pour, selon les situations, déterminer les meilleurs dispositifs de correction ex ante susceptibles d'être appliqués pour remédier aux imperfections qui auront pu être identifiées* »¹⁷⁹¹. Il existe donc bien deux types de régulations, d'une part la régulation *ex ante* et d'autre part la régulation *ex post*, clairement différenciées.

724. Dans le cas de la régulation sectorielle *ex post*, il ne s'agit donc pas de désigner par *ex post* la sanction de pratiques anticoncurrentielles, l'autorité de régulation n'étant pas compétente pour cela¹⁷⁹², mais de viser des pratiques qui s'exercent *a posteriori* et qui relèvent d'une compétence de nature quasi-juridictionnelle. En effet, l'exercice de cette compétence suppose qu'il existe entre

¹⁷⁸⁷ Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques du 24 août 2011, article 17 3°.

¹⁷⁸⁸ ARCEP, Décision n° 06-0593 précitée, p. 30.

¹⁷⁸⁹ Décision n° 05-0929 de l'Arcep en date du 8 novembre 2005 se prononçant sur un différend opposant la société Bouygues Telecom à la société Orange France ; *Adde* Décision n° 05-0930 de l'Arcep en date du 8 novembre 2005 se prononçant sur un différend opposant la société Bouygues Telecom à la Société Française du Radiotéléphone (SFR).

¹⁷⁹⁰ ARCEP, Décision n° 06-0593 précitée, p. 31.

¹⁷⁹¹ ARCEP, Décision n° 05-0929 précitée, p. 31.

¹⁷⁹² Décision n° 00-0703 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre ICS France et France Télécom relatif à l'exécution d'un contrat de vente en gros de trafic international.

les parties un véritable litige, condition vérifiée par l'ARCEP¹⁷⁹³ à peine d'irrecevabilité¹⁷⁹⁴. Ces éléments accréditent la qualification de régulation *ex post* car l'autorité de régulation intervient ici *a posteriori*, sur le fondement d'un litige entre opérateurs, et de manière symétrique, et non pas *a priori*, de sa propre initiative et de manière asymétrique.

ii. Une qualification reprise par le Conseil de la concurrence

725. En deuxième lieu, le Conseil de la concurrence a également reconnu l'existence de cette régulation *ex post*, puisqu'il a considéré que « *le pouvoir de règlement ex post des différends, notamment sur le marché en développement de la TNT, devrait permettre à l'ARCEP, dans le cadre qu'elle définira, de réguler de manière à la fois efficace et souple la transition vers une concurrence effective* »¹⁷⁹⁵.

Le Conseil de la concurrence reconnaît donc également l'existence d'un pouvoir de régulation *ex post*, en contradiction pourtant avec le modèle de l'économie des réseaux qu'il semble adopter sans réserve par ailleurs. Cette qualification semble donc s'être imposée à lui.

iii. Une qualification extrêmement rare en doctrine

726. En troisième lieu, enfin, certains auteurs qualifient parfois le pouvoir de règlement de différends de régulation *ex post*. Cependant, une telle mention est extrêmement rare. On peut ici citer, dans la doctrine francophone, Jean-Yves Chérot selon lequel il existe des cas où « *l'autorité de régulation intervient pour régler des litiges, donc ex-post* », même si celui-ci semble dans le même temps douter de sa propre qualification, considérant qu' « *il conviendrait de s'interroger sur la pertinence de cette solution* »¹⁷⁹⁶. De ce point de vue, l'auteur cherche à se resituer par rapport à l'économie des réseaux alors qu'il a en réalité raison de s'en éloigner.

Cet exemple illustre de manière significative, d'une part, le caractère extrêmement minoritaire de cette qualification, et d'autre part, la difficulté qu'il y a pour la doctrine juridique à résister à la transcription apparente de l'économie des réseaux. Pourtant, c'est bien la qualification d'*ex post* qui doit être ici retenue au regard de l'évolution du droit positif.

¹⁷⁹³ Décision n° 97-0209 de l'Autorité de régulation des télécommunications réglant un différend entre Paris TV Câble et France Telecom, pp. 8-9 ; *Adde* Décision n° 97-0210 de l'Autorité de régulation des télécommunications réglant un différend entre la Compagnie générale de vidéocommunication (CGV) et France Telecom, p. 9 ; *Adde* Décision n° 2010-0716 de l'Arcep en date du 24 juin 2010 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Téléneo et SFR.

¹⁷⁹⁴ Décision n° 00-1092 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre MFS Communications et France Télécom Mobiles relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic à destination du réseau radioélectrique de France Télécom Mobiles.

¹⁷⁹⁵ Cons. Conc., Avis n° 06-A-01 précité, § 87.

¹⁷⁹⁶ CHÉROT J.-Y., « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, p. 19.

727. En somme, il existe bien une régulation sectorielle *ex post* à côté de la régulation sectorielle *ex ante* s'exerçant par le biais de la sanction de l'obligation générale d'accès et d'interconnexion dans le cadre de la procédure de règlement de différends. En outre, les autorités de régulation mettent également en œuvre un pouvoir *ex post* par le biais de leur pouvoir de sanction.

2. Le pouvoir *ex post* de sanction

728. L'attribution d'un pouvoir de sanction administrative est un élément caractéristique des autorités de régulation (a). Or il peut être qualifié de pouvoir de régulation *ex post* (b).

a. La reconnaissance d'un pouvoir de sanction

729. Il est possible, dès lors que certaines garanties sont respectées et sans qu'il soit nécessaire à ce stade d'étudier cet aspect en détail¹⁷⁹⁷, d'attribuer un pouvoir de sanction aux autorités de régulation lorsque cela est nécessaire à l'exercice de leur mission¹⁷⁹⁸. Ce pouvoir de sanction est bien entendu un pouvoir de sanction administrative, et non pas un pouvoir de sanction pénale, comme l'a rappelé l'autorité de régulation elle-même¹⁷⁹⁹. Ainsi l'ARCEP dispose d'un pouvoir de sanction administrative en vertu de l'article L. 36-11 CPCE¹⁸⁰⁰. Or, au regard de la distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post*, ce pouvoir doit être qualifié de régulation *ex post*.

b. La qualification *ex post* du pouvoir de sanction

730. Le pouvoir de sanction administrative de l'ARCEP relève sans doute de la régulation *ex post* et non de la régulation *ex ante* pour les raisons suivantes.

D'abord, l'autorité de régulation peut être saisie par de nombreuses autorités, et peut même s'autosaisir¹⁸⁰¹. D'ailleurs, on peut noter que les autorités susceptibles de saisir l'autorité de régulation ne sont guère différentes de celles pouvant saisir l'autorité de concurrence¹⁸⁰².

Ensuite, le pouvoir de sanction de l'autorité est destiné à sanctionner les manquements aux dispositions législatives et réglementaires qui se sont donc déjà produits, comme le souligne

¹⁷⁹⁷ Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹⁷⁹⁸ Décision du Conseil constitutionnel n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, considérant n°27 ; *Adde* Décision du Conseil constitutionnel n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, considérant n°6 ; *Adde* Décision du Conseil constitutionnel n° 96-378 DC, *Loi de réglementation des télécommunications*, considérant n°15.

¹⁷⁹⁹ Décision n° 00-0200 de l'Autorité de régulation des télécommunications rejetant la demande de la société Informatique et Télématique tendant à ce que soit prononcée une sanction à l'encontre de XTS Network, p. 3.

¹⁸⁰⁰ CPCE, article L. 36-11.

¹⁸⁰¹ CPCE, article L. 36-11. L'autorité de régulation peut être saisie par le ministre chargé des communications électroniques, une organisation professionnelle, une association agréée d'utilisateurs, une personne physique ou morale concernée, etc.

¹⁸⁰² C. Com, article 464-2.

de manière significative l'obligation de mettre en demeure l'opérateur¹⁸⁰³. Ce pouvoir s'exerce donc *a posteriori* et non *a priori* et relève donc de ce point de vue de la régulation *ex post*.

Enfin, les manquements que le pouvoir de sanction a pour objet de punir ne relèvent pas seulement de l'accès et de la régulation asymétrique, mais bien de l'ensemble du droit des communications électroniques¹⁸⁰⁴, et ne sont donc pas limités à l'hypothèse de la régulation *ex ante*.

En somme, le pouvoir de sanction, si on souhaite le qualifier au regard de la distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post*, relève de la régulation *ex post* en ce qu'il en présente les différentes caractéristiques. Cela conforte donc l'idée qu'il existe une régulation *ex post* au bénéfice des autorités de régulation sectorielle.

731. Ainsi, il existe donc une régulation sectorielle *ex post*. Or, ce constat apparaît en totale contradiction avec la théorie de l'économie des réseaux selon laquelle la régulation sectorielle est réduite à une régulation *ex ante*. En outre, il est encore plus significatif de souligner que cette régulation *ex post* peut se substituer fonctionnellement à la régulation *ex ante*.

B. La quasi-équivalence fonctionnelle des régulations *ex ante* et *ex post*

732. Si l'existence même d'une régulation *ex post* démontre les limites de la transcription en droit du modèle de l'économie des réseaux, il est encore plus significatif de souligner que les régulations sectorielles *ex ante* et *ex post* sont quasiment interchangeables du point de vue fonctionnel. Ainsi, si la différence entre ces deux pouvoirs existe en ce qu'elle correspond à des procédures distinctes mises en œuvre par l'autorité de régulation, il est cependant difficile d'y voir une distinction théorique relative à la nature même de la mission de l'autorité. On le constate tant en ce qui concerne le pouvoir de règlement de différends (1) qu'en ce qui concerne le pouvoir de sanction (2).

1. La substitution fonctionnelle du pouvoir de règlement de différends aux autres dispositifs de régulation

733. Le pouvoir de règlement de différends trouble la distinction traditionnellement admise entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post* au sens de l'économie des réseaux. En effet, ce pouvoir est utilisé aussi bien dans le champ fonctionnel de la régulation sectorielle *ex ante* (a) que dans le champ fonctionnel de la régulation concurrentielle (b).

¹⁸⁰³ CPCE, article L. 36-11 1°.

¹⁸⁰⁴ *V.*, Décision n° 00-0201 de l'Autorité de régulation des télécommunications, rejetant la demande de la société Edditec tendant à ce que soit prononcée une sanction contre la société Destia Communications, p. 2. *A contrario*, l'autorité de régulation ne saurait sanctionner des dispositions sans rapport avec le Code des postes et des communications électroniques.

a. La substitution fonctionnelle du pouvoir de règlement de différends et de la régulation sectorielle *ex ante*

734. La distinction entre les régulations *ex ante* et *ex post*, quoiqu'établie par l'autorité de régulation elle-même, est valable du point de vue formel mais est en réalité au service d'une équivalence fonctionnelle. En effet, ces deux types de régulation sont conçus comme deux procédures tout à fait distinctes et indépendantes (i). Cependant, ce principe a pour effet non de les séparer radicalement, mais au contraire de consacrer leur quasi-équivalence fonctionnelle (ii).

i. La séparation formelle des régulations sectorielles *ex ante* et *ex post*

735. La séparation formelle des régulations sectorielles *ex ante* et *ex post* résulte négativement de la volonté de certaines parties aux règlements de différends de lier les deux procédures afin d'échapper à la mise en œuvre d'obligations d'accès et d'interconnexion. Cependant, toutes les tentatives pour échapper à la régulation *ex post* en justifiant de la soumission au régime de la régulation *ex ante* ont échoué devant l'autorité de régulation.

736. En premier lieu, dans une affaire relative à la terminaison d'appel vocal SMS, les défendeurs avaient tenté de faire valoir que leurs concurrents cherchaient en réalité, par le biais de la procédure de règlement de différends, à obtenir des mesures relevant de la régulation *ex ante*¹⁸⁰⁵. Ils demandaient donc à ce que soient clairement séparées les procédures et que celles-ci aient des champs d'application clairement distincts. Cependant, l'autorité de régulation estima que ces deux mécanismes « *[sont] autonomes et ne [s'excluent] nullement* »¹⁸⁰⁶, ce qui a pour conséquence qu'« *aucune priorité, ni aucune subordination ne saurait être accordée à l'une plutôt qu'à l'autre* »¹⁸⁰⁷.

Ainsi, une procédure de règlement de différends peut intervenir alors même qu'une procédure *ex ante* est en cours, qu'une régulation *ex ante* a déjà été opérée, ou en dehors de toute régulation *ex ante*¹⁸⁰⁸. Ce fut d'ailleurs le cas en l'espèce, puisque l'autorité connut de la question de la terminaison d'appel vocal SMS d'abord par le règlement de différends¹⁸⁰⁹ et seulement ensuite dans le cadre de la régulation *ex ante*¹⁸¹⁰. Dès lors, les obligations qui peuvent être imposées dans le cadre des deux types de procédures sont distinctes et l'imposition d'obligations dans le cadre d'une procédure s'exerce sans préjudice des obligations imposées dans le cadre de l'autre, et peuvent donc se cumuler¹⁸¹¹.

Ce principe a par la suite fait l'objet d'une confirmation systématique dans les décisions de

¹⁸⁰⁵ ARCEP, Décision n° 05-0929 précitée, p. 30.

¹⁸⁰⁶ ARCEP, Décision n° 06-0593 précitée, p. 31.

¹⁸⁰⁷ ARCEP, Décision n° 05-0929 précitée, p. 31.

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*

¹⁸⁰⁹ ARCEP, Décision n° 05-0929 précitée, pp. 31-32.

¹⁸¹⁰ ARCEP, Décision n° 06-0593 précitée.

¹⁸¹¹ *Ibid.*, pp. 30-31.

l'autorité. On peut ici faire mention des décisions relatives au réseau de TDF rendues dans le cadre de règlement de différends¹⁸¹², et dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés pertinents¹⁸¹³. On peut citer également les décisions relatives à l'accès aux listes d'abonnés¹⁸¹⁴, ainsi que les décisions rendues à l'occasion de litiges mettant en cause les fournisseurs de service de renseignement téléphoniques¹⁸¹⁵, l'accès au réseau des opérateurs mobiles, litige pour lequel il n'existe pas de régulation *ex ante* par ailleurs¹⁸¹⁶, ou encore l'accès aux réseaux de fibre optique¹⁸¹⁷.

737. En deuxième lieu, face à ce positionnement très ferme de l'autorité de régulation, les entreprises ont cherché à avancer une argumentation un peu plus subtile, notamment à l'occasion d'un litige relatif à la terminaison d'appel vocal fixe¹⁸¹⁸. Neuf Télécom considérait en effet que, déjà soumis à une obligation d'orientation des prix vers les coûts prononcée sur le fondement de la régulation *ex ante*, l'autorité de régulation ne pouvait se prononcer que sur la base de l'article L. 36-8. II, invocable seulement après l'échec des négociations commerciales, et non sur le fondement de l'article L. 36-8. I, invocable dès lors qu'a été opposé un refus sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'échec des négociations commerciales. Or en l'espèce, aucune négociation commerciale n'avait été entamée ce qui devait rendre irrecevable la demande de France Télécom¹⁸¹⁹.

Cependant, cette argumentation n'a pas été retenue par l'autorité de régulation qui a considéré que le désaccord portait bien sur une prestation d'interconnexion et qu'il pouvait donc faire l'objet d'un règlement de différends sur le fondement de l'article L. 36-8. I, peu important la question de savoir si cette prestation faisait l'objet d'une régulation *ex ante* ou non dont le contentieux aurait relevé de l'article L. 36-8. II¹⁸²⁰. La tentative d'opérer une dissociation des articles L. 36-8. I et L. 38-8. II a donc échoué.

738. En troisième lieu, une argumentation du même type a été de nouveau défendue s'agissant de l'accès aux réseaux de fibre optique. Certains opérateurs ont en effet fait valoir que le recours à

¹⁸¹² Décision n° 06-0350 de l'Arcep en date du 21 mars 2006 se prononçant sur un différend opposant la société Antalis TV à la société TéléDiffusion de France (TDF), p. 31.

¹⁸¹³ Décision n° 06-0160 de l'Arcep en date du 6 avril 2006 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché ; *Adde* Décision n° 06-0161 de l'Arcep en date du 6 avril 2006 portant sur les obligations imposées à TDF en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur le marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels.

¹⁸¹⁴ Décision n° 06-0510 de l'Arcep en date du 18 mai 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Telegate France et Orange France, p. 30.

¹⁸¹⁵ Décision n° 06-1015 de l'Arcep en date du 10 octobre 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés 118 218 Le Numéro et Orange France, p. 40.

¹⁸¹⁶ Décision n° 06-0406 de l'Arcep en date du 4 avril 2006 se prononçant sur un différend opposant la société Afone et la Société Française du Radiotéléphone (SFR), p. 29.

¹⁸¹⁷ Décision n° 2008-1207 de l'Arcep en date du 4 novembre 2008 se prononçant sur deux demandes de différend opposant la société France Télécom et les sociétés Numéricable et NC Numéricable, p. 18.

¹⁸¹⁸ Décision n° 06-0551 de l'Arcep en date du 30 mai 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés France et Neuf Télécom, pp. 48-52.

¹⁸¹⁹ *Ibid.*, pp. 48-49.

¹⁸²⁰ ARCEP, Décision n° 06-0551, précitée, pp. 50-52.

l'article L. 36-6 CPCE, permettant de mettre en œuvre une obligation générale d'accès et d'interconnexion à propos notamment de l'accès aux réseaux de fibre optique conformément à l'article L. 34-8-3, entraînait l'incompétence de l'autorité sur le fondement de l'article L. 36-8 CPCE¹⁸²¹. La réponse de l'autorité fut cependant identique : considérant que ces deux procédures étaient différentes, l'une s'exerçant *a priori* et l'autre s'exerçant *a posteriori*, elle rejeta l'argument tiré de son incompétence¹⁸²².

739. En quatrième lieu, certains opérateurs ont tenté, sans succès, de lier régulation *ex ante* et procédure de règlement de différends mais dans le sens inverse. En effet, à l'occasion d'un litige relatif à l'accès aux fourreaux de France Télécom, certaines sociétés ont soutenu que la procédure de règlement de différends ne pouvait être mise en œuvre que si avait au préalable été mise en œuvre une régulation *ex ante* du marché considéré, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce¹⁸²³.

Cependant, une telle argumentation a été rejetée de la manière la plus nette¹⁸²⁴. Cela apparaît tout à fait conforme aux principes propres au règlement de différends puisque cette procédure sert également à sanctionner les obligations générales d'interconnexion et d'accès¹⁸²⁵.

740. En cinquième lieu, récemment, certains opérateurs ont tenté de faire valoir qu'un litige relatif à l'interconnexion d'une entreprise régulée *ex ante* ne pouvait faire l'objet d'une régulation *ex post* mais seulement d'une procédure de sanction¹⁸²⁶. Cependant, cet argument a également été rejeté, cette solution ayant été validée par la Cour d'appel de Paris¹⁸²⁷.

741. En définitive, il résulte bien des éléments qui précèdent que les procédures de régulation *ex ante* et *ex post* ont été considérées comme tout à fait indépendantes par l'ARCEP. Cependant, ce principe d'indépendance formelle, loin de donner lieu à une séparation nette de leurs champs d'application, a au contraire conduit à leur superposition fonctionnelle.

ii. La quasi-équivalence fonctionnelle des régulations sectorielles *ex ante* et *ex post*

¹⁸²¹ Décision n° 2010-1232 de l'Arcep en date du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom, p. 20.

¹⁸²² *Ibid.*, pp. 20-21.

¹⁸²³ Décision n° 2010-1179 de l'Arcep en date du 4 novembre 2010 se prononçant sur deux demandes de règlement de différend opposant, d'une part, la société FRANCE TELECOM à la société NC NUMERICABLE, d'autre part, la société FRANCE TELECOM à la société NUMERICABLE SAS, p. 14.

¹⁸²⁴ *Ibid.*

¹⁸²⁵ *Cf. Supra.*

¹⁸²⁶ Décision n° 2008-0839 de l'Arcep en date du 24 juillet 2008 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Neuf Cegetel et France Télécom, p. 18 ; *Adde* Décision n° 2011-0809 de l'Arcep en date du 12 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Towercast et TDF, p. 16.

¹⁸²⁷ Arrêt de la Cour d'appel de Paris, 30 janvier 2007, *SFR c/ AFONE*, 2006/07964.

742. L'indépendance formelle absolue de la régulation sectorielle *ex ante* et de la régulation sectorielle *ex post* a pour effet de consacrer leur substitution fonctionnelle. En droit, les concepts d'*ex ante* et d'*ex post* doivent donc s'analyser comme des procédures différentes, néanmoins susceptibles de donner lieu au même résultat.

743. Ainsi, ont pu faire d'un litige sur le fondement du règlement de différends et donner lieu à l'imposition d'obligations d'accès de nombreux marchés par ailleurs régulés *ex ante*. C'est ainsi le cas s'agissant de l'accès au réseau commuté de France Télécom¹⁸²⁸, du dégroupage de la boucle local¹⁸²⁹, de l'accès au réseau de transit et de collecte de France Télécom¹⁸³⁰, de l'accès aux liaisons louées de France Télécom¹⁸³¹, de la terminaison d'appel¹⁸³², de l'accès au réseau de TDF¹⁸³³, ou encore de l'accès à des réseaux de fibre optique¹⁸³⁴. La régulation *ex post* se superpose donc à la régulation *ex ante* pour aboutir au même résultat.

Un exemple particulièrement significatif de cette quasi-équivalence fonctionnelle est celui de la régulation du marché de l'accès et du départ d'appel mobile. En effet, ce marché, qui ne fait pas l'objet d'une régulation *ex ante*, fait en revanche l'objet d'une régulation *ex post* sur le fondement du pouvoir de règlement de différends par l'intermédiaire des autorisations d'occupation du domaine public¹⁸³⁵. De ce point de vue, l'autorité a considéré que l'absence de régulation *ex ante* de ce marché ne pouvait être interprétée comme excluant l'exercice d'une régulation *ex post*, estimant que « l'obligation de SFR de respecter son engagement vis-à-vis d'Afone est distincte et indépendante de toute obligation de faire droit à toute demande raisonnable d'accès à son réseau qui pourrait résulter de la procédure

¹⁸²⁸ Décision n° 98-1025 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Infosat et France Télécom.

¹⁸²⁹ *V.*, pour quelques exemples : Décision n° 01-0253 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Liberty Surf Telecom et France Télécom relatif aux conditions tarifaires de l'offre ADSL Connect ATM ; *Adde* Décision n° 03-0027 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 janvier 2003 se prononçant sur un différend entre les sociétés LDCOM et France Télécom ; *Adde* Décision n° 05-1103 de l'Arcep en date du 15 décembre 2005 se prononçant sur un différend opposant Colt Télécommunications France à France Télécom ; *Adde* Décision n° 07-0502 de l'Arcep en date du 7 juin 2007 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Free SAS et France Télécom.

¹⁸³⁰ *V.*, pour quelques exemples : Décision n° 99-0987 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Siris et France Télécom ; *Adde* Décision n° 04-375 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un règlement de différend opposant Mobius à France Télécom ; *Adde* Décision n° 05-1009 de l'Arcep en date du 1er décembre 2005 se prononçant sur un différend opposant Western Télécom à France Télécom.

¹⁸³¹ *V.*, notamment ART, Décision n° 04-375 précitée ; *Adde* Décision n° 04-376 de l'ART se prononçant sur un différend opposant Outremer Télécom à France Télécom.

¹⁸³² *V.*, parmi de nombreux autres exemples : Décision n° 99-0539 de l'ART se prononçant sur un différend entre Cegetel Entreprises et France Télécom relatif aux conditions d'interconnexion pour les appels entrant sur le réseau de Cegetel Entreprises ; *Adde* Décision n° 00-603 de l'ART se prononçant sur un différend entre Linx et France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant ; *Adde* Décision n° 03-0701 de l'ART en date du 5 juin 2003 se prononçant sur un différend entre les sociétés France Télécom et Completel.

¹⁸³³ ARCEP, Décision n° 06-0350 précitée.

¹⁸³⁴ *V.*, parmi d'autres exemples : ARCEP, Décision n° 2008-1207 précitée ; *Adde* Décision n° 2008-1365 de l'Arcep en date du 9 décembre 2008 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Intercâble Réunion SAS et France Télécom ; *Adde* ARCEP, Décision n° 2010-1232 précitée.

¹⁸³⁵ ARCEP, Décision n° 06-0406 précitée, p. 29.

d'analyse de marché relative au marché de gros de l'accès et du départ sur les réseaux mobiles ouverts au public »¹⁸³⁶. La régulation *ex post* vient se substituer ici à la carence liée à l'absence de régulation *ex ante* de ce marché malgré le manque de fonctionnement concurrentiel effectif qui le caractérise¹⁸³⁷.

744. Une seule limite a semble-t-il été posée par l'autorité de régulation à cette équivalence fonctionnelle. Dans une décision récente, elle a en effet jugé bon de préciser qu'une solution obtenue dans le cadre d'un règlement de différends, si elle peut être équivalente à celle obtenue dans le cadre d'une régulation *ex ante*, ne vaut cependant que pour les parties au litige et non pour les tiers¹⁸³⁸. Cette limite, inhérente à la procédure de règlement de différends, vient nuancer mais ne saurait s'opposer à la possibilité d'une substitution fonctionnelle de ces deux procédures.

745. En définitive, l'absence d'exclusivité de la régulation *ex ante* conduit à reconnaître à la régulation *ex post* une quasi-équivalence fonctionnelle à la régulation *ex ante*. Ainsi, la distinction entre régulation sectorielle *ex ante* et régulation sectorielle *ex post* est moins une différence de nature qu'une différence de procédure.

En outre, il est significatif de souligner que la régulation sectorielle *ex post* se trouve être également quasiment interchangeable avec la régulation concurrentielle, conduisant à une confusion de l'ensemble des procédures.

b. La substitution fonctionnelle du règlement de différends et du droit de la concurrence

746. Comme nous l'avons précédemment démontré, l'autorité de concurrence peut assez largement intervenir sur des questions analogues à celles dont peut connaître l'autorité de régulation par le biais de pouvoirs de régulation *ex ante* ou *ex post*¹⁸³⁹.

Or, ces deux procédures sont considérées comme complémentaires et non exclusives par l'autorité de régulation¹⁸⁴⁰. Ainsi, l'autorité de régulation peut rendre une décision sur le fondement du règlement de différends alors même que la question en cause peut faire ou a fait l'objet d'un litige tranché par le droit de la concurrence, sans que l'une des solutions n'engage l'autre¹⁸⁴¹.

¹⁸³⁶ *Ibid.*

¹⁸³⁷ *Cf. Supra.*

¹⁸³⁸ Décision n° 2010-0323 de l'Arcep en date du 18 mars 2010 se prononçant sur un différend opposant les sociétés INFOSAT et SFR, p. 6.

¹⁸³⁹ *Cf. Infra.*

¹⁸⁴⁰ ART, Décision n° 01-0253 précitée, p. 6.

¹⁸⁴¹ ART, Décision n° 01-0253 précitée, p. 6, selon laquelle s'« il appartient au Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante, de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles au regard des dispositions législatives de portée générale qu'il a pour mission d'appliquer pour sauvegarder la concurrence, ces attributions générales ne portent pas préjudice à ce que l'Autorité puisse, en vertu du pouvoir que le législateur lui a dévolu, régler en équité un différend existant entre deux parties quant aux modalités techniques et financières dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés et préciser les conditions équitables qui se substitueront à la volonté initiale des cocontractants ».

Cette solution est réitérée de manière systématique¹⁸⁴².

Dès lors, régulation sectorielle *ex post* et régulation concurrentielle, *ex ante* ou *ex post*, apparaissent interchangeables. Dans un tel cas, il apparaît que la différence entre régulation sectorielle et régulation concurrentielle n'est pas une différence de nature mais davantage une différence de procédure.

747. En définitive, la distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post* ne permet donc pas de rendre compte de la distinction entre l'autorité de régulation et l'autorité de concurrence au regard du pouvoir de règlement de différends de l'autorité, qui s'analyse comme une compétence de régulation *ex post*. Ce résultat est renforcé par l'étude du pouvoir de sanction qui s'analyse également comme un pouvoir *ex post*.

2. La sanction indifférenciée des régulations *ex ante* et *ex post* par le pouvoir *ex post* de sanction

748. Le pouvoir de sanction est un pouvoir de régulation *ex post*. Or, il brouille encore davantage la distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post* en ce qu'il intervient indifféremment pour sanctionner l'une (a) ou l'autre (b).

a. Une sanction *ex post* de la régulation *ex ante*

749. En premier lieu, la distinction entre *ex ante* et *ex post* apparaît difficile au regard de l'exercice du pouvoir de sanction, dans la mesure où la régulation *ex ante* va être sanctionnée *ex post* par l'intermédiaire de ce pouvoir. Par ailleurs, ce dernier permet d'aller plus loin encore en sanctionnant également les instruments qui se substituent à la régulation sectorielle *ex ante* lorsque celle-ci n'est pas mise en œuvre.

D'une part, le pouvoir de sanction est utilisé pour sanctionner les obligations relevant de

¹⁸⁴² Décision n° 03-1038 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre les sociétés Iliad et France Télécom, p. 26 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 06-0350 précitée, pp. 30-31. Dans cette dernière affaire, saisie d'un argument faisant valoir que si elle se prononçait, elle préjugerait du résultat d'une instance en cours devant le Conseil de la concurrence, l'ARCEP, se fondant sur la décision du Conseil constitutionnel n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, a considéré que cet argument devait être « écarté étant donné que le risque de « préjugement » ne peut concerner les décisions de deux institutions autonomes saisies sur des fondements juridiques distincts et appelées à exercer des compétences différentes ».

la régulation *ex ante*. Ce principe a été établi sous l'empire de l'ancien cadre réglementaire¹⁸⁴³ et a été confirmé s'agissant de décisions rendues sur le fondement de l'article L. 37-1 CPCE¹⁸⁴⁴. Ainsi, le pouvoir de sanction *ex post* permet de mettre en œuvre la régulation *ex ante*.

D'autre part, le pouvoir de sanction *ex post* peut être utilisé pour sanctionner les obligations résultant des diverses autorisations délivrées dans le cadre de la régulation des communications électroniques¹⁸⁴⁵. Celles-ci concernent notamment, mais non exclusivement et sans qu'il soit nécessaire de procéder à un recensement exhaustif¹⁸⁴⁶, les autorisations d'occupation du domaine public hertzien¹⁸⁴⁷ et les autorisations relatives à la numérotation¹⁸⁴⁸. Or, dans certains cas particulièrement significatifs, le pouvoir de sanction permet de mettre en œuvre les instruments qui se substituent à la régulation *ex ante* lorsque celle-ci n'est pas mise en œuvre¹⁸⁴⁹.

L'exemple du marché des communications mobiles est de ce point de vue particulièrement significatif. Au niveau du marché de gros, le pouvoir de sanction a été utilisé afin de s'assurer du respect par les opérateurs de réseau des engagements pris dans le cadre de l'attribution de leurs licences de troisième génération en termes de couverture du territoire et d'accès des opérateurs virtuels au réseau, ces engagements étant utilisés pour justifier l'absence de

¹⁸⁴³ *V.*, parmi d'autres exemples : Décision n° 00-0971 de l'Autorité de régulation des télécommunications rejetant la demande de Cégétel tendant à ce que soit prononcée une mise en demeure à l'encontre de France Télécom, p. 2, concernant la détention d'information par un opérateur puissant s'agissant de l'obligation de sélection et présélection de l'opérateur ; *Adde* Décision n° 01-0354 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de France Télécom en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications de se conformer à certaines dispositions de la décision n° 01-135 de l'Autorité en date du 8 février 2001 demandant à France Télécom d'apporter des modifications à son offre de référence pour l'accès à la boucle locale, p. 2 ; *Adde* Décision n° 01-0521 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de France Télécom en application de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications de se conformer à certaines dispositions de la décision n° 01-135 de l'Autorité en date du 8 février 2001 demandant à France Télécom d'apporter des modifications à son offre de référence pour l'accès à la boucle locale, p. 10, dans lesquelles France Télécom a été sanctionné pour le non-respect d'une décision de l'autorité ayant établi des modifications à l'offre de référence de France Télécom pour l'accès à la boucle locale.

¹⁸⁴⁴ ARCEP, Décision n° 2008-0839 précitée, p. 18.

¹⁸⁴⁵ CPCE, article L. 36-11.

¹⁸⁴⁶ *V.*, pour d'autres exemples : Décision n° 98-0418 de l'Autorité de régulation des télécommunications rejetant la demande de France Télécom tendant à ce que soit prononcée une sanction à l'encontre de Télécom Développement, p. 2, s'agissant de la sanction des autorisations générales de mise en place des réseaux ouverts au public ; *Adde* Décision n° 02-0275 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de la société XTS Network Océan Indien, en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer aux prescriptions définies par l'arrêté du 4 août 2000 autorisant la société XTS Network Océan Indien à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public.

¹⁸⁴⁷ *V.*, pour quelques exemples : Décision n° 98-0826 de l'Autorité de régulation des télécommunications relative à la demande de Cegetel visant à ce que France Télécom soit mise en demeure de cesser certaines pratiques, p. 3 pour la sanction d'une autorisation d'exploitation de réseau mobile GSM ; *Adde* Décision n° 04-0446 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 25 mai 2004 portant mise en demeure de la Communauté d'agglomération de la Rochelle, en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer aux prescriptions techniques qui lui sont applicables, pour la sanction du respect de prescriptions techniques imposées par une décision d'attribution de ressources du spectre hertzien.

¹⁸⁴⁸ *V.*, pour quelques exemples, rendus sur le fondement de l'article L.44 CPCE : Décision n° 06-0019 de l'Arcep en date du 10 janvier 2006 prise au terme de la procédure engagée à l'encontre de la société Renseignement Téléphonique Français en application de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques ; *Adde* Décision n° 06-0475 de l'Arcep en date du 2 mai 2006 prise au terme de la procédure de sanction mise en mouvement par l'Autorité à l'encontre de la société Western Telecom.

¹⁸⁴⁹ *Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.*

régulation *ex ante* de ce marché¹⁸⁵⁰. Au niveau du marché de détail, le pouvoir de sanction a été utilisé afin de punir les opérateurs du non-respect des obligations de portabilité du numéro leur incombant alors qu'il permet seul de justifier l'absence de régulation *ex ante* de ce marché¹⁸⁵¹. En somme, le pouvoir de sanction *ex post* permet de s'assurer de l'effectivité des instruments utilisés afin de pallier à la carence due à l'absence de régulation *ex ante*.

b. Une sanction *ex post* de la régulation *ex post*

750. En second lieu, le pouvoir de sanction *ex post* permet de mettre en œuvre le pouvoir de régulation *ex post* résultant du règlement de différends. En effet, l'autorité de régulation peut par le biais de son pouvoir de sanction sanctionner la non-exécution des décisions prises en application de la compétence de règlement de différends¹⁸⁵². Cet instrument est ainsi très souvent utilisé par l'autorité de régulation¹⁸⁵³.

Dès lors, l'utilisation du pouvoir de sanction constitue une sorte d'*ex post* de l'*ex post*, sans pour autant être ici d'une nature différente que lorsqu'il est utilisé afin de constituer l'*ex post* de la régulation *ex ante* ou des mécanismes qui s'y substituent. La différence conceptuelle existant entre une sanction d'une décision imposant une obligation d'accès au titre de la régulation *ex ante* et une sanction d'une décision imposant une obligation d'accès au titre de la régulation *ex post* apparaît bien mince. Le pouvoir de sanction rend donc plus difficile cette distinction.

751. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent qu'au contraire du discours porté à première vue par le droit positif des communications électroniques et par une part importante de la doctrine, la transcription juridique des concepts économiques de régulation *ex ante* et *ex post* est limitée en ce que cette distinction ne rend pas compte, en droit, de la différence entre la régulation sectorielle et la régulation concurrentielle. Il existe en effet une régulation sec-

¹⁸⁵⁰ Décision n° 07-0646 de l'Arcep en date du 12 juillet 2007 rendant publique la décision du Directeur Général en date du 10 juillet 2007 portant mise en demeure de la société Bouygues Telecom de se conformer aux prescriptions définies par l'arrêté du 3 décembre 2002 autorisant la société Bouygues Telecom à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public.

¹⁸⁵¹ Décision du Directeur général de l'Arcep en date du 23 mars 2009 portant mise en demeure de la société Bouygues Telecom de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires relatives à la conservation des numéros fixes, et autres décisions similaires rendues le même jour.

¹⁸⁵² CPCE, article L. 36-11, 2°.

¹⁸⁵³ *V.*, parmi d'autres exemples : Décision n° 02-0034 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant en application de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications, une sanction à l'encontre de France Télécom, relative aux manquements de France Télécom dans l'exécution de la décision de l'Autorité n° 00-1194 en date du 15 novembre 2000 se prononçant sur un règlement de différend entre les sociétés Sonera France et France Télécom en application de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications ; *Adde* Décision n° 03-0594 de l'Autorité de Régulation des Télécommunications en date du 29 avril 2003 portant mise en demeure de la Société Française de Radiotéléphonie (SFR), en application de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer à la décision n° 01-971 du 16 novembre 2001 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant sur le niveau des charges de terminaisons d'appels sur le réseau de la société SFR ; *Adde* Décision n° 05-0522 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 14 juin 2005 rejetant la demande de la société Outremer Télécom tendant à ce que soit prononcée une sanction à l'encontre de la société France Télécom.

torielle *ex ante* et une régulation concurrentielle *ex post*, mais il existe également une régulation concurrentielle *ex ante* et une régulation sectorielle *ex post*.

Ainsi, s'il y a bien eu initialement transcription en droit des concepts de la théorie de l'économie des réseaux, l'utilisation par le droit de ces concepts s'est éloignée de leur sens économique pour prendre un autre sens, plus juridique. Ainsi, ces notions ne désignent plus la nature respective des autorités de régulation sectorielle et de concurrence, mais différentes procédures qui coexistent. La régulation concurrentielle s'exerce la plupart du temps *ex post*, mais elle peut aussi prendre une nature *ex ante*. De ce point de vue, s'il continue d'exister des différences de degré entre la régulation sectorielle *ex ante* et la régulation concurrentielle *ex ante*, celles-ci ne permettent pas de dégager une différence de nature entre ces autorités dont l'action peut être quasi-équivalente du point de vue fonctionnel. Enfin, la régulation sectorielle *ex ante* existe bien, mais elle est complétée par une régulation *ex post* qui, distincte formellement tant de la régulation sectorielle *ex ante* que de la régulation concurrentielle, permet d'obtenir un résultat quasi-équivalent.

En définitive, les concepts de régulation *ex ante* et de régulation *ex post* ne se situent pas, en théorie économique et en droit, au même niveau. Alors qu'ils désignent en théorie économique les régulations sectorielle et concurrentielle elles-mêmes, ils désignent en droit des procédures, mises en œuvre indifféremment par l'autorité de régulation sectorielle et l'autorité de concurrence, qui se distinguent formellement mais qui se caractérisent par une quasi-équivalence fonctionnelle. De ce point de vue, la transcription des résultats de l'économie des réseaux se trouve donc bien limitée en droit de la régulation.

Dès lors, l'existence de ces limites doit conduire à s'interroger sur la portée de celles-ci. En effet, loin d'une différence claire entre les différentes autorités, les résultats précédents démontrent plutôt l'existence d'un certain désordre, voire d'un désordre certain, en droit de la régulation des communications électroniques.

752. En outre, au-delà même des difficultés posées par la distinction entre régulation *ex ante* et régulation *ex post*, il apparaît que l'évolution du droit positif de la régulation consacre une conception de la régulation qui dépasse les concepts de régulation *ex ante* et de régulation *ex post*. Ainsi, le droit positif se caractérise aujourd'hui par un dépassement de la transcription de la théorie économique des réseaux, ce qui présente une portée théorique considérable.

§2. Le dépassement de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation

753. L'ensemble des éléments qui précèdent conduisent à dépasser l'hypothèse de la transcription du concept économique de régulation *ex ante* en droit positif comme offrant une définition de la notion juridique de régulation. En effet, outre la transformation des concepts d'*ex ante* et

d'*ex post*, l'évolution du droit positif démontre que celui-ci va désormais au-delà la seule transcription en droit de la théorie de l'économie des réseaux pour se diriger vers le modèle de la régulation symétrique (A). Or, l'analyse des limites de la transcription en droit des résultats de la théorie de l'économie des réseaux et le constat de son dépassement ont une véritable portée doctrinale concernant la définition juridique de la notion de régulation (B).

A. Le dépassement de la régulation asymétrique par la régulation symétrique

754. Au-delà de la transformation en droit des concepts d'*ex ante* et d'*ex post* par rapport à la façon dont ils sont entendus en économie des réseaux, il apparaît que les notions de régulation *ex ante* et de régulation *ex post*, en toute hypothèse et même prises ensemble, ne suffisent plus à rendre compte de l'évolution du rôle de l'autorité de régulation désormais conceptualisé sous le terme de régulation symétrique (1). Cette régulation vise à mettre en œuvre des règles économiques asymétriques et symétriques mais aussi de les concilier avec des impératifs non économiques (2).

1. L'émergence du concept de régulation symétrique

755. Le rapport de 2006 de l'autorité de régulation marque une rupture dans la prise en compte par l'autorité de sa propre mission, notamment en ce qu'il procède à un éloignement doctrinal définitif vis-à-vis de l'économie des réseaux¹⁸⁵⁴. En effet, l'autorité constate que la structure du marché a considérablement évolué par rapport à celle qui existait en 2002, ce qui entraîne une évolution dans la façon de concevoir et d'appréhender la mission de régulation¹⁸⁵⁵. Dès lors, si la régulation *ex ante* se maintient s'agissant des marchés de gros (a), la mission de l'autorité a vocation à dépasser ce seul cadre d'analyse (b).

a. La pérennité de la régulation asymétrique des marchés de gros

756. L'autorité de régulation estime que la régulation asymétrique, qui vise une « *forme de régulation qui impose des obligations aux seuls opérateurs puissants sur un marché donné (par exemple, France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe) afin de permettre le développement d'une concurrence pérenne* »¹⁸⁵⁶, a vocation à se maintenir en ce qui concerne les marchés de gros¹⁸⁵⁷. Cette régulation asymétrique vise bien entendu la régulation *ex ante* au sens où nous l'avons précédemment déterminé¹⁸⁵⁸.

¹⁸⁵⁴ ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2006, p. 4 et pp. 35-36. Cf. *Partie 1, Titre 1, Chapitre 2*.

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 59.

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 443.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 4, p. 86 et p. 226.

¹⁸⁵⁸ Cf. *Supra*.

De ce point de vue, l'effort doctrinal de l'autorité rejoint les résultats que nous avons précédemment obtenus. La régulation *ex ante* ne peut disparaître du fait du maintien d'éléments de monopoles naturels indépassables au niveau des marchés de gros¹⁸⁵⁹.

La régulation *ex ante* est donc une fonction pérenne et non une fonction transitoire, contrairement à l'hypothèse fondamentale du passage de la régulation *ex ante* à la régulation *ex post* de la théorie de l'économie des réseaux. Cet éloignement doctrinal de la théorie de l'économie des réseaux se poursuit en outre par l'émergence du concept de régulation symétrique.

b. La régulation symétrique

757. En effet, ainsi que le pose l'autorité de régulation dans l'effort de théorisation qu'elle réalise dans son rapport de 2006, la création d'un marché concurrentiel reposant « *sur une régulation "asymétrique"* » est « *une première étape nécessaire mais non suffisante* »¹⁸⁶⁰ de son action. Celle-ci doit en effet « *être complétée par une régulation "symétrique" pour définir les obligations s'appliquant à l'ensemble des opérateurs du marché* »¹⁸⁶¹. Cette régulation symétrique se définit alors « *comme une forme de régulation qui impose des obligations s'appliquant à l'ensemble des opérateurs sur un marché donné, afin de garantir au consommateur l'interopérabilité des réseaux, un niveau minimal de qualité de service, une information adéquate et des procédures de changement d'opérateurs fluides lui permettant de faire jouer au mieux la concurrence* »¹⁸⁶².

758. L'émergence d'une nouvelle forme de régulation, qualifiée de symétrique, sera confirmée de façon tout à fait nette dans le rapport de 2007. Sans réaliser un travail de théorisation approfondi, l'éditorial de celui-ci affirme de manière en effet qu'« *[o]uvrir un marché monopolistique à la concurrence n'était qu'une première étape, relativement aisée au vu des nouveaux défis qui attendent le régulateur* »¹⁸⁶³. La régulation asymétrique se réduit donc désormais à une première étape de la régulation, loin d'être la régulation elle-même.

Enfin, le rapport établi pour l'année 2009 vient confirmer cette évolution sur la base du nouveau paquet Télécom adopté en 2009¹⁸⁶⁴. Ces nouvelles règles sont en effet considérées

¹⁸⁵⁹ Cf. *Supra*.

¹⁸⁶⁰ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2006, pp. 225-226.

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, pp. 225-226.

¹⁸⁶² *Ibid.*, p. 443.

¹⁸⁶³ ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2007, p. 4.

¹⁸⁶⁴ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques ; *Adde* Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs.

comme allant dans le sens de l'allégement progressif de la régulation asymétrique et du renforcement de la régulation symétrique¹⁸⁶⁵. Le rapport de 2010 vient confirmer l'existence de cette régulation symétrique à côté de la régulation asymétrique consistant à analyser la pertinence *ex ante* des marchés, en prenant pour exemple le déploiement de la fibre optique¹⁸⁶⁶.

759. En somme, l'autorité de régulation consacre donc bien un dépassement de la régulation *ex ante*, et donc de la transcription juridique de la théorie de l'économie des réseaux, au profit d'une conception nouvelle et étendue de sa mission. La question se pose alors de savoir en quoi consiste concrètement cette nouvelle régulation symétrique.

2. Les fonctions de la régulation symétrique

760. Le concept de régulation symétrique se compose de deux facettes complémentaires. Il s'agit, d'une part, d'une régulation économique de type symétrique (a) et, d'autre part, d'une régulation extra-économique (b).

a. Le versant économique de la régulation symétrique

761. La régulation symétrique se compose d'abord d'un versant économique. En effet, pour l'autorité, « *d'une façon générale, l'action de l'Autorité relèvera de plus en plus d'une régulation symétrique, c'est-à-dire que les règles mises en place s'appliqueront de la même manière à tous les acteurs du marché, et non plus au seul opérateur historique ou aux acteurs "dominants" sur un segment de marché* »¹⁸⁶⁷, cela étant notamment lié à la structure de plus en plus oligopolistique du marché¹⁸⁶⁸.

Or, il s'agit bien ici d'une conceptualisation de la fonction de régulation *ex post* de l'autorité de régulation, fonction consistant à sanctionner les obligations générales s'imposant à tous les opérateurs et non plus seulement à ceux désignés comme disposant d'une puissance significative sur le marché¹⁸⁶⁹. À la régulation *ex ante*, caractérisée par son asymétrie, pérenne au minimum sur les marchés de gros, vient donc s'ajouter la régulation *ex post*, caractérisée par sa symétrie et s'imposant à l'ensemble des opérateurs du marché. Cette dernière s'impose notam-

¹⁸⁶⁵ ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2009, p. 20.

¹⁸⁶⁶ ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2010, p. 22.

¹⁸⁶⁷ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2006, p. 5.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 87.

¹⁸⁶⁹ *Cf. Supra.*

ment dans le cadre de la régulation de la fibre optique par le biais de la mutualisation¹⁸⁷⁰ et pour la terminaison d'appel¹⁸⁷¹.

762. La régulation symétrique résulte donc bien de l'existence d'une régulation sectorielle *ex post*. Cependant, elle ne s'y réduit pas pour autant. En effet, au-delà même de la régulation *ex post* de l'autorité, la régulation symétrique se compose d'un versant extra-économique qui échappe tant à la notion de régulation *ex ante* qu'à la notion de régulation *ex post*.

b. Le versant extra-économique de la régulation symétrique

763. La régulation symétrique se compose ensuite d'un versant extra-économique ordonné à la protection du consommateur¹⁸⁷². Tout d'abord, le concept de régulation symétrique permet de réintégrer les objectifs de politiques publiques contenus dans la régulation qui avaient été mis en échec par la transcription de l'économie des réseaux mais dont l'analyse démontre pourtant la pérennité¹⁸⁷³ (i). Cette conception est aujourd'hui consacrée et élargie par le biais du travail doctrinal de l'autorité de régulation qui vise à protéger toujours davantage le consommateur (ii).

i. La mise en œuvre de politiques publiques, composante fondamentale de la régulation

764. Le concept de régulation symétrique, en ce qu'il fait une part à la protection du consommateur, permet de réintégrer dans la doctrine de l'autorité un aspect qui faisait défaut suite à la transcription du modèle théorique de l'économie des réseaux, à savoir la mise en œuvre de politiques publiques.

765. Cet aspect était primordial dans le rapport de 1997. En effet, dans sa doctrine initiale, l'autorité insistait sur la conciliation entre la concurrence et le service public ou l'aménagement du territoire au bénéfice des consommateurs, la régulation s'inscrivant alors dans le cadre d'une politique publique¹⁸⁷⁴. La concurrence était alors subordonnée aux objectifs de politique publique¹⁸⁷⁵, qui visaient la satisfaction du consommateur¹⁸⁷⁶, l'emploi, l'innovation et la compétitivité¹⁸⁷⁷, l'aménagement du territoire¹⁸⁷⁸, et le service universel, considéré comme la principale composante

¹⁸⁷⁰ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2007, p. 221 ; *Adde* ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2009, p. 75 et s.

¹⁸⁷¹ ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2008, p. 164.

¹⁸⁷² ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2006, p. 226.

¹⁸⁷³ *Cf. Supra*.

¹⁸⁷⁴ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 5.

¹⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 251.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 204.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 299 et s.

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 25 et pp. 293-294.

du service public¹⁸⁷⁹. La régulation était à l'époque définie comme « le *point de cohérence entre la liberté d'entreprise laissée aux acteurs économiques et la réalisation des objectifs de la politique publique* »¹⁸⁸⁰.

Cet aspect apparaissait également dans le rapport de 2000. L'autorité considérait ici que la concurrence n'était pas une fin en soi mais seulement un moyen au service de l'intérêt des consommateurs¹⁸⁸¹. L'accent était donc mis sur la « *finalité politique et sociale* » de la régulation comme la préservation du pluralisme dans l'audiovisuel, l'aménagement du territoire, l'emploi, l'innovation et la compétitivité, la sélection et la présélection du transporteur, le contrôle de la qualité du service et de la diffusion de l'information, ou encore le service public des télécommunications composé notamment du service universel¹⁸⁸².

766. Ainsi, à deux reprises, les objectifs de politiques publiques ont été considérés comme des objectifs fondamentaux de la régulation et comme partie intégrante de la définition de celle-ci. Cette conception avait cependant été mise en échec par le processus de transcription de l'économie des réseaux¹⁸⁸³. Néanmoins, la remise en cause de l'hypothèse de la transcription juridique de l'économie des réseaux permet aujourd'hui un dépassement définitif de ce modèle et donc une intégration pérenne de la mise en œuvre de politiques publiques dans le cadre de la régulation sectorielle. C'est ainsi que le rapport de 2008 replace les objectifs de politiques publiques au premier plan. Selon l'introduction de ce rapport, dans les limites fixées par la loi, l'autorité de régulation participe à la mise en œuvre des politiques publiques définies par les autorités politiques¹⁸⁸⁴. Trois politiques publiques principales sont alors visées : le développement économique c'est-à-dire notamment le développement des réseaux, l'aménagement du territoire et enfin la protection des intérêts des consommateurs¹⁸⁸⁵. Ce dernier objectif, nouveau, peut faire l'objet d'une attention particulière.

ii. La promotion de la protection du consommateur dans la régulation symétrique

767. Le concept de régulation symétrique, s'il permet d'intégrer les objectifs de politique publique précités, se concentre aujourd'hui sur la protection du consommateur. Dans le cadre de la régulation, celle-ci ne se réalise pas par l'intermédiaire du droit de la consommation appliqué lors d'un litige individuel, l'autorité étant incompétente de ce point de vue¹⁸⁸⁶, mais par l'intermédiaire d'autres dispositifs juridiques, en amont des réclamations individuelles, visant notamment à la

¹⁸⁷⁹ ART, *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 4 et p. 287.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 251.

¹⁸⁸¹ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2000, pp. 74-75.

¹⁸⁸² *Ibid.*, p. 75.

¹⁸⁸³ *Cf. Supra.*

¹⁸⁸⁴ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2008, p. 27.

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*, pp. 27-28.

¹⁸⁸⁶ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2006, p. 226.

bonne circulation des informations et à la surveillance des contrats¹⁸⁸⁷.

L'autorité de régulation fait alors référence dans son rapport de 2006 aux objectifs suivants: bonne information des consommateurs, portabilité des numéros¹⁸⁸⁸, suivi des clauses contractuelles, encadrement des services de renseignements téléphoniques, mise à disposition des listes d'abonnés et de l'annuaire universel¹⁸⁸⁹, encadrement des services à valeur ajoutée¹⁸⁹⁰, ou encore garantie de la qualité du service¹⁸⁹¹ et de l'interopérabilité des réseaux¹⁸⁹², pour la mise en œuvre desquels l'autorité de régulation utilise l'ensemble des outils juridiques mis à sa disposition.

En somme, la régulation tend donc à consacrer de manière de plus en plus étroite les impératifs extra-économiques et notamment la protection du consommateur en tant qu'éléments constitutifs fondamentaux du concept de régulation symétrique. L'évolution récente du droit positif est venue confirmer cette transformation du rôle de l'autorité.

768. En effet, c'est dans le sens du renforcement de la régulation symétrique dans son aspect de protection du consommateur que tend, ainsi que l'a souligné l'ARCEP dans son rapport de 2009¹⁸⁹³, la nouvelle directive 2009/136.

Celle-ci prévoit d'abord la possibilité d'étendre le champ du service universel¹⁸⁹⁴ et renforce les obligations minimales pesant sur les opérateurs concernant la localisation pour les plates-formes d'urgence¹⁸⁹⁵, l'accès aux renseignements par SMS¹⁸⁹⁶, etc. Mais, surtout, elle va dans le sens précité en donnant à l'autorité de régulation un rôle de tout premier plan concernant la circulation des informations puisque celle-ci peut exiger des opérateurs l'amélioration de la transparence par la mise en place de guides tarifaires et par l'amélioration de la connaissance des

¹⁸⁸⁷ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2006, p. 226.

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 247 et s. L'autorité utilise pour promouvoir ce principe l'ensemble des instruments mis à sa disposition, notamment son pouvoir de sanction. *V.*, notamment l'ensemble des sanctions du Directeur général de l'Arcep en date du 23 mars 2009.

¹⁸⁸⁹ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2006, p. 239 et s. Cette obligation est prévue à l'article L. 34 du Code des postes et des communications électroniques et est sanctionnée par le biais du pouvoir de règlement de différends (*V.*, ART, Décision n° 03-1038 précitée ; *Adde* ARCEP, Décision n° 06-0510 précitée ; *Adde* Décision n° 06-1179 de l'Arcep en date du 28 novembre 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Coordialis et Free SAS) et du pouvoir de sanction (*V.*, ART, Décision n° 02-0034 précitée).

¹⁸⁹⁰ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2006, pp. 257-259. L'autorité de régulation a proposé, pour les problèmes relevant de sa compétence, « une régulation symétrique des relations inter-opérateurs », et donc en dehors de toute analyse de marché, la création d'une obligation de faire droit dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires aux demandes raisonnables d'accessibilité des numéros de service à valeur ajoutée imposées aux opérateurs.

¹⁸⁹¹ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2006, p. 5, p. 88, p. 226, etc. Il s'agit ici de la reprise de principes posés précédemment par l'autorité (Décision n° 00-0030 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Télécom Développement et France Télécom relatif à la sécurisation des interconnexions aux commutateurs d'abonnés du réseau de France Télécom) et ensuite confirmés par le Code qui donne compétence à l'autorité de régulation pour établir les indicateurs de qualité du service et décider de leur éventuelle publication par l'intermédiaire de son pouvoir réglementaire (CPCE, article D. 98-4).

¹⁸⁹² ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2006, p. 225. *Cf. Supra.*

¹⁸⁹³ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2009, p. 20.

¹⁸⁹⁴ Directive 2009/136 précitée, § 5 de l'exposé des motifs.

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*, § 23 de l'exposé des motifs.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*, article 23.

conditions contractuelles¹⁸⁹⁷. En outre, l'autorité de régulation voit augmenter son pouvoir d'imposer des exigences de qualité minimale de service¹⁸⁹⁸. Ainsi, le rapport de l'ARCEP de 2010 confirme l'importance croissante de la protection des consommateurs au sein de la mission de l'autorité et fait état de la transposition prochaine de ces mécanismes en droit interne¹⁸⁹⁹.

En effet, l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 a créé de nouveaux dispositifs visant à renforcer l'action de l'autorité de régulation dans la protection du consommateur. Elle a ainsi inséré un nouvel alinéa à l'article L. 36-6 CPCE consacrant le pouvoir pour l'ARCEP de fixer des exigences minimales de qualité de service afin « *de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux* »¹⁹⁰⁰. En outre, l'ARCEP dispose désormais du pouvoir de fixer les principes de tarification et les prix maximums applicables aux numéros surtaxés¹⁹⁰¹. Par ailleurs, elle dispose également du pouvoir de prévoir des restrictions aux types de technologies utilisées dans la bande de fréquences si cela est nécessaire à la mise en œuvre de l'intérêt général et notamment à la protection des consommateurs¹⁹⁰² et du pouvoir d'imposer des restrictions à des services voire d'imposer des services si cela est nécessaire à la sauvegarde de la vie humaine et à la promotion de la cohésion sociale, régionale ou territoriale, notamment¹⁹⁰³. Au demeurant, il peut être noté que cette ordonnance procède à un certain nombre de modifications du Code de la consommation¹⁹⁰⁴ et adopte un certain nombre de dispositions visant à renforcer la protection des données personnelles¹⁹⁰⁵.

769. En définitive, il résulte des éléments qui précèdent que la doctrine de l'autorité de régulation s'est progressivement éloignée de la théorie de l'économie des réseaux, ce qui est une évolution logique au regard des limites affectant la transcription de cette théorie économique en droit de la régulation. Or, la démonstration des limites de la transcription en droit du concept de régulation *ex ante* de l'économie des réseaux et le constat de son dépassement ont une portée doctrinale considérable.

B. La portée doctrinale du dépassement de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation

770. Les éléments de droit positif et de doctrine institutionnelle qui précèdent ont une portée réelle du point de vue doctrinal en ce qu'ils permettent de résoudre un certain nombre des ques-

¹⁸⁹⁷ Directive 2009/136 précitée, § 32 de l'exposé des motifs.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, § 33 de l'exposé des motifs.

¹⁸⁹⁹ ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2010, pp. 22-23 et pp. 109-114.

¹⁹⁰⁰ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 16.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, article 27, modifiant l'article L. 44 CPCE.

¹⁹⁰² *Ibid.*, article 25 insérant un article L. 42-2. II CPCE.

¹⁹⁰³ *Ibid.*, article 25 insérant un article L. 42-2. III CPCE.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, articles 32 à 36.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, articles 37 à 39.

tions de droit divisant la doctrine universitaire s'agissant de la définition de la régulation. Ils permettent ainsi d'infirmer les définitions de la régulation construites implicitement ou explicitement par référence à l'économie des réseaux (1). Au contraire, ils vont dans le sens des acceptions qui voient dans la régulation une fonction de conciliation, l'analyse n'étant cependant pas suffisamment aboutie à ce stade pour donner définitivement raison à ce type d'œuvres de définition de la régulation (2).

1. La portée doctrinale négative du dépassement de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation

771. Les éléments précédents démontrent que les conceptions doctrinales réalisant une réception absolue de l'économie des réseaux ne sont pas correctes (a). Ils permettent en outre de rejeter les conceptions doctrinales opposant trop nettement la régulation sectorielle et le droit de la concurrence sur le fondement de la distinction entre régulation *ex ante* et régulation *ex post* (b).

a. L'infirmer des définitions opérant une réception de l'économie des réseaux

772. Sans qu'il soit nécessaire de revenir ici de façon approfondie sur les œuvres de définition de la régulation se caractérisant par une réception de l'économie des réseaux¹⁹⁰⁶, il est possible au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent de conclure à leur invalidité d'un point de vue juridique. En effet, l'analyse des limites de la transcription en droit de la théorie de l'économie des réseaux permet de répondre à certaines questions de droit opposant la doctrine dans la définition de la régulation¹⁹⁰⁷.

773. En premier lieu, la réponse apportée à la question de savoir si la fonction de régulation est une fonction ayant pour objet d'ouvrir à la concurrence un secteur autrefois exploité sous monopole public, comme le soutiennent Pierre Delvolvé ou Yves Gaudemet notamment¹⁹⁰⁸, est clairement négative. La régulation n'est pas une fonction ne visant qu'à ouvrir à la concurrence un secteur donné, dans la mesure où elle comprend également un aspect extra-économique. Cette question de droit doit donc être considérée comme résolue.

¹⁹⁰⁶ Cf. *Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.*

¹⁹⁰⁷ Cf. *Introduction.*

¹⁹⁰⁸ V., par exemple GAUDEMET Y., « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », *in La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, pp. 13-16 ; *Adde* GAUDEMET Y., *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 19^{ème} Ed., 2010, pp. 389-391 ; *Adde* DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, p. 42 et pp. 561-562 ; *Adde* RAPP L., « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *article précité*, pp. 2047-2058 ; *Adde* RICHER L., « Droit d'accès et service public », *AJDA*, 2006, p. 74.

774. En second lieu, la réponse à la question de savoir si la fonction de régulation est une fonction transitoire, comme le soutiennent également certains auteurs¹⁹⁰⁹, notamment en matière de communications électroniques¹⁹¹⁰, est sans aucun doute négative. La régulation est une fonction pérenne pour des raisons tenant à la fois aux caractéristiques économiques du secteur et aux impératifs d'intérêt général, dont la mise en œuvre relève de la politique publique, qui le grèvent.

Théoriquement, cela n'exclut pas que la régulation sectorielle soit un jour intégrée à la régulation concurrentielle, mais cela signifierait alors sa survie substantielle au sein d'un droit de la concurrence qui n'aurait plus rien à voir avec la régulation *ex post* de l'économie des réseaux du point de vue économique, et qui devrait intégrer en son sein la réalisation des objectifs extra-économiques portés par la régulation. Une telle solution semble peu probable.

775. L'analyse permet donc d'infirmer certaines définitions de la régulation en répondant aux questions de savoir si la régulation a pour seul objet l'ouverture à la concurrence d'un secteur économique et si la régulation est une fonction provisoire, dans un sens négatif. En outre, elle permet d'infirmer les conceptions de la régulation qui, conformément au modèle de l'économie des réseaux, opposent trop radicalement la régulation sectorielle et le droit de la concurrence sur le fondement de la distinction entre régulation *ex ante* et régulation *ex post*.

b. L'infirmer des définitions opposant radicalement le droit de la régulation et le droit de la concurrence

776. Les différences entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence constituent un point de clivage très important dans la doctrine visant à définir la régulation (i). La démonstration des limites de la transcription de la théorie de l'économie des réseaux en droit permet de répondre à cette question de droit (ii).

¹⁹⁰⁹ *V.*, par exemple GAUDEMET Y., « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, article précité, pp. 13-16 ; *Adde* GAUDEMET Y., *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 389-391 ; *Adde* DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, *op. cit.*, p. 42 et pp. 561-562 ; *Adde* RAPP L., « Le droit des communications entre réglementation et régulation », article précité, pp. 2047-2058 ; *Adde* RICHER L., « Droit d'accès et service public », article précité, p. 74.

¹⁹¹⁰ *V.*, par exemple FRISON-ROCHE M.-A., « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *op. cit.*, p. 40 ; *Adde* CRAMPES C., « Les outils des régulations économiques *ex ante* et *ex post* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 130 ; *Adde* LAROUCHE P., « Contrôle *ex ante* et *ex post*. Possibilités et contraintes en droit national, à la lumière de l'expérience néerlandaise », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 95-108.

i. Le débat autour de l'opposition entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence

777. L'opposition entre la régulation et le droit de la concurrence donne lieu à un intense débat doctrinal. Certains auteurs considèrent ainsi que le droit de la concurrence s'oppose à la régulation sectorielle, tandis que d'autres nient qu'il existe entre ces deux formes d'intervention une opposition frontale¹⁹¹¹.

778. La conception d'une opposition franche entre le droit de la régulation d'une part et le droit de la concurrence d'autre part a été portée notamment par Marie-Anne Frison-Roche, tant sur le fondement de la différence d'objet que de la différence de méthodes¹⁹¹².

En premier lieu, régulation et droit de la concurrence se distinguent par leur objet. Ainsi, le droit de la régulation vise ces « secteurs ouverts partiellement à la concurrence et dont il faut maintenir de force les équilibres entre la concurrence et autre chose que la concurrence », et se distingue du droit de la concurrence car il s'agit de construire et de maintenir la concurrence et non pas simplement, comme le droit de la concurrence, « d'un droit qui la garde simplement en l'état »¹⁹¹³. Marie-Anne Frison-Roche distingue donc clairement le droit de la régulation et le droit de la concurrence en ce que le premier construit la concurrence alors que le second ne fait que la maintenir en l'état. De ce point de vue, il est significatif de souligner que cet effort de définition a sans doute été inspiré par le rapport de l'autorité de régulation de 2000 selon lequel la régulation se spécifie par le fait qu'« alors même que le droit de la concurrence s'attache à garder en l'état la concurrence, le droit des télécommunications vise à l'inciter, à la construire et à la maintenir »¹⁹¹⁴.

En second lieu, le droit de la régulation se caractérise par une spécificité méthodologique, notamment par rapport au droit de la concurrence. La méthode du droit de la régulation est « gouvernée par les objectifs », téléologique et concrète, caractérisée par l'évolutivité et la réactivité du droit, le cumul des fonctions de réglementation et de sanction, l'impartialité, la transparence et la proportionnalité¹⁹¹⁵. Il existe bien une spécificité technique et temporelle de la régulation¹⁹¹⁶.

¹⁹¹¹ Cf. Introduction.

¹⁹¹² V., également BABUSIAUX C., « La conception de la régulation dans la réforme du droit de la concurrence par la loi N.R.E », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, pp. 11-16 ; Adde COHEN-TANUGI L., « L'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence », LPA, 10 juillet 1998, n°82, p. 26 ; Adde BAZEX M., « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », *article précité*, pp. 37-44.

¹⁹¹³ FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, pp. 4-5.

¹⁹¹⁴ ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2000, p. 90.

¹⁹¹⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », *op. cit.*, p. 5.

¹⁹¹⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *op. cit.*, pp. 33-48.

779. Une telle conception de la régulation a été vivement critiquée par Laurence Boy, donnant lieu à un débat resté célèbre en droit de la régulation¹⁹¹⁷. L'auteur critique une conception « à la fois trop étroite et trop large » de la régulation, contestant notamment le fait que le droit de la régulation sectorielle et le droit de la concurrence s'opposeraient par la construction des marchés, dans la mesure où ce dernier, « [l]oin de "garder la concurrence en l'état", (...) ne cesse[...] jour après jour de construire les jeux de la concurrence sur des marchés totalement différents les uns des autres », constatant ainsi l'absence de pertinence d'une « coupure étanche entre construction de la concurrence et surveillance de cette dernière »¹⁹¹⁸. En effet, des pratiques telles que la théorie des facilités essentielles et les nouveaux règlements d'exemption relatifs aux relations verticales dans la distribution ont pour objet de construire la concurrence¹⁹¹⁹.

En somme, Laurence Boy considère qu'il n'existe pas, tant du point de vue de l'objet que du point de vue des méthodes, de distinction radicale entre le droit de la régulation d'une part et le droit de la concurrence d'autre part.

780. Ainsi, la question de l'opposition entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence est une question de droit importante qui divise la doctrine dans le débat relatif à la définition de la régulation. Or, celle-ci trouve sa résolution dans la démonstration des limites de la transcription de la théorie de l'économie des réseaux en droit de la régulation.

ii. Un débat résolu par la démonstration des limites de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation

781. Le débat sur l'opposition entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence peut être au moins partiellement résolu par l'analyse des rapports entre l'économie des réseaux et le droit positif. En effet, ce débat renvoie à la question de la transcription en droit de la distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post*.

Or, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que la distinction entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post* doit être très largement relativisée en droit. En effet, il a été démontré qu'il existe d'une part une régulation concurrentielle *ex ante*, dont l'objet et les méthodes se rapprochent de la régulation sectorielle *ex ante*, et d'autre part une régulation sectorielle *ex post*, dont l'objet et les méthodes se rapprochent du droit de la concurrence. En droit de la régulation, la distinction entre *ex ante* et *ex post* désigne des différences de procédure davantage que des différences de nature entre régulation sectorielle et droit de la concurrence.

¹⁹¹⁷ BOY L., « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.* 2001, pp. 3031-3033.

¹⁹¹⁸ *Ibid.*

¹⁹¹⁹ BOY L., « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *article précité*, pp. 1737-1738.

782. Dès lors, il ne semble pas que l'on puisse distinguer aussi radicalement le droit de la régulation et le droit de la concurrence sur le fondement de leur objet et de leurs méthodes respectifs. Au sens du débat précédent, la différence entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence relève sans doute davantage d'une différence de degré que d'une différence de nature.

La question de savoir s'il faut distinguer radicalement droit de la régulation et droit de la concurrence sur ce fondement semble donc trouver une réponse négative. De ce point de vue, la définition de Marie-Anne Frison-Roche se trouve par conséquent infirmée.

Cependant, cette analyse ne permet pas de répondre à ce stade à l'argument porté par d'autres auteurs consistant à séparer droit de la concurrence et droit de la régulation sur le fondement de la prise en charge ou non d'impératifs d'intérêt général¹⁹²⁰.

783. En définitive, l'étude des rapports entre la théorie de l'économie des réseaux et le droit de la régulation permet de répondre à certaines questions de droit divisant la doctrine et ainsi de rejeter certaines œuvres de définitions de la régulation qui, le plus souvent implicitement, ont été construites par référence à cette théorie économique.

En outre, plus positivement, les éléments qui précèdent permettent au contraire de conforter les définitions de la régulation qui voient en elle une fonction de conciliation, même s'ils sont insuffisants en tant que tels pour proposer une nouvelle définition juridique de la régulation sur la base de l'étude des rapports entre le droit et l'économie.

2. La portée doctrinale positive du dépassement de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation

784. Les éléments qui précèdent, et notamment l'émergence du concept de régulation symétrique, viennent renforcer les œuvres de définition de la régulation qui l'envisagent en tant que fonction de conciliation (a). Cependant, à ce stade, l'analyse, conduisant au constat d'une transcription limitée de l'analyse économique du droit en droit de la régulation, ne permet pas de définir positivement la régulation sur la base de l'étude des rapports entre le droit et l'économie et doit donc être poursuivie (b).

¹⁹²⁰ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Editions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, p. 90.

a. Le renforcement des doctrines de la régulation comme fonction de conciliation

785. Une partie de la doctrine universitaire voit dans la régulation non pas une fonction à vocation strictement économique, mais plus largement une fonction visant à la conciliation d'impératifs économiques et non économiques. Or, ce sont ces définitions qui sortent renforcées de l'émergence du concept de régulation symétrique.

786. Il faut d'abord citer ici la définition de Marie-Anne Frison-Roche, dont la portée est d'une très grande importance en droit de la régulation. Pour celle-ci, la régulation est « *l'appareillage juridique qui crée et maintient des équilibres dans des secteurs spécifiques qui ne peuvent les créer ou maintenir par leur propre force, cet équilibre s'établissant le plus souvent entre un principe de concurrence et des principes anticoncurrentiels ou anticoncurrentiels* »¹⁹²¹. Cette définition apparaît tout à fait compatible avec le concept de régulation symétrique tel que dégagé ci-dessus, ainsi qu'avec les règles de droit positif relatives à la prise en compte d'objectifs de politique publique.

On peut par ailleurs dire la même chose de la définition de Martine Lombard, selon laquelle la régulation est « *la fonction tendant à réaliser certains équilibres entre la concurrence et d'autres impératifs d'intérêt général, à veiller à des équilibres que le marché ne peut produire à lui seul* »¹⁹²².

787. La définition proposée par Gérard Marcou est peut-être plus proche encore de ces éléments. Selon cet auteur, la régulation est « *une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel* »¹⁹²³. L'auteur identifie alors quatre objectifs non économiques poursuivis par la régulation : la réalisation des droits fondamentaux, le service public entendu dans un sens large, les objectifs tenant au développement durable et enfin la protection des consommateurs¹⁹²⁴. Dès lors, la pérennité de la fonction de régulation est « *structurellement liée à la nécessité de garantir la satisfaction de certains intérêts collectifs également dans le cadre du marché* »¹⁹²⁵.

Or, il est frappant de constater la pertinence de cette définition au regard des éléments de

¹⁹²¹ FRISON-ROCHE M.-A., « Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *op. cit.*, p. 37. *V.*, également par exemple FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 13.

¹⁹²² LOMBARD M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, pp. 531-532.

¹⁹²³ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 349 ; *Adde* MARCOU G., « Introduction », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 11-27 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 11-85 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 29-142.

¹⁹²⁴ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 350.

¹⁹²⁵ MARCOU G., « Introduction », *op. cit.*, p. 16.

droit positif et des conceptions doctrinales institutionnelles relevés précédemment, s'agissant notamment de la réalisation du service public et de la protection du consommateur. Ainsi, cette définition apparaît confortée par l'analyse.

788. En définitive, la démonstration des limites de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation et finalement du dépassement de celle-ci permet d'apprécier de manière critique la pertinence respective des différentes œuvres de définition de la régulation. Elle permet tout d'abord d'infirmer certaines définitions de la régulation, celles qui procèdent à une réception implicite ou explicite de la théorie de l'économie des réseaux. Elle permet ensuite de conforter d'autres définitions de la régulation, celles qui voient en elle une fonction de conciliation entre des impératifs économiques et non économiques.

Un tel résultat est tout à fait significatif théoriquement car il démontre que l'étude des rapports entre le droit et l'économie peut apporter à la construction de la définition juridique de la régulation. Cependant, à ce stade, l'analyse reste insuffisante. Il faut donc la poursuivre.

b. Une analyse cependant insuffisante

789. L'analyse du droit positif permet donc de remettre en cause l'hypothèse de la transcription en droit du modèle de l'économie des réseaux. Cependant, ce résultat est insuffisant tant du point de vue théorique (i) que du point de vue technique (ii).

i. Une analyse insuffisante d'un point de vue théorique

790. D'une part, l'analyse est à ce stade insuffisante d'un point de vue théorique, d'abord parce qu'elle est incomplète et ensuite parce qu'elle est essentiellement négative.

Tout d'abord, l'analyse est incomplète car elle ne permet pas de répondre à toutes les questions de droit posées concernant la définition de la régulation. Elle ne permet ainsi pas de résoudre les questions relatives au rapport de la régulation avec de nouvelles formes de normativité, à la distinction entre la régulation et la police, au nombre de critères qu'il faut admettre pour la définir, à la détermination de son champ exact ou encore à la question de savoir si le droit de la régulation constitue ou non une branche du droit autonome. De nombreuses questions de droit restent donc en suspens et il est nécessaire de poursuivre l'analyse aux fins de les résoudre.

Ensuite, l'analyse est essentiellement négative. En effet, elle conduit au constat de la contrariété entre le droit et la théorie économique, alors que l'hypothèse de la présente recherche est qu'il est possible de construire une définition de la régulation sur la base de l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique. L'analyse ne permet donc pas à ce stade de proposer une défini-

tion positive de la régulation exacte juridiquement mais aussi pertinente économiquement. Elle n'a donc pas encore atteint son objectif.

791. Il est donc nécessaire d'aller plus loin dans l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique afin d'apporter des réponses aux problèmes de définition de la régulation. Poursuivre l'analyse est donc indispensable d'un point de vue théorique. Cela est en outre nécessaire d'un point de vue technique.

ii. Une analyse insuffisante d'un point de vue technique

792. D'autre part, une analyse plus poussée des rapports entre le droit et la théorie économique apparaît nécessaire d'un point de vue technique en ce qui concerne spécifiquement le droit des communications électroniques.

793. En effet, il est aujourd'hui possible de mettre en évidence un certain nombre de défauts du cadre réglementaire actuel. De ce point de vue, le travail réalisé par Théodore Galanis, qui a effectué la première analyse critique d'envergure du cadre réglementaire des communications électroniques et de son rapport avec le droit de la concurrence¹⁹²⁶, est intéressant.

Tout d'abord, il est vrai que le droit des communications électroniques présente aujourd'hui un certain nombre d'incohérences, notamment au regard de la façon dont il a été conçu au départ. Il apparaît effectivement que la puissance significative sur le marché est aisée à qualifier en raison de la segmentation fine des marchés à un élément de réseau, et que l'existence d'une facilité essentielle, les économies d'échelle, les coûts irrécupérables, constituent encore des éléments clés de l'analyse¹⁹²⁷. Il est également exact que l'application des trois critères de qualification d'un marché pertinent *ex ante* n'est pas toujours faite de manière approfondie et qu'ainsi, le critère de la progression vers la concurrence, voire celui d'insuffisance du droit de la concurrence, sont souvent négligés et considérés comme remplis dès lors que le critère des barrières à l'entrée se trouve rempli lui-même¹⁹²⁸. Il est possible en outre d'ajouter à une autre faiblesse logique du cadre réglementaire. En effet, il existe une certaine redondance, peu satisfaisante, entre les critères *rationae materiae* et *rationae personae* de la pertinence *ex ante* des marchés, car ils sont tous deux très largement fondés sur le monopole naturel¹⁹²⁹. Le droit positif est donc imparfaitement structuré.

Ensuite, il est exact que le droit positif des communications électroniques pose un certain nombre de problèmes économiques et juridiques. Notamment, il est vrai que l'application de la régulation *ex ante* aux marchés émergents pose des problèmes en termes d'investissement¹⁹³⁰,

¹⁹²⁶ GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, op. cit., pp. 176-227.

¹⁹²⁷ *Ibid.*, pp. 195-199.

¹⁹²⁸ *Ibid.*, pp. 202-205.

¹⁹²⁹ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.*

¹⁹³⁰ GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, op. cit., pp. 185-195.

comme nous l'avons souligné¹⁹³¹. Également, il faut souligner que la coexistence de nombreuses procédures *ex ante* et *ex post* différentes est source de désordre et donc d'insécurité juridique. Le droit positif présente donc un certain nombre d'effets pervers qu'il serait pertinent de corriger.

794. En somme, il semble effectivement exister un problème de conception du droit positif. Or, l'apport de l'étude des rapports entre le droit et l'économie est tout à fait significatif de ce point de vue puisqu'elle permet d'expliquer ce problème de conception. En effet, il en ressort que le droit positif a été construit sur la base de la transcription d'une théorie économique donnée, l'économie des réseaux, dont les hypothèses et les résultats ne survivent finalement pas aux évolutions du droit positif ainsi qu'à l'application du droit aux contraintes bien réelles du secteur des communications électroniques. C'est donc la structuration initiale du droit positif selon une théorie économique finalement contestable qui explique ces défauts.

795. La question se pose alors de savoir comment il faut réagir à ces défauts. De ce point de vue, les partisans du modèle de l'économie des réseaux ont une réponse toute trouvée. Il suffirait pour les résoudre, et c'est la position de Théodore Galanis, de passer au droit commun de la concurrence¹⁹³². Cependant, cette position est contestable.

En premier lieu, conformément à ce qui a été démontré précédemment, les partisans du passage au droit commun de la concurrence sont contraints d'admettre que la régulation sectorielle devra continuer à s'exercer, même de manière exceptionnelle, sur les éléments restants de défaillance de marché, comme le spectre hertzien, la boucle locale, les listes d'abonnés, et les terminaisons d'appel fixe et mobile¹⁹³³. Ainsi, ces auteurs, parmi lesquels Théodore Galanis, sont bien obligés d'admettre le caractère pérenne de la régulation en raison de l'existence de monopoles naturels dans le cadre de la régulation symétrique¹⁹³⁴, en plus de l'aspect extra-économique de la régulation sectorielle qui s'impose également à ceux¹⁹³⁵.

En deuxième lieu, un certain nombre de points sont mal traités par les partisans du passage au droit commun de la concurrence, et notamment par Théodore Galanis. Ainsi, en ce qui concerne l'analyse du développement technologique, celle-ci ne rend pas réellement compte des risques de reconstitution du monopole naturel qui caractérisent ce domaine et de la portée vis-à-vis du droit de la concurrence des solutions¹⁹³⁶, ne relevant ni de la régulation *ex ante* ni du droit de la concurrence, qui ont été adoptées¹⁹³⁷.

En troisième lieu, cette doctrine est bien en peine d'expliquer, au regard de ses hypo-

¹⁹³¹ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1*.

¹⁹³² GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, *op. cit.*, pp. 429-550.

¹⁹³³ *Ibid.*, pp. 513-521.

¹⁹³⁴ *Ibid.*, pp. 531-534.

¹⁹³⁵ *Ibid.*, pp. 535-538.

¹⁹³⁶ *Ibid.*, pp. 521-531.

¹⁹³⁷ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 1*.

thèses, les positions de la Commission européenne s'agissant de l'itinérance internationale ou de la nouvelle séparation verticale des réseaux, c'est-à-dire de l'ensemble des dispositifs nouveaux qui s'expliquent par la persistance de maillons de monopole naturel¹⁹³⁸.

796. En toute hypothèse, enfin, cette doctrine ne tire pas toutes les conséquences de la transformation en cours du droit de la concurrence qu'elle constate. Certes, il est vrai que le droit de la concurrence dispose aujourd'hui de plus en plus d'outils permettant de réaliser une intervention analogue au droit de la régulation sectorielle, et que son action a été utile sur de nombreux aspects¹⁹³⁹. Cependant, cette évolution se fait au détriment de la conception initiale du droit de la concurrence, ce que Théodore Galanis est d'ailleurs amené à regretter au nom d'une conception plus libérale et plus spontanée de la concurrence¹⁹⁴⁰.

En effet, cet hypothétique passage au droit commun de la concurrence ne serait de toutes les manières rendu possible que par les évolutions du droit de la concurrence qui le rapprochent en réalité toujours davantage de la régulation sectorielle, comme le phénomène de la contractualisation du droit de la concurrence par le biais de la procédure d'engagement¹⁹⁴¹, l'édiction d'instruments de *soft law*¹⁹⁴², l'utilisation du contrôle des concentrations¹⁹⁴³, de la théorie des facilités essentielles¹⁹⁴⁴, etc. Ainsi, il est clair que l'on constate aujourd'hui, ainsi que nous l'avons souligné précédemment¹⁹⁴⁵, une évolution qui, loin d'aller dans le sens d'un rapprochement du droit de la régulation sectorielle vers le droit de la concurrence, s'opère à l'inverse du droit de la concurrence vers la régulation sectorielle¹⁹⁴⁶. Dès lors, même si l'on admet l'importance croissante du droit de la concurrence en droit de la régulation, force est de constater que celle-ci se fait au prix d'une transformation du droit de la concurrence lui-même qui ne ressemble plus guère au concept de régulation *ex post* de l'économie des réseaux, ce dernier se transformant alors en une véritable régulation concurrentielle rendue nécessaire par les spécificités du secteur.

797. Néanmoins, si la solution aux problèmes posés par la cadre réglementaire des communications ne se trouve pas dans le passage au droit commun de la concurrence, la question se pose de savoir comment ils pourraient être résolus. De ce point de vue, il est possible de soutenir que le droit des communications pourrait être largement repensé et reconstruit selon un tout autre

¹⁹³⁸ GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, *op. cit.*, pp. 222-227.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, pp. 531-534.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 272-280.

¹⁹⁴¹ *Ibid.*, pp. 250-252 et pp. 441-452.

¹⁹⁴² *Ibid.*, pp. 252-257.

¹⁹⁴³ *Ibid.*, pp. 264-267 et pp. 491-495.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 453-488.

¹⁹⁴⁵ *Cf. Supra.*

¹⁹⁴⁶ RAPP L., « Le droit de la concurrence dans le secteur des communications électroniques, entre modernité et modernisation », *op. cit.*, pp. 457-458 ; Adde GOSSET-GRAINVILLE A., « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », *op. cit.*, pp. 157-159.

modèle, fondé sur la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle, s'inscrivant dans le cadre plus large d'une analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation.

Conclusion du Chapitre 2nd

798. L'analyse démontre donc que le droit positif des communications électroniques ne réalise finalement pas, contrairement à ce qu'il ressort d'une première analyse de son discours, la transcription fidèle des résultats de l'économie des réseaux. Ainsi, si les concepts de régulation *ex ante* et *ex post* existent et structurent partiellement le droit de la régulation, ils ne désignent que des procédures, au demeurant sensiblement différentes du modèle de l'économie des réseaux, et ne peuvent prétendre définir la notion de régulation en droit. Les notions de régulation *ex ante* et *ex post* en droit et en théorie économique ne signifient pas la même chose, ne se situent pas au même niveau et n'ont donc pas la même portée.

D'une part, le concept de régulation *ex post* ne rend pas correctement compte du droit commun de la concurrence qui, loin de se contenter d'intervenir *a posteriori* pour sanctionner les comportements déviants d'entreprises évoluant sur un marché déjà concurrentiel, participe au contraire en permanence de la construction même des marchés. Substantiellement, il existe donc une régulation *ex ante* mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence, et il n'est pas rare que la régulation *ex ante* soit intervenue par le droit de la concurrence avant d'intervenir par la régulation sectorielle. En outre, il existe une évolution formelle du droit de la concurrence, puisque les techniques utilisées ne cessent de se rapprocher de celles des autorités de régulation sectorielle. En somme, l'évolution du droit positif semble prendre le contre-pied du modèle de l'économie des réseaux, dans la mesure où l'on constate davantage un rapprochement de l'Autorité de la concurrence de l'autorité de régulation sectorielle, plutôt que l'inverse.

D'autre part, le concept de régulation *ex ante* ne rend pas compte correctement du droit de la régulation sectorielle. D'abord, loin de se contenter d'une intervention structurelle *a priori*, le droit de la régulation sectorielle tend aujourd'hui à assurer une fonction *a posteriori*, ce que traduit l'émergence d'une régulation sectorielle *ex post*, qui s'exerce par le biais du pouvoir de règlement de différends et du pouvoir de sanction. En outre, fonctionnellement, la régulation *ex post* peut conduire au même résultat que la régulation *ex ante*, seules les procédures suivies étant différentes. Ensuite, le concept de régulation *ex ante* ne permet pas de rendre compte de l'évolution du droit positif qui étend sans cesse les attributions des autorités de régulation du point de vue extra-économique, évolution qui assure de la pérennité de leur fonction et les éloigne toujours plus du modèle de l'économie des réseaux. C'est ce que traduit le dépassement de la régulation asymétrique par la nouvelle régulation symétrique prônée par l'autorité de régulation.

Or, la portée théorique de ces résultats est immédiate puisque ces derniers permettent de rejeter toutes les définitions de la régulation construites consciemment ou inconsciemment sur la base de la transcription de l'économie des réseaux et donc de l'analyse économique du droit en droit de la régulation. Au contraire, ils conduisent négativement à privilégier les autres œuvres de définition de la régulation, notamment les doctrines de la conciliation.

Conclusion du Titre 2nd

799. Une analyse plus fine du droit des communications électroniques vient donc contredire la position portée par le discours du droit positif et d'une partie de la doctrine, selon lequel la régulation des communications électroniques doit être analysée, *in fine*, comme la mise en œuvre de l'analyse économique du droit, prise en sa branche spécifique de l'économie des réseaux.

D'une part, la transcription des hypothèses de l'économie des réseaux en droit apparaît finalement très limitée. Le droit positif consacre l'existence de monopoles naturels ainsi que d'autres défaillances de marché, comme les ressources rares, les problèmes d'investissement, les impératifs d'intérêt général, et nie l'existence de l'effet de club. Tous ces éléments, loin de conduire à la disparition progressive de la régulation sectorielle, appellent au contraire au maintien de celle-ci et plus largement au maintien de politiques publiques dans ce secteur. Ils conduisent donc à contredire les résultats de l'économie des réseaux.

D'autre part, en effet, la transcription des résultats de l'économie des réseaux se trouve également limitée, tant en ce que le droit commun de la concurrence ne se résume pas à la régulation *ex post* qu'en ce que la régulation sectorielle ne se réduit pas à la régulation *ex ante*. Cela ne signifie pas que ces notions n'aient aucune portée, mais elles ne désignent finalement que des procédures, au demeurant sensiblement différentes du modèle d'origine, loin de leur vocation initiale consistant à conceptualiser respectivement le droit de la concurrence et la régulation sectorielle. Par ailleurs, le droit de la régulation sectorielle ne cesse de s'éloigner du modèle de la théorie de l'économie des réseaux, au profit d'autres modalités d'action dont cette théorie économique ne permet pas de rendre compte, évolution traduite aujourd'hui par le concept de régulation symétrique.

Dès lors, c'est bien au constat d'une transcription limitée de l'analyse économique du droit en droit de la régulation que conduit finalement l'analyse. Or, un tel résultat a pour conséquence théorique immédiate de remettre en cause l'idée selon laquelle la régulation se définit conformément aux principes posés par l'économie des réseaux, c'est-à-dire comme une fonction transitoire visant à ouvrir à la concurrence les industries de réseaux. L'analyse permet alors de rejeter définitivement, sur le fondement d'arguments scientifiques forts, ce type de définition de la régulation. Elle permet ainsi de procéder à une déconstruction de la notion de régulation et d'exclure à ce titre un certain nombre de définitions de celle-ci. Elle tend au contraire à privilégier les autres œuvres de définition de la régulation.

En définitive, l'étude des rapports entre le droit de la régulation et l'analyse économique du droit, prise en sa branche de l'économie des réseaux, conduit d'abord à dégager un résultat négatif, fondé sur le constat d'un échec assez large de l'enrichissement mutuel des deux disciplines. Cela ne signifie pour autant pas qu'il faille conclure à l'échec du dialogue entre le droit et la théorie économique. Cependant, celui-ci doit semble-t-il prendre d'autres chemins.

Conclusion de la 1^{ère} Partie

800. Dans une première partie, l'analyse a donc opéré une déconstruction de la notion de régulation par la démonstration d'une transcription limitée de l'analyse économique du droit en droit de la régulation. Cette déconstruction permet de démontrer l'inexactitude des œuvres de définition élaborées par la doctrine qui sont fondées consciemment ou inconsciemment sur la conception de la régulation retenue par la théorie de l'économie des réseaux, c'est-à-dire une fonction provisoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau.

801. D'un point de vue théorique, l'échec de la communication entre le droit et l'analyse économique du droit était prévisible. Nous en avons d'ailleurs émis l'hypothèse, et la démonstration est venue la confirmer.

En effet, l'analyse économique du droit souffre de nombreuses limites méthodologiques en ce qui concerne son rapport avec le droit. Dans la mesure où elle est construite sur des hypothèses simplificatrices, où elle néglige l'importance de l'intérêt général, et, surtout, parce qu'elle nie l'autonomie du système juridique et la spécificité de sa fonction sociale face à l'économie, l'analyse économique du droit ne dispose pas des instruments conceptuels qui permettraient un enrichissement mutuel des deux disciplines. Elle se condamne à rester dans le champ exclusif de la théorie économique et, si elle permet sans doute, lorsqu'elle est correcte, un examen critique du droit du point de vue de l'efficacité économique, elle ne saurait en toute hypothèse donner au droit des solutions immédiatement transposables et donc, notamment, participer à l'élaboration de la définition de catégories juridiques.

802. Ce modèle s'applique à la régulation. En effet, l'analyse économique du droit échoue à déterminer ce que devrait être la régulation en droit, alors même qu'elle se donne pour objectif de le faire dans le cadre de sa branche spécialisée de l'économie des réseaux.

Certes, il a pu être démontré dans un premier temps que la théorie de l'économie des réseaux a eu une influence considérable sur le système juridique puisque celui-ci, après avoir réalisé progressivement la transcription de celle-ci en son sein, s'est structuré techniquement et doctrinalement autour de la définition de la régulation *ex ante* retenue par l'économie des réseaux. C'est donc indirectement de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation que résulte l'idée selon laquelle la régulation pourrait être une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau. Cependant, ce résultat ne résiste pas à une analyse plus fine du droit positif et de son évolution.

En effet, il apparaît dans un second temps qu'une analyse exhaustive du droit positif permet de démontrer que la transcription de la théorie de l'économie des réseaux connaît de très nombreuses limites tant en ce qui concerne ses hypothèses qu'en ce qui concerne ses résultats. Au contraire, les évolutions les plus récentes du droit positif tendent à prendre le contrepied de la

théorie de l'économie des réseaux, conduisant à des solutions que cette dernière ne permet ni de comprendre ni de justifier. En somme, la théorie de l'économie des réseaux se trouve aujourd'hui dépassée en droit de la régulation. Ce phénomène s'explique par la différence de nature entre la théorie économique et le droit. Tandis que la première constitue une représentation donnée des choses, le second a vocation à s'appliquer directement à ses choses, et donc à évoluer en fonction d'elles autant qu'il a vocation à s'imposer à elles. En somme, l'application au réel de la théorie de l'économie des réseaux par l'intermédiaire du droit a conduit à l'échec de cette dernière vis-à-vis du monde réel, et donc à son incapacité à prétendre pouvoir fournir un modèle à la régulation.

Un tel résultat permet alors d'opérer une déconstruction de la notion de régulation. En effet, le constat de la transcription limitée de la théorie de l'économie des réseaux en droit permet de démontrer que la régulation ne peut pas s'analyser, en toute hypothèse, comme une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau. Le premier apport de l'étude est donc négatif, puisqu'elle permet d'exclure sur la base de l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique un certain nombre d'œuvres de définition de la régulation.

803. Cependant, l'on ne saurait se contenter d'une approche exclusivement négative de l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique s'agissant de la notion de régulation. En effet, si déconstruire une catégorie est un préalable nécessaire à la réflexion sur son élaboration, il reste à faire l'essentiel, à savoir reconstruire cette catégorie juridique.

De ce point de vue, les résultats qui précèdent ne signifient pas que le dialogue entre le droit et la théorie économique soit condamné, dans la mesure où l'analyse économique du droit ne constitue qu'un cadre d'analyse possible parmi d'autres des rapports entre le droit et la théorie économique. Ainsi, le constat de l'échec de l'analyse économique du droit dans son rapport avec le droit doit seulement être considéré comme un appel à la construction d'un modèle alternatif qui permette une approche plus positive et plus constructive des rapports entre le droit et la théorie économique. Ce modèle nous semble être celui de l'*analyse néo-institutionnelle du droit*, permettant de construire une institution juridique de régulation sur la base de l'étude des rapports entre le droit de la régulation et l'économie néo-institutionnelle.

2nde Partie

Analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation

804. L'effort de déconstruction de la notion de régulation par la démonstration de la transcription limitée de l'analyse économique du droit en droit de la régulation n'est pas suffisant. Il est désormais nécessaire de procéder à la reconstruction de la catégorie juridique de régulation.

Pour ce faire, la recherche propose et utilise une nouvelle méthode, spécifiquement juridique, permettant de construire l'institution juridique de régulation sur la base de l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique. Cette méthode est fondée sur l'idée que *les institutions juridiques doivent s'analyser comme des ordres juridiques autopoïétiques ordonnés à la réalisation d'une fonction sociale déterminée*, et est nommée *analyse néo-institutionnelle du droit*¹⁹⁴⁷.

805. L'analyse néo-institutionnelle du droit permet alors de concevoir la communication entre le droit et les sciences économiques dans l'étude de la régulation. Plus précisément, elle conduit à étudier la coévolution du droit de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle, puis à construire sur la base des éléments de droit résultant de cette coévolution une définition juridique de la régulation, qui se trouve alors également pertinente économiquement¹⁹⁴⁸.

En effet, l'économie néo-institutionnelle constitue un cadre d'analyse de plus en plus mobilisé par les économistes en matière de régulation des services publics organisés en réseau¹⁹⁴⁹. De ce point de vue, il est significatif de souligner que c'est par un appel au recours à l'économie néo-institutionnelle en matière de politiques publiques qu'Oliver Williamson a conclu son discours de prix Nobel en 2009¹⁹⁵⁰.

806. L'hypothèse de coévolution de l'analyse néo-institutionnelle du droit et de la théorie économique néo-institutionnelle résulte de l'idée que les systèmes économiques et juridiques, ainsi que les procédés d'observation théorique qui les accompagnent¹⁹⁵¹, sont des systèmes autopoïétiques¹⁹⁵². Tous deux sont donc des systèmes clos normativement, chacun disposant d'une totale

¹⁹⁴⁷ Pour la construction exhaustive de ce modèle, Cf. *Introduction*.

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁹⁴⁹ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 13-14 ; Adde GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 262 ; Adde BROUSSEAU E., « Néo-institutionnalisme, prix et normativité », *Économies et Société*, « Oeconomia », Série Histoire de la pensée économique, P.E, n° 28, n°4/1999, p. 7.

¹⁹⁵⁰ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *Nobel Prize Lecture*, 8 December 2009, disponible sur http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson-lecture.html, p. 466.

¹⁹⁵¹ LUHMANN N., « Le droit comme système social », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, p. 59.

¹⁹⁵² TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1993, p. 111.

autonomie par rapport à l'autre¹⁹⁵³, mais sont capables de communiquer ensemble si sont mis en place, au sein de chacun d'eux, des couplages structurels. Le couplage structurel désigne un concept qui, quoique propre au système dans lequel il se situe, est par nature ouvert sur l'autre système en ce qu'il décide d'intégrer des éléments venant de cet autre système¹⁹⁵⁴. S'ils sont ainsi couplés, deux systèmes peuvent, par une communication continue, évoluer de concert sans que soit remise en question leur autonomie respective, ce que l'on qualifie de coévolution¹⁹⁵⁵.

Or, on constate une proximité particulière entre l'analyse néo-institutionnelle du droit et l'économie néo-institutionnelle au regard de ces critères¹⁹⁵⁶. Il existe en effet entre ces deux méthodes des couplages structurels au niveau le plus fondamental.

807. En effet, les catégories juridiques du droit administratif se définissent le plus souvent selon une structure duale composée des critères matériel et organique¹⁹⁵⁷. La théorie de l'institution va dans ce sens, puisqu' Hauriou définit l'institution comme « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social : pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise, qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* »¹⁹⁵⁸. Cette théorie invite donc à rechercher d'abord l'idée d'œuvre de l'institution, qui permet de déterminer ce que vise à sanctionner le droit disciplinaire de l'institution, c'est-à-dire en somme son aspect matériel, et ensuite à rechercher quels sont les organes et les procédures de l'institution, traduites par son droit statuaire, et donc en somme son aspect formel¹⁹⁵⁹.

Or, l'économie néo-institutionnelle adopte la même structure puisqu'elle a pour objet d'étudier l'interaction entre les institutions, c'est-à-dire notamment les règles de droit, et les organisations, c'est-à-dire les organes créés pour mettre en place ces règles de droit¹⁹⁶⁰. On peut donc considérer qu'à l'aspect matériel de l'institution répond le concept d'institution, tandis qu'à l'aspect formel de l'institution répond le concept d'organisation. Il existe ainsi entre les deux méthodes des couplages structurels à un niveau fondamental.

Il faut toutefois nuancer ce principe. En effet, le droit et l'économie suivant des logiques

¹⁹⁵³ LUHMANN N., « Clôture et couplage », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, p. 82.

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 86 ; Adde TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, *op. cit.*, p. 126.

¹⁹⁵⁵ TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁹⁵⁶ Cf. *Supra*.

¹⁹⁵⁷ TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, PUF, 2008, 2^{ème} Ed., p. 67 ; Adde AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, p. 53 ; Adde PICARD E., *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 146, 1984, pp. 23-24.

¹⁹⁵⁸ HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in M. Hauriou., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 96.

¹⁹⁵⁹ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1907, 6^{ème} Ed., pp. x-xi, p. 5 et p. 19 ; Adde HAURIOU M., « L'institution et le droit statuaire », *Recueil de législation de Toulouse, deuxième série, Tome II*, 1906, p. 135 ; Adde HAURIOU M., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, 2^{ème} Ed., p. 109 et p. 128.

¹⁹⁶⁰ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

différentes, l'équivalence de ces catégories n'est pas absolue, notamment dans la mesure où l'interdépendance des institutions et des organisations¹⁹⁶¹ et le caractère transversal de ces dernières conduit dans certains cas à une confusion entre ces deux aspects¹⁹⁶². Cependant, cette nuance ne remet pas en cause la coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle.

808. En effet, la coévolution du droit de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle, qui s'opère par l'intermédiaire des couplages structurels qui les relient, permet de dégager une définition matérielle et une définition formelle de la régulation et de les lier.

D'une part, l'analyse néo-institutionnelle du droit matériel de la régulation permet de dégager une définition matérielle de la régulation. Elle consiste à analyser le processus de coévolution des règles matérielles du droit de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle, qui, constatant l'échec de la déréglementation, préconise en cette matière la mise en place d'une « *re-réglementation* »¹⁹⁶³, ce que l'on nomme *Market Design*¹⁹⁶⁴. Ce processus de coévolution permet ensuite d'induire une définition matérielle de la notion juridique de régulation, qui s'analyse alors comme *la fonction administrative ayant pour objet la mise en œuvre d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques* (Titre 1^{er}).

D'autre part, l'analyse néo-institutionnelle du droit formel de la régulation permet de dégager une définition formelle de la régulation. Elle consiste à analyser le processus de coévolution des règles de droit relatives aux autorités compétentes et aux procédures mises en œuvre¹⁹⁶⁵ et de l'économie néo-institutionnelle, qui propose ici une modification de l'organisation des autorités publiques que l'on nomme *Regulatory Design*¹⁹⁶⁶. Ce processus de coévolution permet alors de définir la régulation comme *la fonction administrative prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante ayant pour objet la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*, et de rattacher à cette notion juridique un certain nombre de règles de droit spécifiques qui en constituent le régime juridique (Titre 2nd).

¹⁹⁶¹ CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, Paris, La découverte, « Repères », 2007, pp. 65-70.

¹⁹⁶² MÉNARD C., « From technical integrity to institutional coherence: regulatory challenges in the water sector », in C. Ménard, M. Ghertman (eds.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 83-108.

¹⁹⁶³ V., parmi d'autres exemples GEOFFRON P., MERITET S., « Les transitions réglementaires électriques », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'institut André Tunc », 2006, p. 423 ; *Adde* AL-SUNAILY A., GREEN R., « Electricity deregulation in OECD countries », *Energy*, 2006, p. 770 ; *Adde* JOSKOW P. L., « Foreword : US vs. EU electricity reforms achievement », in J.-M. Glachant, F. Lévêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, p. xv.

¹⁹⁶⁴ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 262.

¹⁹⁶⁵ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 23-24.

¹⁹⁶⁶ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 262.

Titre 1^{er}

Analyse néo-institutionnelle du droit matériel de la régulation

809. La définition d'une notion juridique dépend de l'établissement de critères¹⁹⁶⁷. Dès lors, conformément à l'analyse néo-institutionnelle du droit qui voit dans l'idée d'œuvre de l'institution le point de départ de la construction de l'ensemble de la catégorie juridique, il est nécessaire de définir d'abord l'objet de la régulation, définition qui permet ensuite de déterminer le critère en rendant compte, c'est-à-dire le critère matériel de la notion juridique de régulation¹⁹⁶⁸.

De ce point de vue, il n'existe aucun consensus doctrinal, ni sur l'objet de la régulation, ni sur le critère matériel de celle-ci¹⁹⁶⁹. Néanmoins, l'analyse néo-institutionnelle permet de dépasser ce constat et d'établir une définition matérielle de cette notion juridique.

810. En premier lieu, l'analyse néo-institutionnelle du droit matériel de la régulation recherche dans la communication entre le droit de la régulation des communications électroniques et de l'électricité d'une part, et la théorie économique néo-institutionnelle d'autre part, la rationalité profonde du droit matériel de la régulation aux fins de construire une fonction de régulation correcte juridiquement et pertinente économiquement. Or, de ce point de vue, il peut être démontré que droit matériel de la régulation et économie néo-institutionnelle convergent, par le biais de couplages structurels précis comme les notions de droit de propriété, de marché, de concurrence, de service public, pour apporter, quelques réserves mises à part, des solutions communes en matière de régulation des industries de réseau (Chapitre 1^{er}).

811. En second lieu, l'analyse néo-institutionnelle propose une définition matérielle de la régulation et en dégage le critère matériel. Pour ce faire, elle l'établit d'abord de façon inductive sur la base des éléments de droit résultant de la coévolution entre le droit de la régulation des communications électroniques et de l'électricité et la théorie économique, puis elle la vérifie de façon déductive sur les autres secteurs entrant dans le champ d'application de la régulation. Du point de vue matériel, la régulation apparaît alors comme *la fonction administrative ayant pour objet la mise en œuvre d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques* (Chapitre 2nd).

¹⁹⁶⁷ LATOURNERIE R., « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », in EDCE, 1960, p. 95 ; Adde BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 4^{ème} Ed., 2003, pp. 213-219.

¹⁹⁶⁸ PICARD E., *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 146, 1984, pp. 23-24.

¹⁹⁶⁹ Cf. *Introduction*.

Chapitre 1^{er}

La convergence du droit matériel de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle

812. Le premier versant de l'économie néo-institutionnelle est l'étude des institutions, c'est à dire des règles du jeu économique¹⁹⁷⁰ et donc, notamment, des règles juridiques¹⁹⁷¹.

Sur ce point, toutefois, le rapport qu'entretient l'économie néo-institutionnelle avec les règles de droit est tout à fait différent de celui de l'analyse économique du droit. En effet, les institutions ne sont pas ici qu'un objet de la théorie économique. Bien au contraire, elles sont au fondement de l'économie néo-institutionnelle, c'est-à-dire qu'elles constituent d'abord un donné¹⁹⁷², déterminant les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle, avant d'en être un enjeu, c'est-à-dire l'objet de propositions normatives conduisant à modifier les structures institutionnelles sur un marché donné¹⁹⁷³. Dès lors, le concept économique d'institutions se nourrit du droit avant de nourrir le droit en retour. De ce point de vue, il apparaît bien comme un couplage structurel permettant une coévolution du droit et de la théorie économique, notamment en ce qui concerne le droit de la régulation.

813. En ce qui concerne la régulation, l'économie néo-institutionnelle est un modèle théorique en plein essor¹⁹⁷⁴, au point que certains soutiennent désormais que l'« analyse économique de la régulation est (...) devenue une des branches d'application de l'analyse économique des institutions »¹⁹⁷⁵. Elle propose alors en cette matière une « re-réglementation »¹⁹⁷⁶, qu'elle appelle *Market Design*¹⁹⁷⁷.

De ce point de vue, le champ d'application principal de l'économie néo-institutionnelle

¹⁹⁷⁰ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, p. 1.

¹⁹⁷¹ MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 131.

¹⁹⁷² LIBECAP G. D., « A transactions-costs approach to the analysis of property right », in E. Brousseau, J.-M. Glachant (eds.), *The Economics of Contracts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 143.

¹⁹⁷³ V., parmi d'autres exemples GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 262 ; Adde NEWBERY D., « Refining market Design », in J.-M. Glachant, F. Lévêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, p. 35 ; Adde GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », in J.-M. Glachant, F. Lévêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, p. 173.

¹⁹⁷⁴ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, pp. 13-14 ; Adde BROUSSEAU E., « Néo-institutionnalisme, prix et normativité », *Économies et Société*, « Oeconomia », Série Histoire de la pensée économique, P.E, n° 28, n°4/1999, p. 7.

¹⁹⁷⁵ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 262.

¹⁹⁷⁶ V., parmi d'autres exemples GEOFFRON P., MERITET S., « Les transitions réglementaires électriques », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'institut André Tunc » 2006, p. 423 ; Adde ALSUNAYDY A., GREEN R., « Electricity deregulation in OECD countries », *Energy*, 2006, p. 770 ; Adde JOSKOW P. L., « Foreword : US vs. EU electricity reforms achievement », in J.-M. Glachant, F. Lévêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, p. xv.

¹⁹⁷⁷ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 262.

est le secteur électrique¹⁹⁷⁸, sans doute parce qu'il est apparu nécessaire de construire un cadre théorique permettant de concevoir l'ouverture à la concurrence de ce secteur alors que le modèle de l'économie des réseaux ne le permettait pas. Cela justifie donc que le secteur électrique soit le champ principal de l'étude de la communication entre l'économie néo-institutionnelle et le droit matériel de la régulation. Cependant, il est possible d'appliquer également le modèle néo-institutionnel au secteur des communications électroniques, même si cela est plus rarement fait par les économistes eux-mêmes¹⁹⁷⁹. Ici, il apparaît que l'économie néo-institutionnelle fournit un cadre d'analyse alternatif à la théorie de l'économie des réseaux et permet alors de dépasser le constat d'échec de la communication entre le droit et la théorie économique dans ce secteur.

814. En effet, il peut être démontré qu'il existe une véritable convergence des solutions adoptées par le droit matériel de la régulation d'une part et des hypothèses et résultats de la théorie économique néo-institutionnelle d'autre part.

En premier lieu, l'étude des rapports entre le droit et les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle permet de démontrer l'existence d'une concordance entre eux. À ce stade, il ne s'agit cependant pas d'une coévolution au sens strict, dans la mesure où s'il peut être établi que les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle communiquent avec le droit en raison de l'existence de couplages structurels, ce n'est pas le cas en sens inverse, le droit de la régulation ne disposant pas en ce qui le concerne de couplages structurels permettant de dépasser le stade de la concordance d'analyse. Néanmoins, cette concordance est suffisamment satisfaisante pour permettre d'envisager positivement la correspondance entre le droit et les résultats de l'économie néo-institutionnelle (Section I).

En second lieu, en revanche, une véritable coévolution peut être établie entre le droit de la régulation et les résultats de l'économie néo-institutionnelle, c'est-à-dire la théorie économique néo-institutionnelle normative. En effet, il existe ici de nombreux couplages structurels qui les relie, comme le droit de propriété, le marché et la concurrence, l'efficacité économique, le contrat, la réglementation, le service public, etc. Cette coévolution permet alors de dégager une rationalité convergente du droit et de la théorie économique en matière de régulation, sur la base de laquelle il sera ensuite possible d'induire une définition matérielle de la régulation (Section II).

¹⁹⁷⁸ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *Revue économique*, 2002, p. 433.

¹⁹⁷⁹ *V.*, parmi d'autres exemples SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 515-516 ; *Adde* GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 432 ; *Adde* QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, pp. 70-71.

Section I. La concordance du droit matériel de la régulation et des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle

815. La proximité particulière de l'économie néo-institutionnelle avec le droit en général, et le droit de la régulation en particulier, s'explique par le fait qu'elle met en place, par le biais du concept d'institution, une coévolution avec le droit qui lui permet de faire sien les objectifs poursuivis par ce dernier (§1). En ce qui concerne le droit, en revanche, il n'existe pas de coévolution avec l'économie néo-institutionnelle du point de vue de ses hypothèses, mais l'on constate néanmoins une concordance d'analyse telle qu'elle permet d'envisager positivement l'étude des rapports entre le droit et l'économie néo-institutionnelle normative (§2).

§1. La transcription des principes du droit matériel de la régulation en économie néo-institutionnelle

816. Le droit de la régulation ne se résume pas à l'ouverture à la concurrence des industries de réseau mais consacre au contraire l'importance de la mise en œuvre de politiques publiques, notamment la construction du marché intérieur et la promotion du service public (A). Or, il est significatif de constater que les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle, par l'intermédiaire du concept d'institutions, lui permettent de transcrire en son sein ces principes juridiques, ce qui en fait le cadre d'analyse le mieux adapté à la communication avec le droit dans le cas des industries de réseaux (B).

A. La consécration de la mise en œuvre de politiques publiques en droit matériel de la régulation

817. Ainsi qu'il a été démontré précédemment, l'origine de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau ne se trouve pas dans la recherche de l'efficacité économique, mais d'abord dans la construction du marché intérieur¹⁹⁸⁰. Or, cet objectif du droit de l'Union européenne, à vocation d'abord politique, apparaît toujours comme l'un des principes directeurs du droit de la régulation (1). En outre, l'ouverture à la concurrence des industries de réseau doit également être conciliée avec le maintien des obligations de service public, entendues au sens large, qui constituent l'autre pan principal du droit de la régulation en matière de politiques publiques (2).

¹⁹⁸⁰ Cf. *Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.*

1. L'objectif d'achèvement du marché intérieur

818. La construction du marché intérieur est le premier objectif du droit de la régulation, avant même la recherche de la concurrence. Cette préoccupation est en effet une constante en matière de régulation de l'électricité (a). Elle a en outre fait l'objet d'un renforcement récent en ce qui concerne le secteur des communications électroniques (b).

a. La construction du marché intérieur, objectif fondamental de l'ouverture à la concurrence du secteur électrique

819. La volonté de créer un marché intérieur de l'énergie est sans conteste le « *fil conducteur* » de l'ensemble du droit de l'Union européenne depuis l'adoption des premières directives relatives à l'électricité¹⁹⁸¹. En effet, bien plus que l'objectif d'efficacité économique, c'est d'abord l'objectif de construction du marché intérieur qui a conduit à l'ouverture à la concurrence du secteur électrique (i) ce que confirme aujourd'hui le droit positif (ii).

i. Le marché intérieur, fondement de l'ouverture à la concurrence de l'électricité

820. La construction du marché intérieur était déjà l'objectif des premières directives relatives à la transparence des prix au consommateur final d'électricité et de gaz¹⁹⁸² et au transit d'électricité sur les grands réseaux¹⁹⁸³. Par la suite, comme l'indique pour la première fois son titre même, la directive 96/92 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité¹⁹⁸⁴, avait pour objectif premier la réalisation du marché intérieur de l'énergie¹⁹⁸⁵. De ce point de vue, le fonctionnement concurrentiel du marché est moins pris pour lui-même qu'en tant qu'instrument de la réalisation du marché intérieur¹⁹⁸⁶.

La directive 2003/54 va dans le même sens, l'objectif de construction du marché intérieur étant réaffirmé en association avec les objectifs d'efficacité et d'amélioration du service public¹⁹⁸⁷. Son objectif est alors d' « *achever le marché intérieur* », et la libéralisation est d'abord un outil afin de

¹⁹⁸¹ NICINSKI S., « La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *RJEP*, n°684, mars 2011, p. 3.

¹⁹⁸² Directive 90/377/CEE du Conseil du 29 juin 1990 instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité, § 1 et 2 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁸³ Directive 90/547/CE du Conseil, du 29 octobre 1990 relative au transit d'électricité sur les grands réseaux, § 1 et 4 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁸⁴ Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, § 1 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, § 2 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁸⁷ Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, § 1, 2 et 31 de l'exposé des motifs.

réaliser cet objectif¹⁹⁸⁸. Les problèmes d'accès au réseau ou de tarification sont alors présentés, avant d'être des obstacles à l'efficacité économique, comme des obstacles à la réalisation du marché intérieur¹⁹⁸⁹. Ces principes ont été repris par la directive 2009/72.

ii. L'objectif de création du marché intérieur en droit positif

821. Enfin, la nouvelle directive 2009/72 a réaffirmé que l'objectif du cadre communautaire est bien la création d'un marché intérieur de l'énergie pleinement opérationnel¹⁹⁹⁰. Cela conduit alors la directive à imposer des solutions pour remédier aux obstacles s'opposant encore à l'intégration des marchés de l'Union européenne concernant les interconnexions transfrontalières¹⁹⁹¹, la coopération des gestionnaires de réseaux¹⁹⁹², ou encore la création du point de vue organique d'une agence de coopération des régulateurs de l'énergie¹⁹⁹³.

Il apparaît certes, dans cette nouvelle directive, que le marché intérieur se voit davantage finalisé qu'auparavant, c'est-à-dire qu'il semble moins pris pour lui-même que pour les finalités qu'il poursuit, notamment l'efficacité économique, la sécurité d'approvisionnement ou le développement durable¹⁹⁹⁴. Cependant, d'une part, une telle évolution ne saurait faire oublier que l'achèvement du marché intérieur est un objectif politique en lui-même, étant admis que l'intégration économique conduit à l'intégration politique. En outre, d'autre part, il est tout à fait significatif de souligner que l'objectif d'achèvement du marché intérieur est associé, au moins autant qu'à un renforcement de l'efficacité économique¹⁹⁹⁵, au renforcement de la sécurité d'approvisionnement de l'Union européenne, qui constitue bien un objectif de politique publique et même un objectif de service public¹⁹⁹⁶.

822. L'objectif de l'achèvement du marché intérieur est donc fondamental en droit de l'Union européenne et constitue un enjeu majeur de l'ouverture à la concurrence de l'électricité. De ce point de vue, il faut cependant noter que ce principe peut parfois se trouver en contrariété avec les objectifs poursuivis par les États. Ainsi, le nouveau Code de l'énergie, adopté en mai 2011 et transposant la directive 2009/72¹⁹⁹⁷, dispose qu'il existe une « *politique énergétique nationale* »¹⁹⁹⁸ vi-

¹⁹⁸⁸ Directive 2003/54 précitée, § 3, 7, 20 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, § 5 et 7 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁹⁰ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, § 62 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁹¹ *Ibid.*, § 5, 59 et 60 de l'exposé des motifs. *V.*, Règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) no 1228/2003.

¹⁹⁹² Directive 2009/72 précitée, § 58 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁹³ *Ibid.*, § 40 de l'exposé des motifs. *V.*, Règlement (CE) n°713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie.

¹⁹⁹⁴ Directive 2009/72 précitée, § 1 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*, § 1, 5 et 39 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*, § 1, 5, 25, 39 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁹⁷ Ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie.

¹⁹⁹⁸ Code de l'énergie, article L. 100-4.

sant à garantir l'« *indépendance stratégique de la Nation* » autant qu'à favoriser sa « *compétitivité économique* »¹⁹⁹⁹. L'accent est donc mis ici sur le niveau national plutôt que sur le niveau européen. Ces différences d'objectifs entre le niveau européen et le niveau national peuvent créer un certain nombre de distorsions²⁰⁰⁰, dont la responsabilité n'incombe cependant pas à la communication entre le droit et l'économie mais bien à des tensions internes au droit positif.

823. En toute hypothèse, l'ouverture à la concurrence du secteur électrique poursuit donc, à côté et au-delà d'un objectif de concurrence et d'efficacité économique, l'objectif de construction du marché intérieur. Il en est de même en matière de communications électroniques, secteur où l'on constate le retour en force de cet objectif.

b. Le renouveau de l'objectif de création du marché intérieur dans les communications électroniques

824. Le droit de la régulation des communications électroniques a sans doute acquis un certain degré de maturité. De ce point de vue, si de nombreuses choses sont bien sûr encore perfectibles, il reste que la modification du Paquet Télécom de 2002 par les directives de 2009 n'a pas conduit à un changement significatif du modèle de régulation²⁰⁰¹, sous réserve des changements tendant au renforcement des dispositifs de régulation symétrique²⁰⁰².

825. Cependant, il résulte de l'étude de la directive 2009/140 que le problème principal du droit des communications électroniques est aujourd'hui « *l'absence persistante de marché intérieur* »²⁰⁰³. Ainsi, si l'objectif de consolidation du marché intérieur existait déjà dans le cadre des directives précédentes²⁰⁰⁴, il prend aujourd'hui une nouvelle dimension. L'objectif principal de la réforme de la régulation est alors, à l'instar du secteur électrique, d'« *achever le marché intérieur des communications électroniques* »²⁰⁰⁵. Le marché d'intérieur est d'ailleurs, de façon assez significative, considéré à plusieurs reprises pour lui-même et non en tant que moyen ordonné à des finalités précises²⁰⁰⁶.

Les dispositions nouvelles les plus significatives sont alors pour beaucoup des dispositions visant à approfondir l'intégration des marchés européens, comme la création d'un Organe

¹⁹⁹⁹ Code de l'énergie, article L. 100-1.

²⁰⁰⁰ Cf. *Infra*.

²⁰⁰¹ ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2009, p. 20.

²⁰⁰² Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2*.

²⁰⁰³ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, § 2 de l'exposé des motifs.

²⁰⁰⁴ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), article 7.

²⁰⁰⁵ Directive 2009/140 précitée, § 3, 18, 28, 33 de l'exposé des motifs.

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, § 32, 41, 48, 49, 63 de l'exposé des motifs, etc.

des régulateurs européens des communications électroniques donnant des avis, recommandations et lignes directrices dont les autorités de régulation nationales doivent prendre le plus grand compte²⁰⁰⁷, la mise en place de nouveaux dispositifs destinés à harmoniser la gestion du spectre hertzien²⁰⁰⁸, le renforcement du rôle de la Commission et l'émergence d'un rôle de l'Organe des régulateurs européens dans la procédure d'analyse des marchés pertinents et plus généralement dans la régulation *ex ante*²⁰⁰⁹ ou en matière de numérotation²⁰¹⁰, etc.

L'objectif de construction du marché intérieur constitue donc aujourd'hui l'objectif le plus important du droit des communications électroniques, à côté de l'efficacité économique.

826. Ainsi, en définitive, l'ouverture à la concurrence des industries de réseau et la régulation de celles-ci poursuivent en premier lieu un objectif relevant non pas de l'efficacité économique mais bien de la mise en œuvre d'une politique publique, la création du marché intérieur. Ce principe, au fondement même du droit de l'Union européenne, apparaît donc indispensable à la compréhension du phénomène juridique de la régulation.

C'est également le cas du service public et des obligations qui y sont attachées. En effet, celles-ci continuent de grever ces secteurs, et, alors qu'on en annonçait la disparition, restent d'une très grande importance en droit de la régulation.

2. Les obligations de service public

827. Il faut considérer l'intérêt général comme une donnée intrinsèque aux industries de réseau, ce que traduit l'existence d'obligations de service public. Ainsi, celles-ci non seulement apparaissent fondamentales dans le cadre du secteur électrique (a) mais également dans le secteur des communications électroniques qui connaît de ce point de vue une évolution semblable (b).

²⁰⁰⁷ Directive 2009/140 précitée, § 3, 18, 49 et 50 de l'exposé des motifs, article 1. *V.*, Règlement (CE) no 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE). *V.*, pour la transposition en droit interne l'ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 15, insérant un nouvel alinéa à l'article L. 36-5 CPCE, concernant la portée du *soft law* édicté par cet organe, et article 17. II, modifiant l'article L. 36-8. V CPCE, selon lequel l'Organe peut donner des avis dans le cadre de la procédure de règlement de différend lorsqu'il est saisi par un État membre.

²⁰⁰⁸ Directive 2009/140 précitée, § 3, 28, 32 à 34 de l'exposé des motifs, article 1.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, § 19 et 63 de l'exposé des motifs, article 1. *V.*, pour la transposition en droit interne l'ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 20, modifiant l'article L. 37-3 CPCE. Les rôles de l'ORECE et de la Commission européenne dans les procédures de qualification de la pertinence *ex ante* des marchés ont donc été renforcés.

²⁰¹⁰ *Ibid.*, § 41 de l'exposé des motifs, article 1.

a. L'importance des obligations de service public dans le secteur électrique

828. Historiquement, l'électricité a toujours été considérée comme un service public, d'abord local, puis ensuite national²⁰¹¹. Elle le reste aujourd'hui, tant en droit de l'Union européenne, qui fait une large place aux obligations de service public (i), qu'en droit interne, où le service public reste très important même si les évolutions les plus récentes du droit positif semblent affaiblir son statut dans le droit de l'électricité (ii). L'évolution du droit positif ne remet donc pas en cause le caractère central du service public dans le secteur de l'énergie²⁰¹².

i. L'importance croissante des objectifs de service public en droit de l'Union européenne

829. En droit de l'Union européenne, l'électricité a très tôt été considérée comme un service d'intérêt économique général permettant des dérogations à l'application du droit de la concurrence²⁰¹³. Cette référence au SIEG, voire au concept même de service public, est depuis systématique dans les directives communautaires, à tel point que c'est sans doute le secteur électrique qui a servi de relais principal à l'introduction du service public en droit communautaire²⁰¹⁴.

830. Par ailleurs, l'évolution du droit positif va dans le sens d'une importance accrue du service public dans l'électricité. Au départ, la directive 96/92, en consacrant le concept d'obligations de service public, se contentait de constater l'importance de celui-ci pour certains États membres²⁰¹⁵ et de leur donner le pouvoir de soumettre les entreprises à certaines obligations spécifiques à condition que celles-ci soient clairement définies, transparentes et non discriminatoires²⁰¹⁶.

Cependant, la directive 2003/54 est allée dans le sens du renforcement des obligations de service public, qui se voient accorder, en tout cas dans le discours, une importance égale à l'objectif d'ouverture à la concurrence du secteur²⁰¹⁷. En premier lieu, les obligations de service public ne sont plus une simple faculté à la disposition des États membres, mais bien une obliga-

²⁰¹¹ Pour un historique du service public de l'électricité en France, V., CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité, Concurrence et accès aux réseaux*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2006, pp. 20-25 ; Adde ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 242, 2006, pp. 28-33, pp. 47-51, pp. 74-85.

²⁰¹² LOMBART P., « Le service public, au cœur du secteur de l'énergie », *RJEP*, n°684, 2011, pp. 1-2.

²⁰¹³ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, C-393/92 ; Adde Arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 octobre 1997, *Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas, République italienne, République française et Royaume d'Espagne*, Affaires jointes C-157/94, C-158/94, C-159/94, C-160/94.

²⁰¹⁴ ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, *op. cit.*, pp. 8-9 et p. 366.

²⁰¹⁵ Directive 96/92 précitée, § 13 de l'exposé des motifs.

²⁰¹⁶ *Ibid.*, article 3§2.

²⁰¹⁷ CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité, Concurrence et accès aux réseaux*, *op. cit.*, p. 17 et p. 64 ; Adde ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, *op. cit.*, pp. 367-368.

tion à la charge de ceux-ci²⁰¹⁸. En deuxième lieu, on voit apparaître le service universel en matière électrique au bénéfice des clients résidentiels et des petites entreprises, c'est à dire le droit d'être approvisionné en électricité d'une qualité bien définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, et transparents²⁰¹⁹. En troisième lieu, apparaît pour la première fois l'objectif d'une protection élevée des consommateurs²⁰²⁰, considérée dans la directive comme partie intégrante de la catégorie des obligations de service public²⁰²¹.

Enfin, la directive 2009/72 parachève ce mouvement, le renforcement du service public apparaissant comme l'un de ses principaux objectifs²⁰²². En premier lieu, sont visées les obligations portant sur la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture et la protection de l'environnement²⁰²³, dont le statut obligatoire se trouve confirmé²⁰²⁴. En particulier, l'objectif de sécurité d'approvisionnement a gagné en importance dans la nouvelle directive²⁰²⁵. En deuxième lieu, l'existence du service universel est confirmée²⁰²⁶, ce dernier se trouvant dans la nouvelle directive explicitement considéré comme une sous-catégorie d'obligations de service public, la directive disposant qu'il convient « *de renforcer encore les obligations de service public, y compris en matière de service universel* »²⁰²⁷. En troisième lieu, l'objectif de protection du consommateur prend dans le cadre de cette directive une nouvelle dimension, puisqu'il se trouve au cœur du renforcement des obligations de service public²⁰²⁸.

En définitive, le service public apparaît absolument fondamental en matière électrique en droit de l'Union européenne et vient faire contrepoids à la libéralisation. Il en est de même en droit français. En effet, si celui-ci se caractérise dans les textes les plus récents par un affaiblissement du statut du service public, celui-ci reste encore très important.

ii. L'importance du service public en droit interne

831. En droit interne, le service public conserve une place fondamentale en droit de l'électricité, malgré son changement de statut résultant de l'adoption du Code de l'énergie

²⁰¹⁸ Directive 2003/54 précitée, § 26 de l'exposé des motifs et article 3§7.

²⁰¹⁹ *Ibid.*, § 27 de l'exposé des motifs, et article 3§3, renvoyant à l'article 23§2.

²⁰²⁰ *Ibid.*, § 19 et 29 de l'exposé des motifs, articles 3§ 5 et 3§9.

²⁰²¹ *Ibid.*, § 26 de l'exposé des motifs, articles 3§5 et 3§9.

²⁰²² Directive 2009/72 précitée, § 50 de l'exposé des motifs.

²⁰²³ *Ibid.*, article 3§2.

²⁰²⁴ *Ibid.*, § 46 de l'exposé des motifs et article 3§10.

²⁰²⁵ *Ibid.*, § 5 de l'exposé des motifs, selon lequel la sécurité d'approvisionnement est d'une « *importance vitale pour le développement de la société européenne, pour la mise en œuvre d'une politique durable en matière de changement climatique ainsi que pour la promotion de la compétitivité sur le marché intérieur* », ou encore § 25 de l'exposé des motifs selon lequel elle est un « *élément essentiel de la sécurité publique et est, de ce fait, intrinsèquement liée au fonctionnement efficace du marché intérieur de l'électricité* ». Celle-ci a par ailleurs fait l'objet d'un règlement particulier. V., Règlement (UE) n° 994/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel et abrogeant la directive 2004/67/CE du Conseil.

²⁰²⁶ Directive 2009/72 précitée, § 47 de l'exposé des motifs et article 3§3.

²⁰²⁷ *Ibid.*, § 50 de l'exposé des motifs.

²⁰²⁸ *Ibid.*, § 50 et 51 de l'exposé des motifs et articles 3§5, 3§7, 3§8, 3§9, 3§12, etc.

En effet, dans le droit en vigueur jusqu'à l'adoption en mai 2011 du Code de l'énergie, le secteur de l'électricité se concentrait tout entier dans le service public. Ainsi, la loi n°2005-781 du 13 juillet 2005, qui fixait les orientations de la politique énergétique de la France, posait comme principe que la « *politique énergétique repose sur un service public de l'énergie qui garantit l'indépendance stratégique et favorise sa compétitivité économique* »²⁰²⁹. Le service public était donc au centre du droit de l'électricité en droit français, comme en témoignait par ailleurs le titre et l'étendue de la loi de 2000 « *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité* » dont les dispositions couvraient la plupart des aspects du droit de la régulation l'électricité²⁰³⁰.

Cependant, cette situation a évolué avec l'adoption du nouveau code de l'énergie. En effet, abrogeant ces dispositions des lois de 2000 et 2005²⁰³¹, au sein d'un titre préliminaire consacré aux objectifs de la politique énergétique, le premier article du code prévoit que la « *politique énergétique garantit l'indépendance stratégique de la nation et favorise sa compétitivité économique* »²⁰³². Le service public n'apparaît donc plus comme le cœur de la politique énergétique de la France, ce qui conduit sans aucun doute à un changement de son statut. Ce changement se manifeste d'ailleurs par le fait qu'un titre, mais un titre parmi d'autres, est aujourd'hui spécifiquement consacré aux obligations de service public et à la protection des consommateurs²⁰³³.

Ainsi, il semble que le Code de l'énergie produise un rééquilibrage de la place du service public en droit de l'électricité, ce rééquilibrage consistant à faire passer le service public du statut de principe même du secteur de l'électricité à celui d'obligations spécifiques dans le secteur de l'électricité, conformément d'ailleurs à la logique de la directive 2009/72²⁰³⁴. Cependant, ce rééquilibrage ne doit pas conduire à considérer que le service public n'aurait plus guère d'importance dans le secteur électrique. Au contraire, il reste à peu près inchangé en pratique.

832. En effet, malgré son changement de statut, le service public reste tout à fait fondamental dans le cadre du secteur électrique. De ce point de vue, il faut souligner que les obligations de service public et la protection des consommateurs restent tout de même le second titre du Code de l'énergie, juste après le titre préliminaire relatif à la politique énergétique et le titre relatif aux principes régissant le secteur de l'énergie²⁰³⁵. En outre, ce titre reprend les principes qui avaient été fixés dans la loi de 2000 de sorte que le service public apparaît en pratique presque inchangé.

Tout d'abord, c'est le cas de la définition du service public, qui n'a pas été modifiée. Or,

²⁰²⁹ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, article 1.

²⁰³⁰ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

²⁰³¹ Ordonnance n°2011-504 précitée.

²⁰³² Code de l'énergie, article L. 100-1.

²⁰³³ *Ibid.*, Livre 1^{er} relatif à l'organisation générale du secteur de l'énergie, Titre 2 intitulé « *Les obligations de service public et la protection des consommateurs* ».

²⁰³⁴ *Cf. Supra.*

²⁰³⁵ Code de l'énergie, articles L. 121-1 à L. 121-31 pour les obligations de service public dans le secteur de l'électricité et articles L. 122-1 à L. 122-7 pour les dispositions relatives à la protection des consommateurs d'électricité et de gaz.

celle-ci est très large puisque le service public vise à garantir aussi bien l'approvisionnement de tous sur l'ensemble du territoire national, l'indépendance et la sécurité d'approvisionnement, la lutte contre l'effet de serre, la gestion optimale et le développement des ressources nationales, la maîtrise de la demande, la compétitivité de l'activité économique, la cohésion sociale, le respect de l'environnement, la défense et la sécurité publique, etc.²⁰³⁶. En outre, le service public continue d'être soumis aux principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité, conformément aux grands principes du droit administratif²⁰³⁷.

En somme, le service public continue de s'imposer à l'ensemble des activités existant dans le secteur électrique. En effet, le secteur électrique se compose de quatre activités successives : la production, le transport, la distribution et la fourniture²⁰³⁸. Or, il existe des obligations de service public pesant sur chacune de ces activités. En effet, le service public assure les missions de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité, ce qui vise la production, de développement et d'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution, et enfin de fourniture d'électricité²⁰³⁹. Concrètement, c'est donc l'ensemble des activités du secteur électrique qui sont concernées par l'existence d'obligations de service public.

833. En premier lieu, le service public de l'électricité vise la « *mission de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité* », qui correspond notamment à la réalisation des objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements de production arrêtée par le ministre de l'énergie et à l'approvisionnement des zones du territoire non interconnectées au réseau métropolitain continental, missions auxquelles les producteurs doivent contribuer²⁰⁴⁰. De ce point de vue, les producteurs sont notamment sollicités afin de proposer des capacités de production²⁰⁴¹.

En outre, certaines obligations peuvent être imposées aux installations de production aux fins de garantir la sécurité d'approvisionnement²⁰⁴². Ces obligations peuvent alors entraîner la qualification d'ouvrages publics de ces installations en tant qu'elles sont affectées au service public de l'approvisionnement en électricité²⁰⁴³. Ainsi, le service public continue d'être particulièrement fort dans le domaine de la production électrique.

834. En deuxième lieu, le service public de l'électricité vise la « *mission de développement et d'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité* », ce qui désigne la desserte du territoire mais également le raccordement et l'accès à ces mêmes réseaux²⁰⁴⁴.

²⁰³⁶ Code de l'énergie, article L. 121-1. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 1.

²⁰³⁷ *Ibid.*

²⁰³⁸ *Ibid.*, article L. 111-1.

²⁰³⁹ *Ibid.*, article L. 121-2. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 2.

²⁰⁴⁰ *Ibid.*, article L. 121-3. Anciennement, *ibid.*, article 2.I.

²⁰⁴¹ *Ibid.*, articles L. 311-10 et L. 314-1. Anciennement, *ibid.*, articles 8 et 10.

²⁰⁴² *Ibid.*, article L. 121-3. V., LOMBART P., « Le service public, au cœur du secteur de l'énergie », *article précité*, p. 2.

²⁰⁴³ Avis du Conseil d'État, Assemblée, du 29 avril 2010, n°323179, Publié au recueil Lebon.

²⁰⁴⁴ Code de l'énergie, article L. 121-1. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 2.II.

En ce qui concerne le transport, cela implique sa gestion sous forme d'une concession attribuée au gestionnaire du réseau public de transport²⁰⁴⁵. L'affectation au service public du réseau de transport a conduit le Conseil constitutionnel à consacrer l'impossibilité de céder des actifs ou des ouvrages nécessaires au bon fonctionnement du réseau de transport²⁰⁴⁶, et le Conseil d'État à qualifier dans un avis ces ouvrages d'ouvrages publics²⁰⁴⁷.

En ce qui concerne la distribution, cela implique sa gestion sous formes de concessions locales attribuées soit à la nouvelle société gestionnaire de réseaux publics de distribution issue de la séparation des activités d'EDF²⁰⁴⁸, soit aux entreprises locales de distribution, dites anciennement distributeurs non nationalisés (DNN)²⁰⁴⁹. Ce mécanisme d'attribution obligatoire a été considéré par le Conseil constitutionnel comme conforme au principe de libre administration des collectivités territoriales au regard de la nécessité de maintenir la cohérence du réseau et la péréquation des tarifs²⁰⁵⁰. Le service public de la distribution est ainsi, au regard des spécificités de l'électricité, largement organisé au niveau national²⁰⁵¹. Plus généralement encore, il apparaît que les ouvrages affectés à la distribution restent des ouvrages publics en raison de leur affectation au service public²⁰⁵². En somme, le service public reste donc également très important au niveau du transport et de la distribution d'électricité.

835. En troisième lieu, enfin, le service public de l'électricité vise également la « *mission de fourniture d'électricité* » aux clients bénéficiant des tarifs réglementés de vente²⁰⁵³. Cette fourniture concourt au maintien de la cohésion sociale par le biais de la péréquation géographique ainsi que la mise en place de tarifications spéciales pour les clients en situation de précarité²⁰⁵⁴. Enfin, la fourniture d'électricité en tant que service public peut viser la fourniture d'électricité de secours pour les clients ayant exercé leur éligibilité et se fournissant sur les marchés²⁰⁵⁵.

²⁰⁴⁵ Code de l'énergie, articles L. 121-4 et L. 111-2. Anciennement, *ibid.*, article 2 et article 12.

²⁰⁴⁶ Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-501 DC du 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, considérant n°15.

²⁰⁴⁷ CE, Avis du 29 avril 2010, n° 3232179, précité. *V.*, sur ce point GUYOMAR M., conclusions sur CE, Avis, Assemblée, du 29 avril 2010, n°323179, *RJEP*, 2010, n°681, novembre 2010, pp. 29-41 ; *Adde* GAUDEMET Y., note sous Avis Conseil d'État, Assemblée, du 29 avril 2010, n°323179, *RJEP*, 2010, n°681, novembre 2010, pp. 25-29.

²⁰⁴⁸ Code de l'énergie, articles L. 121-4 et L. 111-57.

²⁰⁴⁹ *Ibid.*, articles L. 121-4-4 et L. 111-54 ; *Adde* CGCT, article L. 2224-31. Anciennement, loi n°2000-108 précitée, article 18. Sur ce point, *V.*, NICINSKI S., « À propos des concessions locales de distribution d'électricité. Évitez les surtensions ! », *AJDA*, 2010, p. 1738.

²⁰⁵⁰ Décision du Conseil constitutionnel n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, considérants n°28 à 31. *V.*, sur ce point MARCOU G., « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 ? », *AJDA*, 2007, pp. 192-198 ; *Adde* MARCOU G., « L'exigence constitutionnelle de transposition des directives et les tarifs réglementés de l'électricité et du gaz », *AJDA*, 2007, pp. 473-478.

²⁰⁵¹ NICINSKI S., « À propos des concessions locales de distribution d'électricité. Évitez les surtensions ! », *article précité*, pp. 1741-1744.

²⁰⁵² CE, Avis du 29 avril 2010, n° 3232179, précité. Pour un cas d'application récent aux transformateurs d'EDF, *V.*, Arrêt du Tribunal des Conflits, *ERDF c/ Michel*, du 12 avril 2010, C3747, Publié au recueil Lebon.

²⁰⁵³ Code de l'énergie, article L. 121-5. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 2.III 1).

²⁰⁵⁴ *Ibid.*

²⁰⁵⁵ *Ibid.*

836. Ainsi, malgré son changement de statut, il apparaît que le service public continue d'être d'une importance fondamentale en droit de l'électricité. S'il faudra revenir sur ces différentes obligations de service public²⁰⁵⁶, il résulte de ces éléments que le service public est un principe matériel incontournable du droit de l'électricité. En outre, on constate également le renouveau des obligations de service public dans le secteur des communications électroniques.

b. Le renouveau des obligations de service public dans le secteur des communications électroniques

837. Sans qu'il soit nécessaire de revenir de manière approfondie sur le secteur des communications électroniques, il faut cependant relever que l'évolution qu'a connue celui-ci en matière de régulation symétrique suit les mêmes tendances qui sont conceptualisées en matière électrique sous le terme d'obligations de service public, qu'il s'agisse de la prise en compte des investissements, de l'existence d'un service universel ou de la prise en charge de la protection du consommateur²⁰⁵⁷. C'est alors à un service public pris au sens large qu'il est possible de se référer pour désigner la plupart des objectifs de politiques publiques de la régulation²⁰⁵⁸.

Le droit français consacre en partie une telle interprétation, puisque le Code des postes et des communications électroniques consacre un chapitre aux « *obligations de service public* » qui visent le service universel, les services complémentaires de communications électroniques²⁰⁵⁹ et les missions d'intérêt général dans le domaine des communications électroniques en matière de défense et de sécurité, sans intégrer pour autant les politiques publiques en matière d'investissement ou de protection du territoire²⁰⁶⁰. En outre, il est significatif de souligner, même s'il ne faut sans doute pas interpréter de manière trop constructive cet élément, que la notion de service universel a été rattachée de nouveau aux « *objectifs de service public* » dans la nouvelle directive 2009/136²⁰⁶¹.

En toute hypothèse, les objectifs ne relevant pas au sens strict de l'ouverture à la concu-

²⁰⁵⁶ Cf. *Infra*.

²⁰⁵⁷ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2*.

²⁰⁵⁸ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 350.

²⁰⁵⁹ Et non plus obligatoires. *V.*, Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 10 modifiant l'article L. 35 CPCE, et article 14 modifiant l'article L. 35-5.

²⁰⁶⁰ CPCE, article L. 35.

²⁰⁶¹ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, § 6 de l'exposé des motifs.

rence des communications électroniques peuvent être considérés, comme le relève l'autorité de régulation, comme relevant de la mise en œuvre de politiques publiques²⁰⁶².

838. En définitive, il résulte des éléments qui précèdent que le droit matériel de la régulation se caractérise par la consécration de politiques publiques. Or, ce qui apparaît comme conduisant à l'échec de l'analyse économique du droit²⁰⁶³ incite à privilégier le dialogue avec l'économie néo-institutionnelle. Cette dernière, en effet, dispose des couplages structurels qui lui permettent de transcrire ces objectifs donnés par le droit en son sein, et donc de les prendre en considération dans ses propres analyses et d'en donner alors une interprétation économique.

B. La transcription des principes du droit matériel de la régulation en économie néo-institutionnelle

839. Par l'intermédiaire du concept d'institution, couplage structurel permettant la communication entre le droit et la théorie économique (1), l'économie néo-institutionnelle va intégrer en son sein, comme donnée préalable aux réflexions qu'elle va mener, l'existence de politiques publiques n'ayant pas pour seul objet la poursuite de l'efficacité économique (2).

1. Les institutions, couplages structurels de la théorie économique et du droit

840. L'économie néo-institutionnelle adopte comme hypothèse le caractère fondamental des institutions dans l'explication des phénomènes économiques (a). Or celles-ci constituent autant de couplages structurels permettant la communication avec le droit (b).

a. Le statut des institutions en économie néo-institutionnelle

841. L'économie néo-institutionnelle trouve sa spécificité théorique dans le fait qu'elle accorde une importance particulière à l'hypothèse de l'existence d'institutions (i). Ces dernières apparaissent alors comme une donnée et non comme un simple objet d'analyse (ii).

i. L'hypothèse de l'existence des institutions

842. L'économie néo-institutionnelle est la version contemporaine de la théorie économique institutionnelle²⁰⁶⁴. Elle a en effet pour origine²⁰⁶⁵ l'ancienne économie institutionnelle qui a la

²⁰⁶² ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 4 et p. 287 ; Adde ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2000, pp. 74-75 ; Adde ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2008, pp. 27-28. Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2*.

²⁰⁶³ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2*.

²⁰⁶⁴ Cf. *Introduction*.

première systématisé le concept de « *Droit et Économie* »²⁰⁶⁶. Le concept central de cette théorie économique, le « *legal-economic nexus* », traduisait l'idée que les dimensions économique et juridique des phénomènes sociaux sont indissociables²⁰⁶⁷. De ce point de vue, l'économie néo-institutionnelle se rapproche de plus en plus de ses racines dans la mesure où l'aspect institutionnel y prend toujours plus d'importance²⁰⁶⁸.

843. Pour Douglas North, l'auteur de référence de l'économie néo-institutionnelle sur ce point, la question posée est celle de savoir quels sont les déterminants du changement institutionnel au cours du temps²⁰⁶⁹. L'analyse statique des théories économiques classiques est alors considérée comme incapable d'expliquer réellement le progrès économique, et il lui est préféré un cadre d'analyse dynamique fondé sur le principe évolutionniste²⁰⁷⁰. Ainsi, l'économie néo-institutionnelle s'éloigne de l'économie néo-classique, considérant qu'une partie de son inefficacité vient précisément de son ignorance des institutions²⁰⁷¹.

844. Il existe alors, dans le modèle de l'économie néo-institutionnelle, deux types d'institutions, les institutions informelles et formelles²⁰⁷². Parmi ces dernières, les principales sont les règles juridiques et notamment les droits de propriété²⁰⁷³. Ceux-ci sont fondamentaux car la structure des droits de propriété, souvent appelée arrangement initial des droits, détermine les coûts de transaction et donc l'efficacité économique²⁰⁷⁴.

845. En somme, l'un des apports majeurs de l'économie néo-institutionnelle est de substituer à un cadre d'analyse statique un cadre d'analyse dynamique prenant en compte les institutions²⁰⁷⁵, celles-ci étant considérées comme des données de l'analyse économique qu'il est nécessaire d'intégrer dans le raisonnement économique avant de proposer des solutions visant à améliorer l'efficacité des solutions existantes.

²⁰⁶⁵ CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, Paris, La découverte, « Repères », 2007, p. 64.

²⁰⁶⁶ COMMONS J. R., « Law and Economics », *Yale Law Journal*, 1925, p. 371.

²⁰⁶⁷ MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, *op. cit.*, pp. 110-111.

²⁰⁶⁸ CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, p. 64.

²⁰⁶⁹ NORTH D. C., « Institutions and Credible Commitment », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, p. 12.

²⁰⁷⁰ NORTH D. C., « Institutions and the Performance of Economies over time », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 21-24.

²⁰⁷¹ COASE R. H., « The Institutional Structure of Production » in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 31-33.

²⁰⁷² EGGERTSSON T., « Mental Models and Social Values : North's Institutions and Credible Commitment », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, p. 27.

²⁰⁷³ MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, *op. cit.*, p. 131.

²⁰⁷⁴ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 7.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 3.

ii. Les institutions, une donnée de l'analyse économique

846. Une telle conception des institutions permet à l'économie néo-institutionnelle d'adopter un cadre d'analyse prenant en compte ce qu'elle appelle la « *dépendance du sentier* », c'est-à-dire le fait que les institutions sont issues d'un processus historique considéré comme donné et donc déterminant du point de vue de la performance économique²⁰⁷⁶. Notamment, les droits de propriété, qui sont les principales institutions juridiques en économie néo-institutionnelle²⁰⁷⁷, sont considérés comme définissant l'activité économique *a priori*²⁰⁷⁸. Ainsi, les règles de droit déterminent un ensemble de solutions préalables à la disposition des agents économiques lorsqu'ils réalisent une transaction et donc l'efficacité économique elle-même²⁰⁷⁹.

847. En somme, la spécificité de l'économie néo-institutionnelle est de considérer, par le concept d'institution, le droit comme une donnée d'analyse à prendre en compte dans son propre système et non seulement comme un objet d'application de son propre cadre d'analyse, à la différence notable de l'analyse économique du droit. De ce point de vue, le concept d'institution apparaît comme un couplage structurel de la théorie économique et du droit.

b. La qualification de couplage structurel du concept d'institution

848. Les institutions en économie néo-institutionnelle constituent un couplage structurel car, quoique propres à la théorie économique et donc consacrant la clôture normative de celle-ci, elles permettent une ouverture cognitive sur le droit.

849. D'une part, le concept d'institution est d'abord, en théorie économique, propre à celle-ci, dans la mesure où il vise les « *rules of the game* », c'est-à-dire l'ensemble des règles du jeu économique²⁰⁸⁰. Le concept d'institution vise ainsi les règles du jeu informelles aussi bien que formelles, le droit aussi bien que l'éthique, la morale ou les croyances²⁰⁸¹, etc. Les règles juridiques ne sont donc qu'une partie des institutions existantes²⁰⁸².

Dès lors, le concept d'institution apparaît propre à la théorie économique et ne se réduit pas au droit. Cependant, il permet dans le même temps une ouverture cognitive vers le droit.

850. D'autre part, le concept d'institution permet dans le même temps l'ouverture cognitive de la théorie économique vers le droit, dans la mesure où les institutions visent notamment les règles

²⁰⁷⁶ CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, p.71.

²⁰⁷⁷ MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, *op. cit.*, p. 131.

²⁰⁷⁸ LIBECAP G. D., « A transactions-costs approach to the analysis of property right », *op. cit.*, p. 143.

²⁰⁷⁹ SAUSSIER S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, Paris, La découverte, « Repères », 2007, pp. 82-94.

²⁰⁸⁰ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

²⁰⁸¹ EGGERTSSON T., « Mental Models and Social Values : North's Institutions and Credible Commitment », *op. cit.*, p. 27.

²⁰⁸² MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, *op. cit.*, p. 131.

juridiques²⁰⁸³. Le concept d'institution appelle donc à intégrer le droit dans l'analyse économique, ainsi que le relèvent très clairement les auteurs les plus éminents de cette théorie économique.

Ainsi, Coase considérait que dans un monde où les coûts de transaction sont positifs, l'étude du système juridique et de ses effets sur l'économie est indispensable²⁰⁸⁴. Cette ouverture sur le droit est encore plus nette dans les travaux de Williamson, pour qui la théorie des coûts de transaction est fondée, et il n'a de cesse de l'affirmer, sur un triptyque composé de l'économie, du droit et de la science des organisations²⁰⁸⁵.

851. Dès lors, ainsi que l'a fait valoir Williamson dans son discours de Prix Nobel, les politiques publiques constituent un champ nouveau d'application de l'économie néo-institutionnelle²⁰⁸⁶. En effet, le concept d'institution permet à cette théorie de prendre en compte les politiques publiques caractéristiques des industries de réseau posées par le droit.

2. La transcription des impératifs de politiques publiques en économie néo-institutionnelle

852. Le concept d'institution permet l'enrichissement de la théorie économique par le droit²⁰⁸⁷. En effet, en tant qu'il est un couplage structurel de la théorie économique et du droit, il permet à l'économie néo-institutionnelle de prendre en compte, comme élément de son interprétation, les différentes politiques publiques présentes dans le système juridique. L'économie néo-institutionnelle est ainsi capable de raisonner en prenant en compte l'objectif de construction du marché intérieur (a) comme l'existence de contraintes de service public (b).

a. La transcription de l'objectif de construction du marché intérieur en économie néo-institutionnelle

853. L'économie néo-institutionnelle est aujourd'hui le seul cadre d'analyse économique à intégrer, s'agissant des industries de réseau, l'objectif de construction du marché intérieur comme

²⁰⁸³ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 2.

²⁰⁸⁴ COASE R. H., « The Institutional Structure of Production » *op. cit.*, p. 37. *V.*, sur ce point DESCHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2558-2559.

²⁰⁸⁵ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, p. 115 ; *Adde* WILLIAMSON O. E., « Transaction cost economics : the precursors », in C. Ménard, M. Ghertman (eds.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, pp. 15-22. *Cf. Introduction.*

²⁰⁸⁶ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *Nobel Prize Lecture*, 8 December 2009, disponible sur : http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson-lecture.html, p. 473.

²⁰⁸⁷ De ce point de vue, l'économie néo-institutionnelle ne peut manquer de faire référence aux dispositifs prévus par les directives communautaires et par le droit interne. *V.*, DUBOIS U., SAPACLAN R., « Public service perspectives on reforms of electricity distribution and supply : a modular analysis », work paper GRJM, 2007, pp. 24-25.

l'une de ses préoccupations fondamentales²⁰⁸⁸. Une étude récente relative à la dé-intégration verticale des réseaux électriques est de ce point de vue particulièrement intéressante²⁰⁸⁹.

Dans cette étude, en effet, le critère de l'intégration des marchés de l'Union européenne est pris en tant que tel, c'est-à-dire en tant qu'objectif de politique publique, et non en tant qu'objectif dérivé d'efficacité économique²⁰⁹⁰. Il côtoie alors des critères plus économiques comme la diminution des coûts de transaction, le renforcement de la concurrence, l'absence de conflits d'intérêts ou l'efficacité de la régulation²⁰⁹¹.

Or, pour les auteurs de cette étude, il ressort de la comparaison par la théorie économique des différentes modalités de dé-intégration verticale des réseaux qu'aucune ne correspond à la meilleure solution dans tous les cas²⁰⁹². Tout dépend alors de la pondération que l'on effectue de chacun des critères retenus précédemment, or cette pondération résulte des choix faits par les autorités politiques, notamment la Commission européenne et les États membres²⁰⁹³.

C'est ainsi que ces auteurs, considérant que l'intégration des différents marchés européens est la question clé du bon fonctionnement des marchés électriques²⁰⁹⁴, ont proposé une solution de dé-intégration verticale optimale du point de vue de l'approfondissement du marché intérieur mais sous-optimale du point de vue de l'efficacité allocative et organisationnelle²⁰⁹⁵. Cela démontre de manière significative de quelle façon l'économie néo-institutionnelle peut transcrire les exigences du droit positif en matière de politiques publiques.

854. Ainsi, par le biais du concept d'institution, l'économie néo-institutionnelle réalise la description de l'objectif de construction du marché intérieur et prend en compte cet objectif de politique publique comme une donnée préalable à la réflexion sur l'efficacité économique des règles d'organisation du secteur.

²⁰⁸⁸ V., notamment GLACHANT J.-M., PEREZ Y., PIGNON V., SAGUAN M., « Un marché européen de l'électricité ou des marchés dans l'Europe ? Regards croisés : économistes et ingénieur », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 477-501 ; *Adde* LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., MUIZON (DE) G., « How to rationalize the debate about 'EU energy third package' ? Revisiting criteria to compare electricity transmission organizations », European University Institute working papers, Robert Schuman centre for advanced studies, RSCAS 2009/15, 11 p. ; *Adde* LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., DE MUIZON G., « Comparing electricity transmission arrangements. Revisiting the main arguments from the economic literature to shed light on the EU 3rd Directive debate », Paris, juillet 2008, pp. 13-15 ; *Adde* MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », Document de travail OFCE, n°2009-27, Octobre 2009, p. 19, citant l'étude de Lévêque.

²⁰⁸⁹ LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., MUIZON (DE) G., « How to rationalize the debate about 'EU energy third package' ? Revisiting criteria to compare electricity transmission organizations », *article précité* ; *Adde* LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., DE MUIZON G., « Comparing electricity transmission arrangements. Revisiting the main arguments from the economic literature to shed light on the EU 3rd Directive debate », *article précité*, pp. 13-15.

²⁰⁹⁰ LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., MUIZON (DE) G., « How to rationalize the debate about 'EU energy third package' ? Revisiting criteria to compare electricity transmission organizations », *article précité*, pp. 5-7.

²⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 1.

²⁰⁹² *Ibid.*, p. 1 et p. 6.

²⁰⁹³ *Ibid.*, p. 6.

²⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 9.

²⁰⁹⁵ *Ibid.* Cf. *Infra*.

En outre, le même constat peut être fait s'agissant de la transcription du service public, pour lequel les économistes néo-institutionnalistes, français notamment, ont développé un concept spécifique, la spécificité d'actif de service public.

b. La transcription de l'objectif de service public en économie néo-institutionnelle

855. L'économie néo-institutionnelle permet ensuite, mieux qu'aucune autre, de transcrire en son sein la spécificité des industries de réseau en termes de service public. Le service public est en effet une manifestation particulièrement claire de la coévolution du droit et de la théorie économique, la seconde prenant en compte les apports du premier.

856. En effet, l'économie néo-institutionnelle admet que certaines particularités économiques de certaines industries sont liées aux institutions, et ainsi que certains coûts de transaction, et donc l'efficacité économique, sont directement déterminés par les institutions²⁰⁹⁶.

C'est notamment le cas lorsque ces industries sont le siège de *public utilities*, dont l'existence est parfaitement reconnue par l'économie néo-institutionnelle²⁰⁹⁷. Cette spécificité institutionnelle va alors peser sur les caractéristiques économiques des actifs, ces industries se caractérisant par une consommation massive et leur caractère indispensable pour l'intérêt général, ce qui a alors pour effet une implication, et potentiellement un opportunisme, forts du gouvernement²⁰⁹⁸. L'opportunisme politique s'exerçant par le biais des institutions²⁰⁹⁹ est en outre source, pour l'économie néo-institutionnelle, d'une incertitude de type institutionnelle²¹⁰⁰.

Dès lors, les solutions proposées par l'économie néo-institutionnelle tiendront toujours compte des caractéristiques spécifiques de ces industries induites par le fait que celles-ci mettent en œuvre l'intérêt général. C'est notamment ce que font les économistes français en développant le concept de spécificité d'actif de service public.

²⁰⁹⁶ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 7.

²⁰⁹⁷ SPILLER P., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 518-519 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The MIT Press, « The Walras-Pareto Lectures », 2000, p. 1.

²⁰⁹⁸ SPILLER P., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, pp. 518-519 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 28 et pp. 54-55 ; Adde GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, Cambridge, Massachusetts, USA, London, UK, Harvard University Press, 2006, p. 2.

²⁰⁹⁹ WILLIAMSON O. E., *Economic organization. Firms, markets and policy control*, New York, New York University Press, 1986, p. 260 ; Adde MÉNARD C., « From technical integrity to institutional coherence : regulatory challenges in the water sector », in C. Ménard, M. Ghertman (eds.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 89-92.

²¹⁰⁰ PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Économiques, Paris 1, 2007, p. 27-28.

857. Les économistes français²¹⁰¹ ont en effet de leur côté procédé à une adaptation de ce cadre théorique au contexte national en admettant l'existence de spécificités d'actifs de service public²¹⁰². Celles-ci entraînent une forte variabilité de la demande, une incertitude liée au principe de mutabilité du service public²¹⁰³, des caractéristiques spécifiques liées à la prise en compte d'impératifs tels que l'aménagement du territoire, le développement durable, la politique énergétique²¹⁰⁴, la qualité, la protection des consommateurs domestiques²¹⁰⁵, etc.

L'économie néo-institutionnelle admet donc l'existence de spécificités de service public comme partie intégrante des industries de réseaux et par voie de conséquence comme partie intégrante de l'économie néo-institutionnelle²¹⁰⁶.

858. En définitive, il résulte des éléments qui précèdent que, par le biais du concept d'institution qui constitue un couplage structurel de la théorie économique et du droit, l'économie néo-institutionnelle opère la transcription en son sein des objectifs de politique publique intégrés au sein du système juridique. Cette transcription entraîne alors une convergence entre l'économie néo-institutionnelle positive et le droit qui permet ensuite d'opérer une analyse économique normative intégrant les objectifs retenus par le droit et donc plus susceptible de l'influencer.

Inversement, si les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle s'enrichissent du droit, celles-ci viennent en retour enrichir le droit lui-même. Cependant, à ce stade, il s'agit moins d'une transcription par le droit des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle au sens strict, dans la mesure où rien n'indique que le système juridique aurait souhaité volontairement reprendre à son compte ses hypothèses, que d'une concordance de traitement intellectuel des caractéristiques spécifiques des industries de réseau que l'on peut faire apparaître par l'analyse.

§2. La concordance d'analyse des industries de réseau en droit et en économie néo-institutionnelle

859. L'économie néo-institutionnelle propose un cadre d'analyse original des industries de réseau. Cette théorie est conçue autour de l'étude des spécificités d'actifs caractérisant ces industries, la réceptivité de ces dernières à la concurrence dépendant du nombre et de la nature des

²¹⁰¹ *V.*, notamment YVRANDE-BILLON A., *Choix contractuels et performances, Le cas des chemins de fer britanniques*, Thèse pour le Doctorat en Sciences économiques, Paris 1, 2002, pp. 103-104 ; Adde DUBOIS U., SAPACLAN R., « Public service perspectives on reforms of electricity distribution and supply : a modular analysis », *article précité*, p. 30.

²¹⁰² YVRANDE-BILLON A., *Choix contractuels et performances, Le cas des chemins de fer britanniques, op. cit.*, pp. 103-104.

²¹⁰³ *Ibid.*, pp. 103-104.

²¹⁰⁴ FINGER M., GROENEWEGEN J., KUNNEKE R., « The quest for coherence between institutions and technologies in infrastructures », work paper PhD Course De-regulation and re-regulation in networks industries, AT-OM, Paris 1, avril 2008, inédit, p. 9.

²¹⁰⁵ DUBOIS U., SAPACLAN R., « Public service perspectives on reforms of electricity distribution and supply : a modular analysis », *article précité*, pp. 22-24.

²¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 11.

spécificités d'actifs qui les grèvent (A). Or, il apparaît que l'évolution du droit positif concorde avec les hypothèses ainsi retenues par l'économie néo-institutionnelle (B).

A. Les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle

860. L'économie néo-institutionnelle analyse les industries de réseau à partir des spécificités d'actifs qui les grèvent (1). Celles-ci déterminent alors le type d'organisation des transactions et notamment la capacité pour celles-ci d'être organisées sous la forme d'un marché (2).

1. Les caractéristiques des industries de réseaux en termes de spécificité d'actif

861. L'économie néo-institutionnelle fonde son cadre d'analyse sur les transactions et notamment sur les spécificités de celles-ci, ce qui en fait un cadre d'analyse particulièrement pertinent concernant les industries de réseaux (a). D'ailleurs, par le biais de ses hypothèses, l'économie néo-institutionnelle permet de rendre compte de la diversité des secteurs d'industries de réseau, à la différence notable de l'économie des réseaux (b).

a. L'hypothèse des spécificités d'actifs dans les industries de réseaux

862. Si l'économie néo-institutionnelle admet l'existence de monopoles naturels, elle permet cependant de dépasser ce cadre d'analyse en privilégiant le concept de spécificité d'actif (i). Cela lui permet alors d'isoler un certain nombre de spécificités d'actifs à l'œuvre dans les industries de réseaux, qui s'analysent comme autant de défaillances de marché (ii).

i. Le dépassement du concept de monopole naturel par le concept de spécificité d'actif

863. Le concept de monopole naturel est très souvent utilisé par les auteurs néo-institutionnalistes²¹⁰⁷. Cela signifie donc qu'à la différence de la théorie de l'économie des réseaux, l'économie néo-institutionnelle ne nie pas l'existence de ce type de défaillances de marché²¹⁰⁸. Néanmoins, elle va lui préférer un raisonnement plus fin en termes de spécificités d'actif.

²¹⁰⁷ *V.*, parmi de très nombreux autres exemples, NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 1-2, pp. 27-28, et plus largement tout au long de l'ouvrage ; *Adde* GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, p. 431 et plus généralement tout au long de l'ouvrage ; *Adde* GEOFFRON P., MERITET S., « Les transitions réglementaires électriques », *op. cit.*, p. 419.

²¹⁰⁸ *Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.*

864. L'économie néo-institutionnelle adopte comme unité d'analyse de base des réalités économiques la transaction²¹⁰⁹ et comme hypothèse fondatrice l'importance des coûts de transaction comme déterminant de l'efficacité économique²¹¹⁰. De ce point de vue, il est tout à fait significatif de souligner que Coase, dans son discours de Prix Nobel²¹¹¹, donna raison aux économistes néo-institutionnalistes dans leur interprétation du théorème de Coase en considérant qu'il convenait d'étudier « *le monde des coûts de transaction positifs* »²¹¹².

Or, dans la mesure où est associée à la transaction une conception complexe de l'agent économique prenant en compte la rationalité limitée²¹¹³, l'incomplétude de l'information, ou encore l'existence de l'incertitude et de l'opportunisme²¹¹⁴, l'économie néo-institutionnelle va s'intéresser à ce qu'elle appelle « *spécificités d'actifs* », concept développé par Williamson dans le cadre de la théorie des coûts de transaction²¹¹⁵.

865. De manière générale, la spécificité d'actif vise des investissements qui ne peuvent être utilisés à d'autres fins que ceux pour lesquels ils ont été prévus sans perte de valeur²¹¹⁶. Cependant, cette définition étant très générale, cette notion peut être appliquée à l'ensemble des spécificités particulières de chaque actif et peut donc couvrir un nombre de réalités considérables²¹¹⁷. En réalité, les spécificités d'actifs s'analysent *in fine* comme une nouvelle manière de conceptualiser les défaillances de marché²¹¹⁸ et vont s'appliquer en permanence. Elle s'applique notamment au monopole naturel.

866. En effet, en raison de ses hypothèses, l'économie néo-institutionnelle raisonne davantage en termes de difficultés de contractualisation entre acteurs économiques qu'en termes de monopole naturel, ce qui la conduit à privilégier le concept de spécificité d'actif²¹¹⁹.

Dès lors, l'économie néo-institutionnelle va considérer que le monopole naturel est divisible en fonction des spécificités d'actifs, et réalise une analyse dite modulaire dont l'objectif va être de trouver la meilleure articulation entre les différents modules qui compose le monopole²¹²⁰. Une telle analyse permet alors d'expliquer l'évolution des « *frontières du monopole naturel* » en fonc-

²¹⁰⁹ WILLIAMSON O. E., « Transaction cost economics: the precursors », *op. cit.*, pp. 10-12 ; *Adde* WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *article précité*, p. 456 et pp. 463-464.

²¹¹⁰ COASE R. H., « The Institutional Structure of Production », *op. cit.*, p. 36.

²¹¹¹ *Ibid.*, pp. 31-39.

²¹¹² *Ibid.*, p. 36.

²¹¹³ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *article précité*, p. 457 et p. 462.

²¹¹⁴ CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, p. 64.

²¹¹⁵ WILLIAMSON O. E., « Contract and economic organization », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, p. 85.

²¹¹⁶ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *article précité*, p. 464.

²¹¹⁷ SAUSSIER S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, p. 18.

²¹¹⁸ WILLIAMSON O. E., « Contract and economic organization », *article précité*, p. 85.

²¹¹⁹ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 425-426.

²¹²⁰ GLACHANT J.-M., « Regulating networks in the new economy », EUI Working Papers, RSCAS 2009/05, Robert Schuman centre for advanced studies, Loyola de Palacio Programme on Energy Policy, p. 1 et pp. 2-3 ; *Adde* DUBOIS U., SAPACLAN R., « Public service perspectives on reforms of electricity distribution and supply : a modular analysis », *article précité*, p. 9 et s.

tion des actifs qui le composent²¹²¹.

En effet, l'autorité publique peut ainsi modifier les règles juridiques afin de modifier l'articulation des spécificités d'actifs, et par voie de conséquence conduire à la remise en cause au moins partielle du monopole naturel²¹²², et donc à une ouverture à la concurrence de l'industrie considérée²¹²³. Par exemple, le fait que le gestionnaire de réseau soit chargé de la fonction d'équilibre en vertu de la spécificité de coordination n'empêche pas que l'électricité dont il se sert pour assurer cette mission puisse venir de marchés organisés et non d'une procédure mise en œuvre unilatéralement par lui²¹²⁴.

867. Ainsi, l'analyse en termes de spécificité d'actifs vient affiner l'analyse en termes de monopole naturel. L'économie néo-institutionnelle cherche alors à identifier les différentes spécificités d'actifs qui caractérisent les industries de réseau.

ii. Les spécificités d'actifs des industries de réseau

868. L'analyse en termes de spécificités d'actifs fait de l'économie néo-institutionnelle une théorie économique particulièrement pertinente pour l'étude des industries de réseaux, dans la mesure où celles-ci se caractérisent par un grand nombre de spécificités d'actifs²¹²⁵. Sont alors considérées comme intrinsèquement liées à l'existence d'un réseau²¹²⁶ les spécificités physique et de site, la spécificité de coordination et la spécificité d'actifs dédiés²¹²⁷.

869. En premier lieu, les industries de réseau se caractérisent par de fortes spécificités physiques, ce qui vise les caractéristiques physiques de l'actif considéré²¹²⁸ et notamment la mobilisation de techniques spécifiquement adaptées à la transaction considérée²¹²⁹. La spécificité physique est souvent associée à la spécificité de site qui désigne le cas où la production n'est pas aisément

²¹²¹ DUBOIS U., SAPACLAN R., « Public service perspectives on reforms of electricity distribution and supply : a modular analysis », *article précité*, pp. 6-8 ; *Adde* CHABAUD D., PARTHENAY C., PEREZ Y., « Environnement institutionnel et trajectoire des entreprises : une analyse northienne de l'industrie électrique », *workpaper GRJM*, 2005, p. 13.

²¹²² DUBOIS U., SAPACLAN R., « Public service perspectives on reforms of electricity distribution and supply : a modular analysis », *article précité*, pp. 6-8.

²¹²³ CHABAUD D., PARTHENAY C., PEREZ Y., « Environnement institutionnel et trajectoire des entreprises : une analyse northienne de l'industrie électrique », *article précité*, p. 13.

²¹²⁴ GLACHANT J.-M., LÉVÊQUE F., « The electricity internal market in the European Union : what to do next ? », in J.-M. Glachant, F. Lévêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 6-7 et p. 9 ; *Adde* NEWBERY D., « Refining market Design », *op. cit.*, pp. 58-59 ; *Adde* GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », *op. cit.*, p. 178.

²¹²⁵ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 53.

²¹²⁶ *Ibid.*, p. 54. *V.*, également GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 429.

²¹²⁷ GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, pp. 9-10.

²¹²⁸ SAUSSIER S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, p. 19.

²¹²⁹ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 429.

redéployable car attachée à un site précis²¹³⁰. Ces caractéristiques sont sans doute celles qui se rapprochent le plus de l'hypothèse du monopole naturel²¹³¹.

870. En deuxième lieu, les industries de réseau se caractérisent par l'existence d'une spécificité d'actif de coordination²¹³². En effet, celles-ci se composent toutes de transactions interdépendantes²¹³³. Dès lors, s'il est possible de distinguer au sein des industries de réseau différentes activités pouvant être réalisées de façon autonome, il reste que celles-ci continuent d'avoir besoin d'être coordonnées entre elles²¹³⁴.

871. En troisième lieu, les industries de réseau se caractérisent par l'existence d'une spécificité d'actif dédié, qui vise des actifs peu redéployables à d'autres fins en raison de la taille du marché, souvent restreint²¹³⁵.

872. Les industries de réseau se caractérisent donc par de nombreuses spécificités d'actifs. Or, une telle analyse, plus fine que celle du monopole naturel, offre un cadre d'analyse intéressant car permettant une différenciation des secteurs d'industries de réseau.

b. Un cadre d'analyse commun permettant une différenciation entre industries de réseau

873. L'analyse en termes de spécificités d'actifs a vocation à s'appliquer à l'ensemble des industries de réseaux, mais permet dans le même temps d'expliquer les différences existant entre elles²¹³⁶. Dès lors, un tel cadre d'analyse est spécifiquement intéressant car les autres théories économiques, qu'elles soient fondées sur le monopole naturel comme l'économie du bien-être ou sur la théorie des trois couches comme l'économie des réseaux, ne permettent pas de rendre compte des différences existant entre secteurs. Pour cette raison, le modèle proposé par l'économie néo-institutionnelle est sans doute le plus pertinent.

Ainsi, peuvent être étudiés par le biais de ces hypothèses des secteurs aussi divers que le

²¹³⁰ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 429.

²¹³¹ GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, pp. 9-10.

²¹³² MÉNARD C., « From technical integrity to institutional coherence : regulatory challenges in the water sector », *op. cit.*, pp. 85-87.

²¹³³ YVRANDE-BILLON A., *Choix contractuels et performances, Le cas des chemins de fer britanniques*, *op. cit.*, pp. 113-114.

²¹³⁴ FINGER M., GROENEWEGEN J., KUNNEKE R., « The quest for coherence between institutions and technologies in infrastructures », *article précité*, pp. 3-4.

²¹³⁵ SAUSSIÉ S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, p. 19.

²¹³⁶ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 431 ; *Adde* NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 3-4.

rail²¹³⁷, le transport aérien²¹³⁸, etc. Seule l'analyse du secteur électrique (i) et l'analyse du secteur des communications électroniques (ii) nous retiendront ici.

i. Les spécificités d'actifs dans le secteur électrique

874. Le secteur électrique est sans doute le secteur d'industrie de réseau qui présente les spécificités d'actifs les plus fortes, ce qui explique qu'il soit le champ d'application principal de l'économie néo-institutionnelle²¹³⁹.

En premier lieu, la spécificité de site est très importante, puisque l'électricité est un secteur caractéristique de monopole naturel qui n'a pas vocation à disparaître²¹⁴⁰, tant en ce qui concerne le réseau de transport²¹⁴¹ que le réseau de distribution²¹⁴².

En deuxième lieu, la spécificité de coordination est également particulièrement importante, dans la mesure où le secteur électrique se caractérise par un besoin en temps réel de coordination de l'activité, notamment de synchronisation de l'offre et de la demande²¹⁴³, afin d'éviter les dysfonctionnements techniques²¹⁴⁴.

En troisième lieu, la spécificité d'actifs dédiés est très importante car la vente d'électricité rend nécessaire la création de places de marchés²¹⁴⁵.

ii. Les spécificités d'actifs dans le secteur des communications électroniques

875. Même si peu d'économistes ont cherché à le démontrer²¹⁴⁶, le secteur des communications électroniques peut faire l'objet d'une analyse en termes de spécificités d'actifs²¹⁴⁷.

²¹³⁷ KIRCHNER C., « Legal Instruments for Liberalising European Rail Freight Markets from 2007 », in *The Liberalization of Rail transport in the EU, Intereconomics*, 2006, p. 295 ; *Adde* ROTHENGATTER W., « Issues of Interoperability in the European Railway System », in *The Liberalization of Rail transport in the EU, Intereconomics*, 2006, pp. 307-308.

²¹³⁸ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, pp. 431-432.

²¹³⁹ *Ibid.*, p. 433.

²¹⁴⁰ GLACHANT J.-M., « Regulating networks in the new economy », *op. cit.*, p. 4.

²¹⁴¹ *Ibid.*, p. 10.

²¹⁴² DUBOIS U., SAPACLAN R., « Public service perspectives on reforms of electricity distribution and supply : a modular analysis », *article précité*, pp. 14-15 ; *Adde* PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, *op. cit.*, pp. 24-25.

²¹⁴³ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 429.

²¹⁴⁴ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., PIGNON V., SAGUAN M., « Un marché européen de l'électricité ou des marchés dans l'Europe ? Regards croisés : économistes et ingénieur », *op. cit.*, p. 479.

²¹⁴⁵ PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, *op. cit.*, pp. 24-25 ; *Adde* GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », working paper, 2007, p. 25.

²¹⁴⁶ *V.*, néanmoins GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 432 ; *Adde* KRAFFT J., SALIES E., « Why and how should new industries with high consumer switching costs be regulated ? The case of broadband internet in France », in C. Ménard, M. Ghertman (eds.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 327-328.

²¹⁴⁷ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, p. 30.

En effet, l'interconnexion peut être considérée comme une réponse à une spécificité de site, l'interopérabilité comme une réponse à une spécificité physique²¹⁴⁸, et certaines analyses insistent sur la spécificité des investissements réalisés pour rendre captive la clientèle²¹⁴⁹. Il existe également des spécificités d'actifs en termes de coordination, notamment dans l'hypothèse du spectre hertzien en raison des interférences²¹⁵⁰.

Ainsi, le modèle néo-institutionnel peut également être utilisé pour les communications électroniques. Or, cela pourrait lui permettre de prétendre pouvoir se substituer à l'économie des réseaux comme modèle économique explicatif des évolutions du secteur des communications électroniques, alors que celle-ci nie le maintien de la spécificité des réseaux de communications électroniques sur le long terme et se trouve contredite sur ce point par les évolutions technologiques elles-mêmes²¹⁵¹. De ce point de vue, économie des réseaux et économie néo-institutionnelle s'opposent donc frontalement.

876. En somme, l'économie néo-institutionnelle adopte comme hypothèse l'existence de spécificités d'actifs afin de prendre en compte les particularités inhérentes aux industries de réseau. Or, il est tout à fait significatif de souligner qu'à la différence du modèle proposé par la théorie de l'économie des réseaux, ces spécificités sont considérées comme s'opposant *a priori* mais de façon variable au fonctionnement pleinement concurrentiel de ces industries.

2. La réceptivité variable des industries de réseau à la concurrence

877. Pour l'économie néo-institutionnelle, les coûts de transaction engendrés par les spécificités d'actifs surdéterminent la forme d'organisation économique d'un secteur déterminé (a). De ce point de vue, les industries de réseaux présentent une réceptivité variable à la concurrence, qui n'apparaît pas comme un mode d'organisation spontané de ces industries (b).

a. L'adaptation des structures de gouvernance aux spécificités d'actifs

878. Pour l'économie néo-institutionnelle, à chaque transaction est attachée une structure de gouvernance, dite « *play of the game* »²¹⁵², dont l'objet est de permettre la transaction en diminuant

²¹⁴⁸ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 432.

²¹⁴⁹ KRAFFT J., SALIES E., « Why and how should new industries with high consumer switching costs be regulated? The case of broadband internet in France », *op. cit.*, pp. 327-328 et pp. 333-341.

²¹⁵⁰ DE VANY A., « Property rights in the electromagnetic spectrum », in P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan reference limited, New York, Stockton Press, 1998, p. 168 ; Adde EPSTEIN R. A., « Introduction », in R. A. Epstein (Ed.), *Economics of Property Law*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2007, p. xviii.

²¹⁵¹ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.*

²¹⁵² MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

les coûts de transaction²¹⁵³. L'efficacité de chaque structure de gouvernance des transactions dépend des spécificités des actifs qui grèvent les transactions²¹⁵⁴.

La première structure de gouvernance possible est le marché, la seconde la hiérarchie²¹⁵⁵, tandis qu'entre ces deux pôles on trouve un ensemble d'arrangements organisationnels hybrides²¹⁵⁶, ce qui vise des solutions aussi diverses que la réglementation²¹⁵⁷, le contrat²¹⁵⁸, ou des structures de gouvernance davantage multilatérales²¹⁵⁹.

879. Ainsi, l'économie néo-institutionnelle ne considère pas la concurrence comme fonctionnant valablement pour toutes les transactions²¹⁶⁰. En effet, le marché ne fonctionne seul que dans l'hypothèse où les spécificités d'actifs sont faibles²¹⁶¹. À l'inverse, dès lors que les transactions présentent un certain degré de spécificité, les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle s'additionnent pour rendre incertain le déroulement de la transaction et il devient alors nécessaire de mettre en place une structure de gouvernance plus élaborée que le seul marché²¹⁶².

Or, les industries de réseau, au regard des nombreuses spécificités d'actifs qui les caractérisent, n'ont pas spontanément pour structure de gouvernance le marché, mais davantage des structures de gouvernance plus concentrées.

b. La faible réceptivité des industries de réseau à la concurrence

880. Dans la mesure où les industries de réseau sont grevées de nombreuses spécificités d'actifs, les coûts de transaction qui y sont associés sont parfois très élevés et empêchent le fonctionnement spontané du marché. Cependant, il n'existe pas ici de schéma unique et le degré de réceptivité de l'industrie à la concurrence dépend du nombre et de la nature des spécificités d'actifs qui la caractérisent.

²¹⁵³ SAUSSIÉ S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, p. 3.

²¹⁵⁴ WILLIAMSON O., « Transaction Cost Economics », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, p. 41.

²¹⁵⁵ SAUSSIÉ S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, pp. 26-27.

²¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 27-29.

²¹⁵⁷ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, pp. 428-429.

²¹⁵⁸ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 48 et s.

²¹⁵⁹ SAUSSIÉ S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, pp. 26-27 ; Adde GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, pp. 9-10.

²¹⁶⁰ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, p. 19.

²¹⁶¹ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 47 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 54 ; Adde GHERTMAN M., « The puzzle of regulation, deregulation and reregulation », in C. Ménard, M. Ghertman (eds.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 354-356.

²¹⁶² WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 48 ; Adde GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 267 ; Adde GHERTMAN M., « The puzzle of regulation, deregulation and reregulation », *op. cit.*, pp. 354-356.

881. En premier lieu, les industries de réseau peuvent être grevées de spécificités techniques fortes. Dans un tel cas, la solution préférable est l'intégration, c'est-à-dire la concentration de l'ensemble des activités dans une seule entreprise, comme c'est le cas pour les spécificités physiques et de site, autrement dit pour le monopole naturel, ou pour la spécificité temporelle, lorsque les différentes activités nécessitent une coordination entre elles²¹⁶³. Le secteur électrique le montre de manière significative puisque la gestion du réseau reste intégrée au sein d'une seule entreprise²¹⁶⁴.

882. En deuxième lieu, les industries de réseau peuvent être grevées de spécificités d'actifs de type institutionnel, les institutions venant contraindre les agents économiques en termes de solutions organisationnelles²¹⁶⁵. Notamment, l'existence de spécificités d'actifs de service public peut rendre inenvisageable un fonctionnement uniquement concurrentiel du marché et rendre indispensable le recours à la réglementation ou à la concession²¹⁶⁶.

883. En somme, loin des schémas simplistes de l'analyse économique du droit, l'économie néo-institutionnelle ne considère pas que le marché puisse fonctionner seul dans tous les cas en ce qui concerne les industries de réseaux en raison des spécificités d'actifs qui grevent les transactions dans ces secteurs. Or, il peut être démontré en cette matière une concordance d'analyse entre l'économie néo-institutionnelle et le droit, ce dernier ayant tendance à rejoindre les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle.

B. La concordance du droit matériel de la régulation et des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle

884. L'évolution du droit positif démontre que celui-ci rejoint les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle dans l'appréhension des caractéristiques spécifiques des industries de réseaux, sans pour autant que celles-ci soient transcrites au sens strict du terme, ni qu'elles résultent directement d'une coévolution des deux systèmes.

La situation aurait pu être autre. Le droit aurait pu décider de mettre en place une transcription des hypothèses de la théorie économique néo-institutionnelle. Le droit aurait également pu se caractériser par une coévolution avec l'économie néo-institutionnelle, s'il avait existé à ce niveau un couplage structurel en droit répondant au concept de spécificité d'actif. D'ailleurs, on

²¹⁶³ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 429.

²¹⁶⁴ WILLIAMSON O. E., « Contract and economic organization », *article précité*, p. 85 ; *Adde* GLACHANT J.-M., PEREZ Y., PIGNON V., SAGUAN M., « Un marché européen de l'électricité ou des marchés dans l'Europe ? Regards croisés : économistes et ingénieur », *op. cit.*, p. 479.

²¹⁶⁵ SAUSSIÉ S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, pp. 82-94.

²¹⁶⁶ YVRANDE-BILLON A., *Choix contractuels et performances, Le cas des chemins de fer britanniques*, *op. cit.*, p. 104 ; *Adde* GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, pp. 18-19.

constate sur certains points l'émergence en droit de concepts qui pourraient peut-être, pour l'avenir, servir de couplages structurels entre les deux disciplines. Néanmoins, à ce stade, force est de constater qu'ils sont moins des couplages structurels que la seule prise en compte d'une réalité économique, concordant avec la représentation que les économistes s'en font.

Ainsi, on constate, à propos de la représentation des caractéristiques des industries de réseau, moins une transcription ou une coévolution qu'une concordance d'analyse et donc une convergence des solutions apportées. Un tel phénomène s'explique sans doute par la différence de niveau cognitif existant entre le droit et la théorie économique, déjà abordée à propos des limites de la transcription en droit des communications électroniques de la théorie de l'économie des réseaux²¹⁶⁷. En effet, la théorie économique cherche, par l'émission d'hypothèses, à opérer une représentation explicative des caractéristiques des industries de réseau. Le droit, en ce qui le concerne, se contente souvent d'essayer de prendre en compte ces dernières sans s'interroger sur leur conceptualisation. De ce point de vue, il existe entre ces deux niveaux cognitifs une distorsion, qui explique que le droit ne procède pas à une reprise telles quelles des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle en son sein.

Cependant, le fait qu'il s'agisse là d'une concordance et non d'une coévolution n'est pas à ce stade rédhibitoire. Cela démontre seulement que la façon dont l'économie néo-institutionnelle se représente les caractéristiques des industries des réseaux est proche de la façon dont on les considère en droit, et qu'ainsi, en tant qu'ils semblent conjointement pertinents vis-à-vis du réel, il est possible de poursuivre l'étude de leurs rapports d'un point de vue normatif.

885. Ainsi, il peut être démontré qu'il existe bien une concordance d'analyse des caractéristiques des industries de réseaux en droit et en économie néo-institutionnelle non seulement en ce qui concerne le secteur électrique, permettant alors d'en expliquer le fonctionnement (1), mais également en ce qui concerne le secteur des communications électroniques, permettant alors une réinterprétation de ce dernier rendant compte, à la différence de la théorie de l'économie des réseaux, des spécificités qui continuent de le caractériser (2).

1. La concordance du droit matériel de l'électricité et des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle

886. Le droit positif de l'électricité concorde avec les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle. C'est le cas tant en ce qui concerne l'appréhension du monopole naturel (a) qu'en ce qui concerne l'appréhension des autres caractéristiques des réseaux électriques (b).

²¹⁶⁷ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.*

a. La concordance d'analyse du dépassement du monopole naturel

887. Concordant avec les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle, le droit de l'électricité reconnaît l'existence de monopoles naturels (i) tout en dépassant sur certains points ce seul cadre d'analyse au profit de conceptions proches de l'hypothèse de spécificités d'actifs (ii).

i. La reconnaissance juridique du monopole naturel

888. À l'instar de l'économie néo-institutionnelle, le droit positif de la régulation des marchés électriques qualifie les réseaux de transport et de distribution de monopoles naturels, ce qui justifie leur monopole d'exploitation.

En premier lieu, le droit de l'Union européenne ne reconnaît pas explicitement l'existence d'un monopole naturel mais celui-ci peut se déduire de la définition du transport, sur la base du principe selon lequel l'« *électricité ne peut être fournie aux citoyens de l'Union qu'au moyen du réseau* »²¹⁶⁸, ou encore des dispositifs de désignation du gestionnaire de transport d'une part et des gestionnaires de réseaux de distribution d'autre part qui confirment l'existence d'un monopole d'exploitation pour chaque réseau²¹⁶⁹.

En second lieu, la qualification de monopole naturel est expressément effectuée en droit français. Ainsi, la CRE qualifie à plusieurs reprises dans ses rapports annuels les réseaux de « *monopoles naturels* »²¹⁷⁰ et conclut alors à la nécessité d'en opérer une régulation²¹⁷¹. Cette qualification est confirmée par les décisions de la CRE relatives aux gestionnaires de réseau public de distribution²¹⁷² ou au réseau public de transport²¹⁷³.

889. La reconnaissance du monopole naturel est donc sans ambiguïté dans le secteur électrique, ce qui concorde avec les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle. De ce point de vue, il pourrait être considéré que, en tant qu'il a été largement reconnu par la CRE y compris

²¹⁶⁸ Directive 2009/72 précitée, § 25 de l'exposé des motifs.

²¹⁶⁹ *Ibid.*, respectivement article 10 et article 24.

²¹⁷⁰ *V.*, pour la première qualification opérée en 2002, CRE (Commission de régulation de l'électricité), *Rapport d'activité*, 2002, p. 18.

²¹⁷¹ *V.*, pour quelques exemples CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2003, p. 6, selon lequel « *Les réseaux de transport et de distribution, regardés en l'état de la technique comme des monopoles naturels, doivent être régulés* » ; *Adde* CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2006, p. 76, selon lequel « *Les réseaux de transport et de distribution sont des infrastructures essentielles qu'il ne serait pas économiquement rationnel de laisser développer par chaque fournisseur pour son propre usage. Leur gestion est donc supposée constituer un monopole naturel. Il en résulte que l'activité de gestion des réseaux est pratiquée dans chaque zone géographique par un monopole soumis à une régulation* ».

²¹⁷² *V.*, parmi de nombreux autres exemples, Décision de la Commission de régulation de l'énergie en date du 30 octobre 2003 se prononçant sur un différend qui oppose la SARL Cogé de Kerverzet à Electricité de France concernant le prix du raccordement d'une installation de production d'électricité, p. 7 ; *Adde* Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 12 mai 2005 se prononçant sur un différend qui oppose Madame Marion COURT à la Coopérative d'électricité de Saint-Martin-de-Londres (CESML) relatif au raccordement d'une installation de production d'électricité photovoltaïque au réseau public de distribution, p. 5.

²¹⁷³ *V.*, par exemple Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 juillet 2009 portant communication concernant l'approbation des modèles de contrat d'accès au réseau public de transport en application de l'article 14 du cahier des charges de concession du réseau public de transport, p. 1.

dans le cadre de décisions administratives, le monopole naturel constitue désormais une notion juridique et par conséquent un couplage structurel du droit et de l'économie. Cependant, le fait de s'accorder sur une telle conception ne suffirait en tout hypothèse pas à expliquer l'ouverture à la concurrence du secteur électrique.

En revanche, il peut être intéressant de souligner qu'un certain nombre de dispositifs prévus par le droit viennent contredire l'hypothèse du monopole naturel et qu'ils peuvent faire l'objet d'une interprétation en termes de spécificités d'actifs.

ii. Le dépassement du monopole naturel en droit de l'électricité

890. Plusieurs cas de figure conduisent à relativiser la notion de monopole naturel en droit, et semblent au contraire concorder avec une analyse en termes de spécificités d'actifs. On peut ainsi citer ici la distinction entre les différentes activités au sein du secteur électrique et, en ce qui concerne plus spécifiquement le monopole naturel du réseau, la possibilité de construire des lignes directes et la possibilité nouvellement reconnue de faire appel à des tiers pour investir dans le réseau.

891. Le premier élément conduisant à reconnaître le dépassement de la théorie du monopole naturel est la division du secteur électrique en plusieurs activités. En effet, d'abord nationalisées et exploitées sous monopole²¹⁷⁴, les différentes activités du secteur électrique ont ensuite été progressivement scindées pour faire l'objet de traitements différenciés.

Tout d'abord, la directive 90/547 relative au transit d'électricité sur les grands réseaux concernait exclusivement le transit d'électricité entre grands réseaux de transport à haute tension²¹⁷⁵ entre États membres, à l'exclusion du transport à l'intérieur d'un État-membre et de la distribution²¹⁷⁶. Aujourd'hui, les interconnexions transfrontalières continuent de faire l'objet d'un traitement spécifique et différencié du reste du réseau de transport²¹⁷⁷, et il est même possible désormais pour les sociétés gestionnaires de réseau de transport européennes de créer une société commune pour la gestion d'un réseau de transport régional transfrontalier²¹⁷⁸, ce qui constitue sans doute une avancée très intéressante. Ainsi, il est possible d'isoler juridiquement les interconnexions transfrontalières du reste du réseau de transport. L'existence d'un monopole naturel n'empêche donc pas ici de traiter, en son sein, deux éléments différemment en raison de leurs caractéristiques spécifiques.

Par la suite, la directive 96/92 a distingué trois activités au sein du secteur électrique afin

²¹⁷⁴ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, article 1.

²¹⁷⁵ Directive 90/547 précitée, article 1.

²¹⁷⁶ *Ibid.*, article 2.

²¹⁷⁷ *V.*, Règlement (CE) n° 714/2009 précité.

²¹⁷⁸ Code de l'énergie, article L. 111-39.

de poser des règles communes dans l'optique de construction du marché intérieur : la production, le transport et la distribution²¹⁷⁹. La production était alors traitée de manière spécifique, selon un système objectif, transparent, et non discriminatoire²¹⁸⁰ afin d'ouvrir le marché de la production à la concurrence²¹⁸¹. En ce qui les concerne, les réseaux de transport, c'est-à-dire les réseaux de très haute tension²¹⁸², et les réseaux de distribution, c'est-à-dire les réseaux à basse et moyenne tension²¹⁸³, faisaient l'objet de deux régimes juridiques différents du point de vue de leur exploitation²¹⁸⁴. Par ailleurs, la directive exigeait une dissociation comptable entre les activités de production, de transport et de distribution des entreprises verticalement intégrées²¹⁸⁵. En somme, la directive 96/92 a opéré la distinction nette de trois activités dans ce que l'on considérait auparavant comme un monopole naturel, la production, le transport et la distribution. Il y a donc bien eu une dissociation du monopole naturel en fonction de différentes activités présentant toutes des caractéristiques différentes et donc toutes soumises à un régime juridique différent.

Ensuite, la directive 2003/54 a étendu la dissociation d'activités à la fourniture. Alors que celle-ci n'était traitée dans la directive 96/92 que de manière indirecte et en lien étroit avec la question de l'accès au réseau au bénéfice des clients éligibles²¹⁸⁶, la directive 2003/54 pose des règles communes non seulement pour la production, le transport, la distribution mais également pour la fourniture d'électricité²¹⁸⁷. La directive prévoit ainsi l'ouverture progressive du marché de la fourniture d'électricité à la concurrence²¹⁸⁸ et dispose que l'activité de fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles doit faire l'objet de séparations comptables²¹⁸⁹. Une quatrième activité se trouvait donc cette fois expressément consacrée et régie par le droit communautaire, l'activité de fourniture d'électricité.

Enfin, cette distinction entre activités a été confirmée par la directive 2009/72, qui ajoute même à cette liste les dispositions relatives à la protection des consommateurs²¹⁹⁰. Ce principe a enfin été inscrit en droit interne dans le nouveau Code de l'énergie qui consacre un nouvel article à la « distinction des activités ». Il distingue alors la production, le transport, la distribution et enfin la fourniture, « obéissant à des règles d'organisation et soumises à des obligations différentes », les activités de transport et de distribution, donc les activités de monopole naturel, étant selon le Code « régu-

²¹⁷⁹ Directive 96/92 précitée, article 1.

²¹⁸⁰ *Ibid.*, articles 4 et s.

²¹⁸¹ *Ibid.*, § 23 de l'exposé des motifs.

²¹⁸² *V.*, pour la définition actuelle du réseau de transport, Code de l'énergie, articles L. 321-4 et L. 321-5. Le réseau de transport est considéré comme un monopole naturel au niveau national.

²¹⁸³ *V.*, pour la définition actuelle du réseau de distribution, Code de l'énergie, article L. 322-7, renvoyant à l'article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales.

²¹⁸⁴ Directive 96/92 précitée, respectivement articles 7 à 9 et 10 à 12.

²¹⁸⁵ *Ibid.*, article 14.

²¹⁸⁶ *Ibid.*, articles 17 et 18 notamment.

²¹⁸⁷ Directive 2003/54 précitée, article 1^{er}.

²¹⁸⁸ *Ibid.*, article 21.

²¹⁸⁹ *Ibid.*, article 19.

²¹⁹⁰ Directive 2009/72 précitée, article 1.

lées », et les activités de production et de fourniture s'exerçant « au sein de marchés concurrentiels » sous réserve des obligations de service public²¹⁹¹.

En somme, le droit de l'électricité s'est caractérisé par une distinction progressive des différentes activités du secteur et par l'imposition de régimes juridiques spécifiques adaptés aux caractéristiques de chacune d'entre elles, en lieu et place d'un ensemble nationalisé et monopolistique. Or, cette évolution concorde sans aucun doute avec l'analyse modulaire de l'économie néo-institutionnelle, qui propose de distinguer à l'intérieur du monopole naturel les différents modules pour leur imposer des règles et des systèmes d'organisation conformes à leurs spécificités d'actifs.

892. Le second élément conduisant à constater le dépassement du monopole naturel est la mise en place de dispositifs conduisant à l'intervention de tiers pour construire un complément de réseau au réseau de transport d'électricité. Ainsi, même dans les activités les plus touchées par le monopole naturel, comme le transport, on constate un dépassement du monopole naturel au profit d'une analyse en termes de spécificités d'actifs. On trouve cette hypothèse concernant la construction de lignes directes et la mise en œuvre d'appels d'offre pour réaliser les investissements dans le réseau en cas de carence du gestionnaire de réseau de transport.

893. D'une part, le droit positif reconnaît la possibilité de construire des lignes directes²¹⁹². Une telle construction n'a pas vocation à se substituer aux réseaux de transport ou de distribution mais seulement à constituer une source d'économies en permettant de relier à soi ses établissements ou directement certains de ses clients²¹⁹³. Dès lors, on se trouve dans une situation intermédiaire que l'on peut analyser en termes de spécificités d'actifs.

En effet, la construction de la ligne directe peut être refusée si elle est incompatible avec l'intérêt général ou l'accomplissement des missions de service public²¹⁹⁴. Mais surtout, la construction de la ligne peut être subordonnée à un refus d'accès ou à l'ouverture d'une procédure de règlement de litiges²¹⁹⁵, le droit français ayant prévu que l'autorisation de construction ne peut être donnée que si les réseaux existants ne permettent pas de remplir dans les mêmes conditions les mêmes fonctions que la ligne directe²¹⁹⁶, et que la mise en œuvre de servitudes pour la construction de la ligne directe ne peut être obtenue qu'après déclaration d'utilité publique demandée après refus d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution²¹⁹⁷.

Ces dispositions semblent concorder avec une analyse en termes de spécificité d'actif dans

²¹⁹¹ Code de l'énergie, article L. 111-1.

²¹⁹² Directive 2009/72 précitée, article 34 ; *Adde* Code de l'énergie, articles L. 343-1 à L. 343-6. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 24.

²¹⁹³ Directive 2009/72 précitée, article 34§1 ; *Adde* Code de l'énergie, article L. 343-1.

²¹⁹⁴ Code de l'énergie, article L. 343-1.

²¹⁹⁵ Directive 2009/72 précitée, article 34§4.

²¹⁹⁶ Décret n° 2001-366 du 26 avril 2001 relatif aux lignes directes mentionnées à l'article 24 de la loi n° 2000-108 précitée, article 2.

²¹⁹⁷ Code de l'énergie, article L. 343-3.

la mesure où la ligne directe n'est réalisée que si les réseaux existants ne sont pas suffisamment spécifiques à la réalisation de l'opération projetée, tout en conduisant à relativiser²¹⁹⁸, certes assez faiblement, l'hypothèse du monopole naturel.

894. D'autre part, le droit positif permet également de relativiser la notion de monopole naturel en ce qui concerne l'investissement dans le développement du réseau. En effet, la nouvelle directive électricité prévoit la possibilité, lorsque le gestionnaire de réseau de transport ne réalise pas les investissements prévus dans le plan décennal, de lancer un appel d'offres ouvert à tous les investisseurs pour l'investissement en question. Le gestionnaire de réseau se trouve alors dans l'obligation d'accepter le financement et la construction par un tiers, doit fournir aux investisseurs toutes les informations nécessaires, et a l'obligation de connecter les nouveaux actifs. L'ensemble est soumis à l'approbation de l'autorité de régulation²¹⁹⁹.

Le droit français a transposé cette nouvelle solution en posant le principe selon lequel la CRE peut, lorsque le gestionnaire du réseau de transport ne réalise pas un investissement prévu pour des motifs autres que des raisons impérieuses qu'il ne contrôle pas, organiser un appel d'offre après mise en demeure restée infructueuse au bénéfice d'investisseurs tiers. Ces investisseurs ont alors les mêmes droits et les mêmes devoirs que le gestionnaire de réseau de transport, auquel les ouvrages sont remis à l'achèvement des travaux²²⁰⁰. Or, cette hypothèse vient également nuancer le caractère absolu du monopole naturel du réseau de transport et peut venir conforter l'analyse en termes de spécificité d'actif et de différenciation modulaire.

895. En somme, le droit matériel de la régulation de l'électricité semble concorder avec les analyses de l'économie néo-institutionnelle en reconnaissant l'existence du monopole naturel mais aussi en prévoyant l'hypothèse de son dépassement. La reconnaissance des autres spécificités des réseaux électriques vient confirmer ce résultat.

b. La concordance d'analyse des spécificités transactionnelles de l'électricité

896. Il est en outre possible de constater dans le secteur électrique d'autres cas de concordance des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle et du droit. Il s'agit d'une part de la reconnaissance des spécificités de l'électricité du point de vue des exigences de coordination (i) et d'autre part de la reconnaissance émergente de la transaction comme unité d'analyse pertinente des marchés électriques (ii).

²¹⁹⁸ CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité, Concurrence et accès aux réseaux*, op. cit., p. 355.

²¹⁹⁹ Directive 2009/72 précitée, article 22§7.

²²⁰⁰ Code de l'énergie, article L. 321-6. II.

i. La reconnaissance juridique des spécificités de coordination

897. Le droit positif tend à converger avec l'économie néo-institutionnelle en ce qu'il reconnaît également l'existence de spécificités de coordination.

D'une part, le droit positif reconnaît l'importance du développement coordonné et de l'interopérabilité des réseaux²²⁰¹, concernant notamment la mise en œuvre des prescriptions techniques²²⁰². Cela concorde avec l'hypothèse de la spécificité de coordination.

D'autre part, le droit positif reconnaît la spécificité de l'électricité d'un point de vue technique, notamment la nécessité d'ajuster en temps réel la production et la consommation d'électricité²²⁰³. La reconnaissance de ce problème conduit à ce que chaque réseau de transport soit contrôlé d'une manière centralisée, ce qui implique alors la désignation d'un gestionnaire de réseau unique²²⁰⁴. Le Code de l'énergie résume l'ensemble de ces préoccupations en disposant que le « *gestionnaire du réseau public de transport assure à tout instant l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau, ainsi que la sécurité, la sûreté et l'efficacité de ce réseau, en tenant compte des contraintes techniques pesant sur celui-ci* »²²⁰⁵. Ainsi, le droit de la régulation concorde ici avec l'analyse néo-institutionnelle.

898. Dans le même temps, l'analyse en termes de spécificités d'actifs permet d'expliquer pourquoi il est possible de dissocier la fonction de maintien de l'équilibre du réseau, assurée par le gestionnaire du réseau, de la fourniture d'électricité à cette fin, qui peut être fournie de manière concurrentielle par le biais d'un marché organisé²²⁰⁶. En effet, si la fonction d'équilibre relève de la responsabilité du gestionnaire de réseau qui l'exerce par le biais de programmes d'appel²²⁰⁷, il reste que la négociation des contrats de fournitures pour l'ajustement peut être faite par le biais de consultations publiques ou du recours à des marchés organisés²²⁰⁸.

Or, on reconnaît là l'analyse modulaire effectuée par l'économie néo-institutionnelle dans l'étude des maillons de monopole naturel et de leur caractérisation en fonction de spécificités d'actifs. En outre, il est significatif de ce point de vue de noter qu'on assiste actuellement à une transcription émergente de l'analyse transactionnelle en droit positif.

ii. La transcription émergente de l'analyse transactionnelle

899. Certaines évolutions récentes du droit de l'électricité conduisent à constater la convergence du droit et des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle concernant la place et les

²²⁰¹ Directive 2009/72 précitée, article 12 e).

²²⁰² *Ibid.*, article 5.

²²⁰³ CRE (Commission de régulation de l'électricité), *Rapport d'activité*, 2001, p. 23.

²²⁰⁴ Directive 96/92 précitée, § 25 de l'exposé des motifs. *V.*, Directive 2009/72 précitée, article 10.

²²⁰⁵ Code de l'énergie, article L. 321-10. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 15. III.

²²⁰⁶ CRE, *Rapport d'activité*, 2003, p. 2.

²²⁰⁷ Code de l'énergie, article L. 321-10.

²²⁰⁸ *Ibid.*, article L. 321-11.

particularités des transactions dans le secteur électrique.

C'est d'abord l'émergence de la transaction en tant que concept juridique qu'il faut souligner. Dès l'année 2000, la CRE utilisait le concept de « *transactions* » notamment à propos de la création des marchés électriques, mais cette utilisation était marginale²²⁰⁹. Cependant, la loi de 2006 relative au secteur de l'énergie²²¹⁰ a consacré la reconnaissance de la transaction comme unité d'analyse de base en attribuant à la CRE une compétence de surveillance des « *transactions effectuées entre fournisseurs, négociants et producteurs* » et des « *transactions effectuées sur les marchés organisés* »²²¹¹, pouvoir ensuite élargi aux transactions effectuées sur les quotas d'émission de gaz à effet de serre²²¹². Ce pouvoir de surveillance est aujourd'hui repris dans les mêmes termes par le Code de l'énergie²²¹³. Ainsi, le concept de transaction est aujourd'hui utilisé de manière systématique par la CRE dans le cadre de son pouvoir de surveillance des marchés²²¹⁴.

En outre, certains concepts de l'analyse transactionnelle font leur apparition quoique de manière marginale. C'est notamment le cas du concept de « *transactions spécifiques* » utilisé à propos des opérations complexes, ou encore de la mise en œuvre, « *en complément à la surveillance des transactions* », de la surveillance « *du comportement des acteurs disposant d'actifs physiques, et notamment des producteurs d'électricité* »²²¹⁵. Cependant, toutes les conclusions de la théorie économique ne sont pas encore associées à l'utilisation de ce vocabulaire.

En somme, il semble que certains concepts propres à l'économie néo-institutionnelle fassent progressivement leur apparition en droit positif, même s'il s'agit ici d'éléments plutôt marginaux et que cette évolution n'en est qu'à ses balbutiements. La référence à la transaction et à ses spécificités pourrait cependant être, à terme, un couplage structurel important du droit de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle, et donc un outil utile à la communication entre le droit et la théorie économique sur ce point.

900. En définitive, il existe bien une convergence entre les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle et le droit matériel de la régulation dans le secteur électrique. En outre, la perti-

²²⁰⁹ *V.*, notamment Délibération sur les conditions de création d'une bourse de l'électricité du 14 décembre 2000, p. 1 ; *Adde* CRE (Commission de régulation de l'électricité), *Rapport d'activité*, 2000, pp. 21-22 ; *Adde* Communication du 6 septembre 2001 relative à la liberté du négoce d'électricité ; *Adde* Délibération du 21 septembre 2001 sur le projet de règles de marché de Powernext.

²²¹⁰ Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, modifiant l'article 28 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000.

²²¹¹ Anciennement, article 28 de la loi n° 2000-108 précitée.

²²¹² Code de l'énergie, article L. 131-3. Anciennement article 28 de la loi n° 2000-108 précitée, modifié par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

²²¹³ Code de l'énergie, article L. 131-2.

²²¹⁴ *V.*, notamment CRE, *Le fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel en 2007*, *Rapport de surveillance*, 2008, 167 p. ; *Adde* CRE, *Le fonctionnement des marchés de gros français d'électricité et de gaz naturel*, *Rapport 2008*, 2009, 123 p. ; *Adde* CRE, *Le fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel*, *Rapport 2009-2010*, 2010, 108 p.

²²¹⁵ Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 2 juillet 2008 relatives aux modalités de surveillance des transactions sur les marchés de gros de l'électricité et du gaz, Consultation publique, Synthèse des contributions, p. 2.

nence du cadre d'analyse néo-institutionnel se trouve renforcée par la possibilité de son application dans le domaine des communications électroniques, permettant alors de dépasser le constat d'échec de la communication entre le droit et l'économie que nous avons précédemment établi concernant la théorie de l'économie des réseaux.

2. La concordance du droit matériel des communications électroniques et des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle

901. Outre le secteur électrique, le secteur des communications électroniques peut également être interprété en termes néo-institutionnels, ce qui en permet une réinterprétation économique dépassant les limites de l'économie des réseaux. Ainsi, certains éléments du droit des communications électroniques, qui constituaient des obstacles à la transcription juridique de l'analyse économique du droit, peuvent au contraire être considérés comme démontrant la convergence du droit et de l'économie néo-institutionnelle. C'est notamment le cas en ce qui concerne l'analyse du monopole naturel (a) et l'analyse des nécessités de coordination des activités (b).

a. La concordance d'analyse du monopole naturel

902. Droit des communications électroniques et économie néo-institutionnelle concordent dans la reconnaissance du monopole naturel (i). Mais cette concordance va même au-delà dans la mesure où le droit des communications électroniques met en œuvre un dépassement du monopole naturel qui peut s'analyser en termes de spécificités d'actifs (ii).

i. La reconnaissance juridique du monopole naturel

903. Sans revenir sur les éléments qui ont été démontrés auparavant, on peut rappeler ici que le monopole naturel est omniprésent dans le secteur des communications électroniques, concernant la boucle locale, la terminaison d'appel vocal, les infrastructures de génie civil, les réseaux de fibre optique, entre autres²²¹⁶.

Or, il est ici significatif de souligner que l'analyse très fine des marchés pertinents *ex ante* réalisée par l'autorité de régulation sectorielle peut être considérée comme une analyse par actif, permettant une meilleure prise en compte des données économiques, plutôt que comme une défaillance de la régulation *ex ante*²²¹⁷. De ce point de vue, il s'agit donc d'une manifestation de la

²²¹⁶ Cf. *Partie 1. Titre 2, Chapitre 1.*

²²¹⁷ *V.*, pour une critique de cette segmentation considérée comme trop fine, GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, Thessalonique, Athènes, Bruxelles, Éditions Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2010, p. 177-185.

concordance entre le droit et l'économie néo-institutionnelle au service d'une meilleure prise en compte des réalités économiques.

904. Par ailleurs, la conception en termes de spécificités d'actifs d'origine institutionnelle permet de mieux rendre compte des hypothèses où le monopole résulte autant de considérations techniques que des règles juridiques, comme c'est le cas pour la fibre optique où les monopoles naturels sont susceptibles de se reconstituer du fait des règles de droit autorisant les syndicats à ne faire appel qu'à un seul opérateur d'immeuble²²¹⁸.

Ainsi, la convergence des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle et du droit résulte ici de la transcription que cette dernière opère, par le biais du concept d'institution, des règles de droit. Cela lui permet de prendre en compte l'hypothèse d'un monopole de nature institutionnelle, à la différence de la théorie de l'économie des réseaux, et d'y apporter des solutions²²¹⁹.

905. En définitive, tandis que le monopole naturel conduisait au constat d'une transcription limitée de l'analyse économique du droit en droit des communications électroniques, il est source de convergence entre l'économie néo-institutionnelle et le droit.

En outre, il peut être démontré que les tentatives de dépassement du monopole naturel par le droit de la régulation peuvent s'analyser en ayant recours au cadre d'analyse de l'économie néo-institutionnelle, comme le démontre le critère du contre-pouvoir d'acheteur.

ii. La concordance d'analyse par le critère du contre-pouvoir d'acheteur

906. Ainsi qu'il a été démontré auparavant, la qualification de la pertinence *ex ante* d'un marché et notamment de la puissance significative sur celui-ci résulte très souvent de l'existence d'un monopole naturel²²²⁰. Cependant, le monopole naturel ne suffit pas en principe à opérer cette qualification, car il faut également vérifier l'« absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs »²²²¹. Ainsi, l'existence d'un monopole naturel ne crée qu'une « présomption forte » de puissance significative sur le marché qu'il convient de compléter par la détermination de l'absence de contre-pouvoir des acheteurs²²²², ce critère étant en principe indispensable à la qualification de la

²²¹⁸ Cf. Partie 1. Titre 2, Chapitre 1.

²²¹⁹ Cf. *Infra*.

²²²⁰ Cf. Partie 1. Titre 2, Chapitre 1.

²²²¹ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2002/C, 165/03, § 78 ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, *UPC France*, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, du 29 décembre 2006, n° 288251, Publié au recueil Lebon.

²²²² Décision n° 05-0425 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la terminaison d'appel géographique sur les réseaux alternatifs fixes, la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, p. 15.

puissance significative sur le marché²²²³. La régulation *ex ante* d'un marché résulte alors du fait que les opérateurs sont trop interdépendants les uns des autres pour laisser place à la formation d'un contre-pouvoir d'acheteur réellement effectif²²²⁴.

La régulation des communications électroniques se caractérise donc non pas par une remise en cause du monopole naturel, mais bien par une tentative de dépassement de celui-ci. Or, il s'agit là d'une consécration de l'hypothèse de spécificité d'actif, puisque l'analyse conduit à affiner l'appréhension du monopole naturel en insistant sur les rapports bilatéraux entre les opérateurs : l'actif est spécifique dans la mesure où les acteurs de la transaction sont dans une situation de dépendance bilatérale qui les expose à un mauvais déroulement de celle-ci, rendant alors nécessaire une structure de gouvernance spécifique²²²⁵, en l'espèce l'intervention du régulateur.

907. En outre, il faut souligner que les décisions prises à l'occasion du second cycle d'analyse de la pertinence *ex ante* des marchés de la terminaison d'appel vocal sont allées plus loin encore dans l'intégration de l'économie néo-institutionnelle, à un double titre.

D'une part, et de manière tout à fait significative, l'analyse du contre-pouvoir d'acheteur est réalisée en termes de coûts de transaction, l'autorité considérant que l'opérateur perd son contre-pouvoir d'acheteur dès lors que le contrat est conclu, toute modification unilatérale de celui-ci entraînant des coûts de transactions trop élevés²²²⁶. On constate donc ici une véritable transcription de l'hypothèse de coûts de transaction de l'économie néo-institutionnelle.

D'autre part, le contre-pouvoir d'acheteur est examiné non seulement vis-à-vis des concurrents mais également vis-à-vis des consommateurs, qui en sont par ailleurs dépourvus²²²⁷. Une telle position vient également élargir l'analyse en termes de spécificité d'actif puisqu'elle prend en compte la position de l'ensemble des parties à la transaction, y compris les consommateurs, pour déterminer que la structure de gouvernance adéquate n'est pas le marché mais bien la régulation. Cela rejoint des analyses faites par des économistes néo-institutionnalistes²²²⁸.

908. Ainsi, le droit de la régulation des communications électroniques, s'il admet l'hypothèse du monopole naturel, cherche tout de même à le dépasser selon une logique pouvant être interprétée comme une logique en termes de spécificités d'actifs.

²²²³ Décision n° 07-0810 de l'Arcep en date du 4 octobre 2007 portant sur la détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français en métropole, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre pour la période 2008-2010, p. 23 ; *Adde* Décision n° 07-0811 de l'Arcep en date du 16 octobre 2007 portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français outre-mer, la désignation des opérateurs disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, p. 24.

²²²⁴ *V.*, parmi de nombreux autres exemples ART, Décision n° 05-0425 précitée, p. 15.

²²²⁵ SAUSSIER S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, p. 18.

²²²⁶ ARCEP, Décision n° 07-0810 précitée, p. 26 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 07-0811 précitée, p. 27.

²²²⁷ ARCEP, Décision n° 07-0810 précitée, pp. 27-28 ; *Adde* ARCEP, Décision n° 07-0811 précitée, pp. 28-29.

²²²⁸ *V.*, KRAFFT J., SALIES E., « Why and how should new industries with high consumer switching costs be regulated ? The case of broadband internet in France », *op. cit.*, pp. 327-328.

Certes, il faut relativiser la portée de ce dépassement, l'existence d'un contre-pouvoir d'acheteur n'ayant à ce jour jamais été constatée à notre connaissance²²²⁹. En outre, il faut noter que certaines décisions récentes de l'autorité de régulation omettent même de qualifier l'absence de contre-pouvoir d'acheteur²²³⁰. Le monopole naturel apparaît donc bien indépassable, conformément à ce qui été auparavant démontré²²³¹.

Cependant, tant l'hypothèse du maintien du monopole naturel que celle de son possible dépassement permettent dans tous les cas de démontrer l'existence d'une concordance entre le droit et l'économie néo-institutionnelle. Ce résultat trouve une confirmation dans l'analyse des nécessités de mettre en place une coordination des actifs dans le secteur.

b. La concordance d'analyse des nécessités de coordination

909. Par ailleurs, le droit positif de la régulation des communications électroniques concorde avec l'économie néo-institutionnelle s'agissant des exigences de coordination des industries de réseau. On peut le démontrer à propos du principe d'interopérabilité des réseaux (i) et à propos de la gestion du spectre hertzien (ii).

i. La concordance d'analyse par le principe d'interopérabilité des réseaux

910. Sans qu'il soit nécessaire de revenir en détail sur le principe d'interopérabilité des réseaux, il faut rappeler que le droit matériel de la régulation consacre un principe d'intérêt général consistant en la possibilité pour les utilisateurs de communiquer librement entre eux quels que soient les

²²²⁹ *V.*, Décision n° 2008-0896 de l'Arcep en date du 29 juillet 2008 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, pp. 37-41 ; *Adde* Décision n° 2008-0835 de l'Arcep en date du 24 juillet 2008 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, p. 27 ; *Adde* Décision n° 2008-0836 de l'Arcep en date du 24 juillet 2008 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, pp. 27-30 ; *Adde* Décision n° 2010-1149 de l'Arcep en date du 2 novembre 2010 portant sur la détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français en métropole et outre-mer, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre pour la période 2011-2013, pp. 30-32 ; *Adde* Décision n° 2011-0668 de l'Arcep en date du 14 juin 2011 portant sur la définition du marché de gros pertinent des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, pp. 33-36 ; *Adde* Décision n° 2011-0926 de l'Arcep en date du 26 juillet 2011 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, pp. 43-47.

²²³⁰ Décision n° 2010-0402 de l'Arcep en date du 8 avril 2010 portant sur la définition des marchés pertinents des services de capacité, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre ; *Adde* Décision n° 2010-0892 de l'Arcep en date du 22 juillet 2010 portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole et en outre-mer, la désignation d'opérateur disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre.

²²³¹ *Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.*

réseaux auxquels ils sont raccordés, ce principe justifiant le maintien de la régulation *ex ante*²²³².

Or, l'existence de ce principe, qui constituait une limite à la transcription juridique de l'économie des réseaux en ce qu'il infirmait l'effet de club²²³³, apparaît au contraire comme un élément de la concordance d'analyse entre le droit et l'économie néo-institutionnelle, puisqu'il peut s'analyser comme une manifestation de la spécificité des communications électroniques en termes de coordination, rendant nécessaire le maintien de la régulation sectorielle. Par ailleurs, le même résultat apparaît à propos du spectre hertzien.

ii. La concordance d'analyse dans le cas du spectre hertzien

911. Le droit positif tend également à converger avec l'économie néo-institutionnelle s'agissant du spectre hertzien. En effet, la nouvelle directive 2009/140 met l'accent sur la nécessité de prendre en compte le « *concept fondamental* » de « *brouillage préjudiciable* » afin de limiter l'intervention réglementaire à ce qui est véritablement nécessaire pour éviter ce brouillage lors de l'échange des droits sur le spectre hertzien²²³⁴. L'autorité de régulation fixe en outre les conditions techniques pour éviter les brouillages dans les autorisations d'occupation du domaine public hertzien²²³⁵, comme ce sera le cas en dernière analyse en ce qui concernera l'attribution des licences 4G²²³⁶.

De ce point de vue, il existe une concordance d'analyse entre le droit positif et l'économie néo-institutionnelle dans la mesure où c'est l'existence d'une spécificité d'actif précise, la présence d'interférences involontaires, qui rend nécessaire l'intervention de la régulation sectorielle afin de coordonner l'utilisation de ce spectre.

912. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'on peut démontrer l'existence d'une convergence des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle et du droit matériel de la régulation. S'agissant de l'économie néo-institutionnelle vis-à-vis du droit, il semble qu'il y ait coévolution, par l'intermédiaire du couplage structurel d'institution, permettant à cette théorie économique d'intégrer en son sein les politiques publiques poursuivies par le système juridique. En revanche, s'agissant du droit vis-à-vis de l'économie néo-institutionnelle, on constate davantage une concordance qu'une coévolution.

En effet, la convergence du droit et de l'économie néo-institutionnelle sur ce point résulte moins d'une coévolution au sens strict du droit et de l'économie néo-institutionnelle que d'une concordance d'analyse sur les caractéristiques des industries de réseau. Il n'existe en effet pas de

²²³² Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.*

²²³³ *Ibid.*

²²³⁴ Directive 2009/140 précitée, § 31 de l'exposé des motifs.

²²³⁵ CPCE, article L. 42-1. II 4°.

²²³⁶ Décision de l'Arcep n° 2011-0600 en date du 31 mai 2011 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, p. 58.

couplages structurels du droit et l'économie en droit de ce point de vue, sous réserve de l'émergence récente de notions rendant compte des cadres d'analyse de l'économie néo-institutionnelle, comme la notion de transaction.

En toute hypothèse, il reste que la concordance entre les deux cadres d'analyse peut être démontrée, traduisant un traitement particulièrement proche de problèmes communs et donc une convergence entre les deux systèmes. Dès lors, il est possible d'aller plus loin et d'envisager positivement l'hypothèse de la convergence des résultats de l'économie néo-institutionnelle et du droit matériel de la régulation. Or, davantage, il apparaît que la présence de couplages structurels entre le droit et l'économie sur ce versant permet de démontrer ici l'existence d'une véritable coévolution de ces deux cadres d'analyse.

Section II. La coévolution du droit matériel de la régulation et des résultats de l'économie néo-institutionnelle

913. L'existence d'une convergence du droit de la régulation et des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle permet d'envisager positivement l'hypothèse d'une convergence du droit de la régulation et des résultats de l'économie néo-institutionnelle. Au demeurant, il apparaît qu'il ne s'agit pas ici d'une simple convergence, mais bien d'une coévolution au sens strict, rendue possible par la présence de nombreux couplages structurels du droit et de l'économie de ce point de vue. En outre, force est de constater que non seulement cette coévolution se produit, mais qu'elle permet d'expliquer la dynamique à l'œuvre en droit matériel de la régulation. Il existe donc ici une véritable communication entre le droit et de la théorie économique néo-institutionnelle.

914. Du point de vue du droit, le couplage structurel le plus important ici est la recherche de la concurrence et plus largement de l'efficacité économique. En effet, sans qu'il soit nécessaire de revenir en détail sur ces éléments, il a été précédemment démontré que l'évolution du droit de la régulation s'est caractérisée par une prise en compte croissante de ces objectifs²²³⁷.

Ainsi, d'une part, le droit des communications électroniques prévoit aujourd'hui que, parmi les différents objectifs poursuivis par la législation, figurent « *l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale* »²²³⁸ et le développement « *de l'investissement efficace dans les infrastructures, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques* »²²³⁹. Le droit des communications électroniques se donne donc des objectifs de nature économique. D'autre part, il est en de même en ce qui concerne le droit de l'électricité, qui vise aujourd'hui la mise en œuvre d'une réelle concurrence aux fins de réaliser des « *progrès en matière d'efficacité, de compétitivité des prix*

²²³⁷ Cf. *Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.*

²²³⁸ CPCE, article L. 32-1.II 2°.

²²³⁹ *Ibid.*, article L. 31-1. II 3°.

et de niveau de service »²²⁴⁰ et aux fins de promouvoir « la compétitivité sur le marché intérieur »²²⁴¹. La politique énergétique de la France est désormais axée, notamment, sur la « compétitivité économique »²²⁴² et la CRE se voit assigner pour mission, « en particulier », de veiller à ce que le « développement de la concurrence » ne soit pas entravé²²⁴³. En somme, le droit de la régulation sectorielle intègre bien en son sein des objectifs économiques.

Dès lors, c'est l'ouverture du droit sur l'efficacité économique par l'intégration en son sein de cet objectif²²⁴⁴ qui permet une communication avec la théorie économique, en tant que la concurrence et la compétitivité constituent des couplages structurels avec la théorie économique.

915. En outre, à ce couplage structurel général du droit et de la théorie économique s'ajoutent d'autres couplages structurels permettant une coévolution entre le droit et la théorie économique néo-institutionnelle spécifiquement. En effet, celle-ci, en tant qu'elle s'intéresse aux institutions et aux organisations²²⁴⁵, dispose avec le droit de couplages structurels très importants, comme les droits de propriété, le marché, le service public, etc., qui sont des notions que l'on retrouve également en droit de la régulation et qui permettent donc à une communication de s'opérer.

Dès lors, par l'intermédiaire de ces couplages structurels va s'opérer une coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle s'agissant d'une part de la dé-intégration des opérateurs historiques (§1) et d'autre part de la construction de marchés concurrentiels (§2) dans les secteurs de l'électricité et des communications électroniques.

§1. La coévolution de la dé-intégration des opérateurs historiques en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle

916. La coévolution de l'économie néo-institutionnelle normative et du droit matériel de la régulation se produit d'abord par l'intermédiaire d'un couplage structurel spécifique, l'institution du droit de propriété (A). Ce couplage structurel permet la coévolution de la théorie économique et du droit concernant la dé-intégration de l'opérateur historique (B).

²²⁴⁰ Directive 2009/72, § 1 de l'exposé des motifs.

²²⁴¹ *Ibid.*, § 5 de l'exposé des motifs.

²²⁴² Code de l'énergie, article L. 100-1.

²²⁴³ *Ibid.*, article L. 131-1.

²²⁴⁴ *V.*, sur ce point PÉRÈS C., « Rapport introductif », in S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dirs.), *L'efficacité économique du droit*, « Études juridiques », Paris, Economica, 2010, pp. 1-22.

²²⁴⁵ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, p. 1.

A. L'institution du droit de propriété, couplage structurel du droit et de la théorie économique

917. L'économie néo-institutionnelle propose, aux fins d'ouvrir à la concurrence un secteur d'industries de réseau, une analyse en termes de modification des institutions et notamment des droits de propriété (1). Or, une telle analyse tend aujourd'hui, sous réserve des spécificités propres au système juridique, à faire l'objet d'une transcription en droit positif (2).

1. L'analyse économique des droits de propriété dans les industries de réseau

918. L'économie néo-institutionnelle envisage les réformes dans les industries de réseaux en termes de modification de la structure des droits de propriété existant dans ces industries, ce que l'économie néo-institutionnelle appelle le *Market Design* (b). Ce raisonnement prend appui sur le concept économique de propriété qui constitue un couplage structurel avec le droit (a).

a. Le concept économique de droits de propriété, couplage structurel de l'économie et du droit

919. Pour l'économie néo-institutionnelle, les plus importantes des institutions sont les droits de propriété²²⁴⁶. En effet, la théorie économique considère depuis les travaux de Coase que ce sont des droits de propriété, et non des biens, qui sont échangés sur le marché²²⁴⁷. La propriété est ainsi le « *cœur institutionnel de la nouvelle économie réglementaire* »²²⁴⁸.

Or, en tant qu'institution, le concept de droit de propriété en économie néo-institutionnelle constitue un couplage structurel de l'économie et du droit, permettant la communication des deux disciplines. En effet, quoique propre à la théorie économique et constitutif d'une clôture normative de celle-ci (i), le concept de droit de propriété permet une ouverture cognitive vers le droit (ii).

i. Le concept économique de droit de propriété, clôture normative de la théorie économique

920. L'interprétation dominante du concept de droit de propriété en théorie économique est celle de la théorie économique des droits de propriété, ou école des « *property rights* », qui a pour

²²⁴⁶ MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, op. cit., p. 131.

²²⁴⁷ COASE R. H., *The firm, the market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, pp. 10-12 et pp. 153-156 ; Adde MÉNARD C., « Introduction », in C. Ménard (Ed.), *Transaction Costs and Property Rights, The international library of the new institutional economics*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, p. xxi ; Adde BERTRAND E., DESTAIS C., « Le "théorème de Coase", une réflexion sur les fondements micro-économiques de l'intervention publique », *Reflète et perspectives*, vol. 41, 2002/2, pp. 111-123.

²²⁴⁸ GLACHANT J.-M., « Regulating networks in the new economy », *article précité*, p. 6.

auteurs fondateurs Alchian, Demsetz, et Barzel²²⁴⁹. Cependant, cette conception irrigue l'ensemble de la théorie économique, y compris l'économie néo-institutionnelle²²⁵⁰.

921. Le concept économique de propriété est propre à la théorie économique. En effet, il ne correspond pas à la notion juridique de propriété²²⁵¹. Comme que le précise Barzel, les « *droits de propriétés économiques* » doivent être distingués des « *droits de propriété juridiques* »²²⁵². Ainsi, la propriété économique peut certes résulter du droit²²⁵³, mais aussi de normes non juridiques ou de situations purement factuelles²²⁵⁴. L'existence d'une propriété au sens juridique ne garantit pas l'existence d'une propriété au sens économique, et inversement²²⁵⁵.

La propriété fait donc l'objet d'une définition autonome en théorie économique. Celle-ci a été pour la première fois établie par Alchian²²⁵⁶ avant d'être développée par Barzel²²⁵⁷. Alchian a d'abord défini la propriété comme le droit des individus d'utiliser la ressource, c'est-à-dire comme un droit exclusif sur le bien²²⁵⁸. Barzel a ensuite élargi cette définition en concevant le droit de propriété comme la capacité de jouissance d'un bien, directement ou indirectement par l'intermédiaire de l'échange, voire comme un simple intérêt sur un bien²²⁵⁹. Par extension, le concept économique de droit de propriété renvoie aujourd'hui à toutes les hypothèses de contrôle d'un bien et englobe donc un très grand nombre de droits différents²²⁶⁰, jusqu'aux règles de la responsabilité civile et aux obligations contractuelles²²⁶¹. Le droit de propriété économique est donc un concept particulièrement large dont la signification est propre à la théorie économique.

²²⁴⁹ KIRAT T., *Économie du droit*, Paris, La Découverte, « Repères », 1999, p. 64 ; Adde MÉNARD C., « Introduction », *op. cit.*, p. xxi ; Adde LIBECAP G. D., *Contracting for property rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 1-3 ; Adde BARZEL Y., *Economic analysis of property rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, pp. 11-13 et pp. 151-153.

²²⁵⁰ NORTH D. C., *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton, Oxford, Princeton university press, 2005, p. 31 et s. ; Adde MÉNARD C., « Introduction », *op. cit.*, pp. xvii-xxiii ; Adde LIBECAP G. D., « A transactions-costs approach to the analysis of property right », *op. cit.*, p. 141.

²²⁵¹ KIRAT T., *Économie du droit*, *op. cit.*, p. 64 ; Adde ANDERSON T. L., MCCHESENEY F., « Introduction. The economic approach to property rights », in T. L. Anderson., F. S. McChesney, *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law* », Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2003, p. 1.

²²⁵² BARZEL Y., *Economic analysis of property rights*, *op. cit.*, p. 3.

²²⁵³ *Ibid.*, p. 13.

²²⁵⁴ ANDERSON T. L., MCCHESENEY F., « Introduction. The economic approach to property rights », *op. cit.*, p. 1 ; Adde DAINITH T., « Pouvoir étatique en droit et en économie », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, p. 375.

²²⁵⁵ BARZEL Y., *Economic analysis of property rights*, *op. cit.*, p. 4.

²²⁵⁶ ALCHIAN A. A., « Some Economics of Property Rights », in *Economics Forces at Work*, Chapter 5, Indianapolis, IN : Liberty Presse, 127-49, reproduit in C. Ménard (Ed.), *Transaction Costs and Property Rights, The international library of the new institutional economics*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, pp. 399-421.

²²⁵⁷ BARZEL Y., *Economic analysis of property rights*, *op. cit.*, 161 p.

²²⁵⁸ ALCHIAN A. A., « Some Economics of Property Rights », *op. cit.*, pp. 401-404.

²²⁵⁹ BARZEL Y., *Economic analysis of property rights*, *op. cit.*, p. 3.

²²⁶⁰ ANDERSON T. L., MCCHESENEY F., « Introduction. The economic approach to property rights », *op. cit.*, p. 1.

²²⁶¹ ALCHIAN A. A., « Some Economics of Property Rights », *op. cit.*, pp. 405-406 ; Adde KIRAT T., *Économie du droit*, *op. cit.*, p. 65 ; Adde ANDERSON T. L., MCCHESENEY F., « Introduction. The economic approach to property rights », *op. cit.*, p. 1.

922. La théorie économique conçoit alors les biens comme faisant l'objet de multiples droits de propriétés concurrents²²⁶². Sa vocation est alors, appliquant le célèbre théorème de Coase selon lequel « dans un régime où les coûts de transaction sont nuls, une hypothèse standard de la théorie économique, des négociations privées entre les parties mèneront à la conclusion d'accords maximisant la richesse et ce, quel que soit l'arrangement initial des droits »²²⁶³, de déterminer, notamment en prenant soin par le biais des droits de propriété d'internaliser au maximum les externalités²²⁶⁴, l'articulation optimale des différents droits de propriété sur un même bien²²⁶⁵. Ainsi, l'objectif de la théorie économique en matière de droits de propriété est propre à la logique de cette discipline puisqu'il vise l'efficacité économique.

923. En définitive, le concept de droits de propriété constitue d'abord une clôture normative de la théorie économique, tant par sa définition que par ses objectifs. Cependant, il permet aussi l'ouverture cognitive de la théorie économique vers le droit, au moins en ce qui concerne l'économie néo-institutionnelle qui admet une interprétation du droit de propriété plus proche du droit que l'économie néo-classique.

ii. L'ouverture cognitive du concept économique de droits de propriété vers le droit

924. Sans qu'il soit nécessaire d'étudier en détail ici les divergences d'interprétation du concept de droit de propriété entre les différentes théories économiques²²⁶⁶, il faut noter que l'économie néo-institutionnelle se spécifie par une plus grande prise en compte du droit dans la détermination des droits de propriété²²⁶⁷. Cela la conduit à considérer les droits de propriété comme déterminés *a priori*, c'est-à-dire comme une donnée déterminant l'ensemble de ce que les agents économiques peuvent faire et donc, *in fine*, la performance économique²²⁶⁸.

De ce point de vue, l'État se voit reconnaître une grande importance puisqu'il est celui qui définit, interprète, et sanctionne les droits de propriété²²⁶⁹. La modification des droits de propriétés se réalise dès lors essentiellement par l'intermédiaire de modifications législatives et réglementaires et non seulement, comme le préconise l'analyse économique du droit, par l'action du juge

²²⁶² ALCHIAN A. A., « Some Economics of Property Rights », *op. cit.*, pp. 404-407 ; Adde BARZEL Y., *Economic analysis of property rights*, *op. cit.*, p. 3.

²²⁶³ COASE R. H., « The Institutional Structure of Production », *op. cit.*, p. 36.

²²⁶⁴ DEMSETZ H., « Toward a Theory of Property Rights », *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 57 (2), May, 347-59, reproduced in R. A. Epstein (Ed.), *Economics of Property Law*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2007, p. 4.

²²⁶⁵ ALCHIAN A. A., « Some Economics of Property Rights », *op. cit.*, pp. 405-406 ; Adde BARZEL Y., *Economic analysis of property rights*, *op. cit.*, p. 9.

²²⁶⁶ V., KIRAT T., *Économie du droit*, *op. cit.*, p. 61.

²²⁶⁷ NORTH D. C., *Institutions, Institutional change and economic performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 2nd Ed., p. 35 ; Adde LIBECAP G. D., *Contracting for property rights*, *op. cit.*, p. 10 ; Adde MERCURO N., MEDEMA S., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, *op. cit.*, p. 131.

²²⁶⁸ LIBECAP G. D., « A transactions-costs approach to the analysis of property right », *op. cit.*, p. 143.

²²⁶⁹ ALSTON J. L., MUELLER B., « Property Rights and the State », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 573-590.

qui viendrait mimer le marché²²⁷⁰. Les possibilités de ces modifications sont alors elles-mêmes dépendantes des institutions juridiques préexistantes²²⁷¹.

925. Ainsi, le concept de droits de propriété en économie néo-institutionnelle permet une ouverture cognitive vers le droit au regard de l'importance particulière accordée à celui-ci dans la détermination de la propriété économique. Dès lors, l'économie néo-institutionnelle considère que c'est d'abord par une modification du droit et spécifiquement des droits de propriété que doivent être mises en œuvre les réformes des industries de réseau.

b. La réforme des industries de réseau comme problème de droits de propriété

926. Pour l'économie néo-institutionnelle, l'existence d'un marché n'est pas un donné mais un construit, sur la base notamment de la structure des droits de propriété.

En effet, l'interprétation *a contrario* du théorème de Coase en termes de coûts de transaction positifs réalisée par l'économie néo-institutionnelle²²⁷², soutenue par Coase lui-même²²⁷³, conduit celle-ci à considérer que l'existence d'un marché n'est pas spontanée, dans la mesure où des coûts de transaction trop élevés peuvent s'opposer à l'échange²²⁷⁴. Un marché ne peut alors exister que s'il est construit sur des droits de propriété permettant les échanges, ce qui suppose une bonne construction de ceux-ci²²⁷⁵. Dès lors, la création d'un marché là où celui-ci n'existait pas est une question de droits de propriété et donc une question de droit²²⁷⁶.

927. Or, la construction de marchés dans le cadre des industries de réseau est un cas d'application tout à fait significatif de ce raisonnement²²⁷⁷. En effet, l'économie néo-institutionnelle adopte pour hypothèse que ces industries sont caractérisées par un certain nombre de spécificités d'actifs auxquelles sont associés des droits de propriété qui engendrent des coûts de transaction élevés empêchant le fonctionnement concurrentiel de celles-ci²²⁷⁸. Cepen-

²²⁷⁰ NORTH D. C., *Institutions, Institutional change and economic performance*, *op. cit.*, p. 47 et p. 79 ; *Adde* LIBECAP G. D., « The effect of transaction costs in the definition and exchange of property rights: two cases from the American experience », in E. Colombatto (Ed.), *The Elgar Companion to The Economics of property rights*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2004, p. 112.

²²⁷¹ LIBECAP G. D., *Contracting for property rights*, *op. cit.*, pp. 18-19.

²²⁷² LIBECAP G. D., « The effect of transaction costs in the definition and exchange of property rights : two cases from the American experience », *op. cit.*, pp. 109-110 et pp. 123-124.

²²⁷³ COASE R. H., « The Institutional Structure of Production » *op. cit.*, p. 36.

²²⁷⁴ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 48 ; *Adde* GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, pp. 267 ; *Adde* GHERTMAN M., « The puzzle of regulation, deregulation and reregulation », *op. cit.*, pp. 354-356.

²²⁷⁵ CORIAT B., WEINSTEIN O., « Institutions, échanges et marchés », *Revue d'économie industrielle*, n° 107, 2004, pp. 46-48.

²²⁷⁶ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, pp. 259-276.

²²⁷⁷ CORIAT B., WEINSTEIN O., « Institutions, échanges et marchés », *article précité*, p. 48.

²²⁷⁸ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 53.

dant, elle soutient dans le même temps qu'il est possible de modifier la structure des droits de propriété afin de rendre possible le fonctionnement concurrentiel d'un marché donné²²⁷⁹.

Dès lors, pour ouvrir à la concurrence les industries de réseau, l'économie néo-institutionnelle propose la mise en place d'un *Market Design*, c'est-à-dire une modification des droits de propriété existants²²⁸⁰. Les réformes concurrentielles des industries de réseau s'analysent en effet comme un problème de modification de la structure des droits de propriété dans un secteur déterminé²²⁸¹.

En effet, l'analyse modulaire du monopole naturel conduit à scinder ce dernier en plusieurs actifs différents et la modification des structures de propriété permet alors à la concurrence de s'exercer²²⁸². La modification de la structure des droits de propriété permet en effet de modifier les spécificités d'actifs et ainsi de permettre un fonctionnement concurrentiel du secteur²²⁸³. Notamment, la spécificité de site peut être atténuée par le droit d'accès et la dé-intégration des entreprises, la spécificité physique par l'interconnexion, la spécificité temporelle par la désignation d'un responsable de réseau, etc.²²⁸⁴.

En définitive, en analysant le problème de la réforme des industries de réseau comme un problème de droits de propriété, l'économie néo-institutionnelle ouvre une possibilité de communication avec le droit. Il apparaît que ce dernier y répond favorablement, dans la mesure où il tend à transcrire, de façon certes relative, le concept économique de droits de propriété.

2. La transcription relative du concept économique de droits de propriété en droit de la régulation

928. En abordant la question des couplages structurels existant entre le droit et l'économie, Luhmann pensait déjà au concept de propriété²²⁸⁵. Cependant, il convient de manier avec beau-

²²⁷⁹ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, pp. 266-267 ; *Adde* NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 3 et p. 17 ; *Adde* DANG-NGUYEN G., PENARD T., « Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droits de propriété », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, pp. 297-299.

²²⁸⁰ *V.*, parmi d'autres exemples GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 262 ; *Adde* NEWBERY D., « Refining market Design », *op. cit.*, p. 35 ; *Adde* GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », *op. cit.*, p. 173.

²²⁸¹ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *op. cit.*, p. 17 ; *Adde* NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 3 et p. 17 ; *Adde* DANG-NGUYEN G., PENARD T., « Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droits de propriété », *article précité*, pp. 297-299.

²²⁸² DUBOIS U., SAPACLAN R., « Public service perspectives on reforms of electricity distribution and supply : a modular analysis », *article précité*, pp. 6-8 ; *Adde* CHABAUD D., PARTHENAY C., PEREZ Y., « Environnement institutionnel et trajectoire des entreprises : une analyse northienne de l'industrie électrique », *article précité*, p. 13.

²²⁸³ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, p. 25.

²²⁸⁴ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 430 ; *Adde* GHERTMAN M., « The puzzle of regulation, deregulation and reregulation », *op. cit.*, pp. 354-356.

²²⁸⁵ LUHMANN N., « Clôture et couplage », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, « Droit et société », Paris, LGDJ, 1993, pp. 89-90.

coup de prudence les catégories juridiques et, si le concept mobilisé en théorie économique est bien le concept de propriété, le concept mobilisé en droit semble différent²²⁸⁶. En effet, il apparaît que l'équivalent juridique des droits de propriété économiques est le concept de contrôle davantage que le concept de propriété (a). Toutefois, on constate une évolution du droit positif, inachevée et relative, tendant à rapprocher le concept juridique de propriété du concept économique, démontrant ainsi l'intensité de la communication entre le droit et l'économie (b).

a. La transcription du concept économique de droits de propriété par le concept juridique de contrôle

929. Pour rendre compte des éléments traduits par le concept de propriété en théorie économique, le droit de l'Union européenne et le droit interne utilisent, plutôt que le concept de droits de propriété, le concept de contrôle.

930. En premier lieu, démontrant l'autonomie du système juridique par rapport à la théorie économique, le droit de l'Union européenne, pour rendre compte des données conceptualisées en théorie économique par le concept de droits de propriété, utilise le concept de contrôle.

Ainsi, reprenant la définition qui en avait été donné dans le règlement relatif aux concentrations²²⁸⁷, le droit de l'Union européenne définit en droit de l'électricité le contrôle comme l'ensemble des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise²²⁸⁸. Dans cette optique, les droits de propriété, au sens juridique, ne sont qu'une composante de ce contrôle à côté des droits de jouissance, ou encore des droits et contrats permettant d'avoir une influence significative sur les décisions de l'entreprise²²⁸⁹. C'est ainsi qu'il est interdit en principe aux producteurs et aux fournisseurs d'électricité d'exercer un contrôle sur un réseau de transport et un gestionnaire de réseau de transport, et inversement, ce qui est plus large que la seule notion de propriété au sens juridique de ce terme²²⁹⁰.

En somme, l'analyse de l'articulation des droits de propriété au sens économique est conceptualisée en droit de l'Union européenne en termes de contrôle et non en termes de propriété. Il en est de même en droit interne.

²²⁸⁶ *Contra V.*, GUENOD C., *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel. Modèles communautaire et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit, Université Paris – Dauphine, 2009, pp. 95-97, qui fait référence au droit de propriété dans la restructuration des marchés conformément à la théorie économique mais qui ne réalise pas d'analyse des rapports entre le droit et l'économie concernant la notion de propriété, alors même que ce n'est pas cette notion qui est ici mobilisée à titre principal.

²²⁸⁷ Directive 2009/72 précitée, § 13 de l'exposé des motifs.

²²⁸⁸ *Ibid.*, article 2§34.

²²⁸⁹ *Ibid.*, article 2§34 a) et article 2§34 b).

²²⁹⁰ *Ibid.*, § 11, 15, 21, 23, etc., de l'exposé des motifs, article 9.

931. En second lieu, le concept de contrôle a également été consacré en droit français. Ce concept a d'abord été proposé par la doctrine, notamment par la doctrine du droit économique, afin de permettre le dépassement de la notion formelle de propriété en droit économique²²⁹¹. On le trouve désormais consacré en droit positif, spécialement en matière économique.

Celui-ci se trouve notamment en droit des sociétés, où une société est considérée comme en contrôlant une autre lorsqu'elle détient directement ou indirectement la majorité des droits de vote, lorsqu'elle dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres du conseil d'administration, ou lorsqu'elle dispose de 40% des droits de vote alors qu'aucun autre actionnaire ne détient une fraction supérieure à la sienne²²⁹². On trouve également cette notion en droit des concentrations où le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise²²⁹³.

De ce point de vue, il est tout à fait significatif de souligner que ce sont bien les concepts de contrôle du droit des sociétés et du droit des concentrations auxquels le Code de l'énergie renvoie, lorsque celui-ci interdit qu'une société gestionnaire d'un réseau de transport créée après le 3 septembre 2009 soit contrôlée par une société exerçant des activités de production ou de fourniture²²⁹⁴, et lorsque celui-ci soumet à un régime spécifique les sociétés gestionnaire d'un réseau de transport créées avant le 3 septembre 2009 et contrôlée par une société exerçant des activités de production et de fourniture²²⁹⁵. Ainsi, c'est bien par la notion juridique de contrôle qu'a été transcrit en droit le concept économique de propriété.

932. En définitive, le droit a réalisé la transcription du concept économique de droits de propriété par la notion juridique de contrôle, et le couplage structurel entre le droit et l'économie, du point de vue juridique, s'opère par le concept de contrôle et non le concept de propriété. Cependant, on constate tant en droit de l'Union européenne qu'en droit interne une évolution du concept de propriété le rapprochant du concept économique.

b. La convergence des concepts économique et juridique de propriété

933. On constate actuellement une évolution du concept juridique de propriété le rapprochant du concept économique démontrant l'existence d'une communication entre le droit et la théorie économique. Cette évolution, émergente et tout à fait significative en droit de l'Union euro-

²²⁹¹ FARJAT G., *Pour un droit économique*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 2004, p. 45 et s. ; Adde RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 2007, p. 281.

²²⁹² C. Com., article L. 233-3.

²²⁹³ *Ibid.*, article L. 430-1.III.

²²⁹⁴ Code de l'énergie, article L. 111-8.

²²⁹⁵ *Ibid.*, articles L. 111-9 à L. 111-38 et s.

péenne dans la mesure où elle opère une transcription de l'économie néo-institutionnelle (i), fait l'objet d'un débat très intense en droit interne qui ne saurait être résolu ici (ii).

i. La transcription de l'économie néo-institutionnelle par le concept de « structures de propriété »

934. La coévolution du droit de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle trouve semble-t-il une manifestation significative dans l'émergence en droit de l'Union européenne d'un nouveau concept, le concept de « structures de propriété ».

La nouvelle directive 2009/72 crée en effet le « principe de la dissociation des structures de propriété »²²⁹⁶. Celui-ci implique à la fois l'interdiction pour une entreprise de production ou de fourniture d'électricité d'exercer un contrôle sur un réseau de transport ou sur un gestionnaire de réseau de transport et inversement²²⁹⁷, la restructuration des opérateurs historiques²²⁹⁸, l'interdiction pour une même personne d'être à la fois membre des organes de direction d'entreprises de production et de fourniture et d'entreprises de transport et de distribution²²⁹⁹, ou encore la création d'une entreprise distincte pour la propriété et la gestion du réseau²³⁰⁰, qui peut être intégrale ou non²³⁰¹. Ainsi, le concept de structures de propriété permet de rendre compte et d'intégrer l'ensemble des éléments contenus dans le concept de contrôle et même au-delà, jusqu'à la notion classique de propriété davantage mobilisée concernant la restructuration des opérateurs historiques et des gestionnaires de réseaux.

935. Or, l'émergence de ce concept apparaît tout à fait significative dans la mesure où il semble correspondre non seulement au concept économique de droits de propriété mais plus largement au modèle de l'économie néo-institutionnelle qui analyse les industries de réseau en termes de structures de droit de propriété dans le cadre du *Market Design*.

En somme, on voit émerger là une véritable transcription des concepts de l'économie néo-institutionnelle en droit de l'Union européenne, qui permet par la suite une transcription des solutions proposées. Cette évolution n'est pas sans affecter le droit interne, qui reste cependant plus imperméable aux transformations de ses catégories.

²²⁹⁶ Directive 2009/72 précitée, § 11 de l'exposé des motifs.

²²⁹⁷ *Ibid.*

²²⁹⁸ *Ibid.*, § 14 de l'exposé des motifs.

²²⁹⁹ *Ibid.*, § 15 de l'exposé des motifs.

²³⁰⁰ *Ibid.*, § 17 et 18 de l'exposé des motifs.

²³⁰¹ *Ibid.*, § 21 de l'exposé des motifs.

ii. Le débat sur l'évolution du concept de propriété en droit interne

936. Il existe actuellement en droit interne, au sein de la doctrine civiliste, un débat très disputé sur l'évolution du concept de droit de propriété et notamment sur son adaptation aux conceptions économiques de la propriété. Il n'est pas le lieu ici de trancher ce débat, mais il doit en être fait mention en tant qu'il illustre la recherche d'une meilleure communication entre le droit et la théorie économique s'agissant du concept de propriété.

937. Dans sa conception classique, conçu comme « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »²³⁰², le droit de propriété est un droit naturel, subjectif, exclusif et perpétuel, absolu²³⁰³. Conçu comme la combinaison des attributs d'*usus*, *fructus* et *abusus*, dont la réunion est nécessaire pour caractériser la pleine propriété²³⁰⁴, ses possibilités de démembrement sont limitativement énumérées²³⁰⁵. En effet, la logique du droit de la propriété en droit français est une logique de protection du propriétaire et non une logique d'éclatement de la propriété dans une optique d'efficacité économique²³⁰⁶.

938. Certaines doctrines actuelles cherchent cependant à renouveler la conception juridique du droit de propriété dans une perspective beaucoup plus large, dont la vocation est de la rapprocher d'une conception économique de la propriété²³⁰⁷. Cette thèse, qui a eu pour précurseur Shalev Ginossar²³⁰⁸, a été reprise par Frédéric Zenati dans sa thèse²³⁰⁹ et s'est développée par la suite à tel point que celle-ci, si elle reste minoritaire²³¹⁰, est aujourd'hui suffisamment forte pour être reconvenue comme théorie alternative dans certains manuels de droit civil²³¹¹.

Dans cette optique, la propriété change complètement de sens. Il ne s'agit plus de la pro-

²³⁰² Code civil, article 544.

²³⁰³ MALAURIE P., AYNES L., *Les Biens*, Paris, Defrénois, 3^e Ed., 2007, p. 108 ; Adde CARBONNIER J., *Droit civil. Les biens. Les obligations*, Paris, PUF, « Quadrige Manuels », 1955, p. 1646 ; Adde PAVAGEAU S., *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, Poitiers, LGDJ, 2003, p. 83.

²³⁰⁴ V., CORNU G., *Droit civil. Les biens*, Paris, Montchrestien, 2007, 13^{ème} Ed., p. 66.

²³⁰⁵ MATTEI U., *Basic principles of property law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, Connecticut, USA, London, UK, Greenwood Press, 2000, p. 19 ; Adde LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Le Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz/Litec, 2004, pp. 351-353.

²³⁰⁶ MATTEI U., *Basic principles of property law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, *op. cit.*, p. 37 et pp. 91-93 ; Adde MELEDO-BRIAND D., « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 467-468.

²³⁰⁷ V., ZENATI-CASTAING F., REVET T., *Les biens*, Paris, PUF, « Droit fondamental », 2008, 3^e Ed., 759 p. ; Adde LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens », *op. cit.*, p. 302.

²³⁰⁸ V., GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960, 212 p. V., pour une critique DABIN J., « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.*, 1962, pp. 20-44.

²³⁰⁹ ZENATI F., *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à l'étude du droit subjectif*, Thèse Lyon 3, 1981.

²³¹⁰ V., ZENATI-CASTAING F., REVET T., *Les biens*, *op. cit.* pp. 19-20 ; Adde LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens », *op. cit.*, p. 298.

²³¹¹ V., notamment MEMETEAU G., *Droit des biens*, Paris, Paradigme, 4^e Ed., 2009, pp. 66-67 ; Adde BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Première année. Introduction. Biens. Personne. Famille*, Paris, Dalloz, 2007, 15^e Ed., p. 147.

priété en tant que droit réel parmi les autres, même dans sa forme la plus aboutie²³¹², mais d'une notion fondamentale qui vise le rapport même d'une personne à ses biens²³¹³, synonyme de droit subjectif²³¹⁴. Alors, la propriété apparaît comme l'ensemble de prérogatives permettant à son titulaire de tirer toutes les utilités économiques du bien sous réserve de ce qui est interdit²³¹⁵.

L'originalité de cette conception est qu'elle permet alors de reconnaître l'existence d'une propriété portant sur n'importe quel droit portant sur n'importe quel bien²³¹⁶ et par extension l'existence de propriétés collectives ou simultanées sur un même bien²³¹⁷. Or, une telle conception de la propriété permet sans doute de la rapprocher du concept économique de propriété²³¹⁸.

939. Cependant, ces doctrines nouvelles sont très critiquées. Ainsi, en plus de poser un certain nombre de problèmes logiques liés à une certaine circularité du raisonnement et au fait que plus rien ne semble pouvoir échapper à la propriété²³¹⁹, celles-ci ne semblent pas prendre le chemin de la consécration. Le projet de réforme du Code civil, depuis longtemps bloqué, a en effet réaffirmé la notion traditionnelle de droit de propriété et ce n'est pas sur ce point qu'ont été proposées des avancées, centrées plutôt sur la notion de droit réel²³²⁰.

Sans doute faudrait-il en mieux en effet dans le cas du droit interne, si l'objectif est d'améliorer l'efficacité économique du droit des biens, privilégier comme couplage structurel du droit et de l'économie le concept de droit réel, en tant qu'il désigne, selon l'expression du doyen Carbonnier qui continue aujourd'hui de faire référence, le « *pouvoir juridique qu'a une personne de retirer directement tout ou partie des utilités économiques de la chose* »²³²¹, à condition de voir en lui, conformément aux évolutions attendues du droit positif, un droit direct sur un bien pouvant être lui-même un droit, permettant alors que de multiples droits réels s'appliquent à un même bien²³²².

²³¹² ZENATI F., « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.*, 1993, p. 306 ; *Adde* LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens », *op. cit.*, pp. 453-454.

²³¹³ ZENATI-CASTAING F., REVET T., *Les biens, op. cit.* pp. 255-259 ; *Adde* LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens », *op. cit.*, p. 311, p. 315, p. 324.

²³¹⁴ ZENATI-CASTAING F., REVET T., *Les biens, op. cit.*, p. 260.

²³¹⁵ PAVAGEAU S., *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales, op. cit.*, p. 83.

²³¹⁶ GINOSSAR S., « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1962, p. 579 ; *Adde* ZENATI-CASTAING F., REVET T., *Les biens, op. cit.*, p. 21 et pp. 91-94 ; *Adde* LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens », *op. cit.*, pp. 313-314.

²³¹⁷ LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens », *op. cit.*, p. 315 et s. ; *Adde* MELEDO-BRIAND D., « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », *op. cit.*, p. 467.

²³¹⁸ V., DEMSETZ H., « Property rights », in P. Newman (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan reference limited, New York, Stockton Press, 1998, p. 145.

²³¹⁹ DABIN J., « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.*, 1962, pp. 20-44 ; *Adde* GUTMANN D., « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, le droit et l'immatériel*, Tome 43, Paris, Sirey, 1999, pp. 65-78 ; *Adde* FABRE-MAGNAN M., « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.*, 1997, pp. 588-589.

²³²⁰ ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, 2009, p. 4.

²³²¹ CARBONNIER J., *Droit civil. Les biens. Les obligations, op. cit.*, p. 1580.

²³²² ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens, op. cit.*, p. 4, p. 9 et pp. 11-12. Ainsi est-il projeté de consacrer l'existence de multiples droits réels portant sur des attributs spécifiques du bien, permettant la multiplication des droits sur une même chose, comme la création de « *droits réels locatifs* » et surtout d'un « *droit réel de jouissance spéciale* ».

Une telle solution permettrait sans doute de construire un régime susceptible de transcrire les enseignements de la théorie économique, par le biais du droit réel en tant que couplage structurel, sans modifier la conception classique de la propriété. Les décisions des autorités de régulation semblent d'ailleurs aller dans ce sens puisque par exemple, le droit d'accès aux nouveaux réseaux de fibre optique a été analysé par l'ARCEP comme consacrant des droits d'usage pérennes, et non comme un démembrement forcé et donc comme une expropriation de la propriété de l'opérateur d'immeuble²³²³.

940. En toute hypothèse, la difficulté à concevoir la propriété comme couplage structurel en droit interne, loin d'infirmer la possibilité de communication entre le droit et l'économie, tend au contraire à confirmer l'hypothèse de coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle. En effet, d'une part, seule cette dernière admet que le phénomène de dépendance du sentier puisse contraindre la conception des droits de propriété au point d'empêcher l'adoption d'une conception conforme aux théories économiques²³²⁴. D'autre part, la substitution du droit réel à la propriété comme couplage structurel démontre la nécessité de réintégrer au sein des catégories juridiques du système de réception les données provenant du système extérieur, ce qui va dans le sens de l'hypothèse de coévolution²³²⁵.

941. En définitive, les éléments qui précèdent démontrent l'existence d'une transcription du concept économique de droits de propriété en droit de la régulation, par le biais du concept de contrôle voire par le biais d'une évolution du concept de propriété. L'existence d'un tel couplage structurel permet alors d'expliquer la coévolution des solutions économique et juridique de dé-intégration des opérateurs historiques.

B. La coévolution des solutions juridique et économique de dé-intégration des opérateurs historiques

942. La coévolution de l'économie néo-institutionnelle et du droit de la régulation peut être démontrée concernant la dé-intégration des opérateurs historiques. En effet, l'économie néo-institutionnelle préconise aux fins d'ouvrir à la concurrence les industries de réseau la mise en œuvre d'une dé-intégration de l'opérateur historique associée à la mise en place de toutes les règles relatives à la structure du marché, notamment les règles d'accès²³²⁶. Cette dé-intégration

²³²³ Décision n° 2010-1232 de l'Arcep en date du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom, p. 28.

²³²⁴ LIBECAP G. D., *Contracting for property rights*, *op. cit.*, p. 116.

²³²⁵ TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1993, pp. 122-129.

²³²⁶ NEWBERRY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 17 ; Adde MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, p. 1 ; Adde GLACHANT J.-M., LEVÊQUE F., « The electricity internal market in the European Union : what to do next ? », *op. cit.*, p. 12.

doit être double puisqu'elle doit être d'une part verticale, et il s'agit alors de séparer le réseau de l'opérateur historique, et d'autre part horizontale, c'est-à-dire qu'il s'agit ici de diviser l'opérateur historique et de dissocier chaque activité en plusieurs blocs en permettant son exercice simultané par plusieurs entreprises en situation de concurrence²³²⁷.

943. Or, le droit positif de la régulation des industries de réseau tend à transcrire ces préconisations en son sein. En effet, la place de l'opérateur historique se trouve progressivement banalisée. Si celui-ci reste aujourd'hui dans l'électricité une entreprise publique²³²⁸, il est tout à fait significatif de noter de ce point de vue que la place de l'opérateur historique a été récemment modifiée de manière tout à fait significative par l'adoption du Code de l'énergie.

En effet, auparavant, la loi de 2005 disposait que « *la politique énergétique repose sur un service public de l'énergie qui garantit l'indépendance stratégique de la nation et favorise sa compétitivité économique. Sa conduite nécessite le maintien et le développement d'entreprises publiques nationales et locales dans le secteur énergétique* »²³²⁹, c'est-à-dire qu'il était expressément prévu que la politique énergétique de la France reposait sur le développement de l'opérateur historique EDF. Or, cette disposition a été abrogée par l'ordonnance du 9 mai 2011²³³⁰. Désormais, l'article L. 100-1 du Code de l'énergie dispose seulement que « *la politique énergétique garantit l'indépendance stratégique de la nation et favorise sa compétitivité économique* »²³³¹. Ainsi, il apparaît que la politique énergétique ne repose plus explicitement sur l'opérateur historique, ce qui est un changement politique très fort allant dans le sens de la banalisation de l'opérateur historique. De ce point de vue, le droit converge avec la théorie économique.

944. Plus précisément, cette banalisation de l'opérateur historique s'exerce en droit, en coévolution avec la théorie économique, par l'organisation d'une part de la dé-intégration verticale (1) et d'autre part de la dé-intégration horizontale (2) de celui-ci.

1. La coévolution de la dé-intégration verticale de l'opérateur historique en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle

945. La dé-intégration verticale de l'opérateur historique consiste à séparer les activités concurrentielles des activités de réseaux constitutives d'un monopole naturel²³³². Cependant, prenant en compte les spécificités des actifs propres à chaque secteur, l'économie néo-institutionnelle va

²³²⁷ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 17 ; *Adde* MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, p. 6.

²³²⁸ Code de l'énergie, article L. 111-67.

²³²⁹ Loi n° 2005-781 précitée, article 1.

²³³⁰ Ordonnance n° 2011-504 précitée, article 4.

²³³¹ Code de l'énergie, article L. 100-1.

²³³² GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « The achievement of electricity competitive reforms : a governance structure problem ? », *op. cit.*, p. 27 ; *Adde* NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 187-189 ; *Adde* JOSKOW P. L., « Foreword : US vs. EU electricity reforms achievement », *op. cit.*, pp. xv-xvii.

chercher la meilleure articulation des droits de propriété en fonction des circonstances²³³³, ce qui conduit à des solutions différentes dans le secteur de l'électricité et dans le secteur des communications électroniques. Or, le droit positif tend à transcrire les solutions proposées par l'économie néo-institutionnelle autant pour le secteur de l'électricité (a) que pour le secteur des communications électroniques (b).

a. La coévolution de la dé-intégration verticale de l'opérateur historique dans l'électricité

946. Dans le secteur électrique, l'économie néo-institutionnelle propose un certain nombre de solutions de dé-intégration verticale de l'opérateur historique dont l'efficacité dépend des objectifs poursuivis (i). Le droit positif tend à reprendre ces solutions même si des résistances s'opposent à l'adoption d'un modèle abstraitement efficace (ii).

i. La dé-intégration verticale de l'opérateur historique dans le secteur électrique en économie néo-institutionnelle

947. Pour l'économie néo-institutionnelle, l'entreprise verticalement intégrée présente de grands avantages dans l'électricité puisqu'elle permet d'importants gains de coûts de transaction dans la gestion des spécificités d'actifs. Cependant, elle pose des problèmes d'efficacité et de concurrence puisqu'elle facilite les comportements discriminatoires, augmente le risque de capture politique, entraîne des avantages informationnels, etc.²³³⁴. Dès lors, il est préférable de procéder à la modification verticale des droits de propriété, qui consiste à séparer le réseau de l'opérateur historique afin d'éviter les comportements discriminatoires²³³⁵.

948. Plusieurs modèles de dé-intégration sont alors envisageables. Ceux-ci sont comparés selon leur efficacité respective calculée en tenant compte des coûts de transaction, de la mise en œuvre de la régulation, de l'existence de conflits d'intérêt ou de comportements discriminatoires et enfin de l'objectif d'intégration européenne²³³⁶.

Le premier modèle est le modèle dit LTSO, c'est-à-dire « *legally unbundled Transmission Sys-*

²³³³ GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, pp. 172-175.

²³³⁴ MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, pp. 3-4 et pp. 15-16 ; ADDE NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 180-184.

²³³⁵ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « The achievement of electricity competitive reforms : a governance structure problem ? », *op. cit.*, pp. 29-30 ; ADDE NEWBERY D., « Refining market Design », *op. cit.*, p. 42 et p. 57.

²³³⁶ LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., MUIZON (DE) G., « How to rationalize the debate about 'EU energy third package' ? Revisiting criteria to compare electricity transmission organizations », *article précité*, p. 1 ; ADDE LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., DE MUIZON G., « Comparing electricity transmission arrangements. Revisiting the main arguments from the economic literature to shed light on the EU 3rd Directive debate », *article précité*, pp. 13-15 ; ADDE MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, p. 19.

tem Operator », dans lequel le gestionnaire du réseau de transport est une filiale du groupe verticalement intégré devant gérer le réseau de manière indépendante. Cette solution réduit les problèmes posés par les coûts de transaction et de coordination, mais maintient dans une certaine mesure les problèmes liés aux comportements discriminatoires²³³⁷.

Le second modèle est le modèle dit ISO, c'est-à-dire « *Independent System Operator* », dans lequel ni le gestionnaire du réseau de transport, ni aucun groupe intervenant dans la production ou la fourniture, ne possède le réseau²³³⁸. Ce modèle rend difficile la coordination du réseau, pose des problèmes en termes de congestion et ne met guère en place d'incitations, notamment dans le cas où le gestionnaire de réseau intervient à titre non lucratif²³³⁹. Néanmoins, il permet d'assurer l'accès non-discriminatoire et permet de développer davantage le marché intérieur²³⁴⁰.

Le troisième modèle est le modèle dit ITSO, c'est-à-dire « *Independent Transmission System Operator* » dans lequel le réseau de transport est totalement séparé de l'opérateur historique et devient la propriété de l'entreprise en charge de sa gestion²³⁴¹. C'est ce que l'on appelle l'« *Ownership Unbundling* »²³⁴². Cette hypothèse est favorable à la concurrence parce qu'elle réduit les comportements discriminatoires du gestionnaire de réseau qui ne se trouve plus en conflit d'intérêt²³⁴³, et à la sécurité de l'approvisionnement dans la mesure où le gestionnaire de réseau va réaliser des investissements dans son intérêt²³⁴⁴. Néanmoins, elle pose des problèmes en termes de coordination, augmente les coûts de transaction, et risque d'entraîner le gestionnaire de réseau à favoriser l'efficacité allocative à court-terme plutôt que l'efficacité productive à long terme²³⁴⁵.

²³³⁷ MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, p. 15 ; *Adde* GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », *op. cit.*, pp. 174-175.

²³³⁸ MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, p. 15.

²³³⁹ LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., MUIZON (DE) G., « How to rationalize the debate about 'EU energy third package' ? Revisiting criteria to compare electricity transmission organizations », *article précité*, pp. 3-4 ; *Adde* MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, pp. 19-20.

²³⁴⁰ LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., MUIZON (DE) G., « Comparing electricity transmission arrangements. Revisiting the main arguments from the economic literature to shed light on the EU 3rd Directive debate », *article précité*, pp. 28-31.

²³⁴¹ MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, p. 15.

²³⁴² LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., MUIZON (DE) G., « How to rationalize the debate about 'EU energy third package' ? Revisiting criteria to compare electricity transmission organizations », *article précité*, p. 1 ; *Adde* MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, p. 5.

²³⁴³ GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », *op. cit.*, pp. 174-175, pour qui seule cette séparation totale peut permettre d'assurer des comportements non discriminatoires, et qui donc préconise l'adoption de cette solution concernant le réseau de transport.

²³⁴⁴ MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, pp. 16-17.

²³⁴⁵ *Ibid.*, pp. 18-21.

949. Aucun de ces modèles ne correspond à la meilleure solution dans tous les cas²³⁴⁶. Ainsi, si l'objectif prioritaire est l'intégration, l'ISO est la meilleure solution, suivie de l'ITSO et de la LTSO²³⁴⁷. Au contraire, si l'objectif prioritaire est l'économie de coûts de transaction et l'efficacité allocative, l'ITSO est le meilleur système, suivi de l'ISO et de la LTSO²³⁴⁸. L'efficacité comparée de ces dispositifs dépend alors des objectifs poursuivis par les autorités politiques²³⁴⁹.

Dès lors, la question se pose alors de savoir de quelle manière le droit positif s'est positionné de ce point de vue. Or celui-ci, tout en reprenant les solutions proposées par l'économie néo-institutionnelle, a cependant laissé suffisamment de marges de manœuvre aux autorités politiques pour choisir des mécanismes moins efficaces mais conformes à leurs objectifs en termes de politiques publiques, ce qui peut poser des problèmes.

ii. La dé-intégration verticale des opérateurs historiques en droit de l'électricité

950. L'évolution du droit positif démontre qu'il existe un processus de coévolution de l'économie néo-institutionnelle et du droit de la régulation dans la mesure où la dissociation des structures de propriété n'a cessé de s'approfondir au cours du temps.

De ce point de vue, il faut distinguer la question de l'accès au réseau, aujourd'hui bien résolue, de la question de la structure sociétale du gestionnaire du réseau de transport et de son rapport avec l'entreprise verticalement intégrée, qui pose plus de problème.

951. En premier lieu, on peut considérer aujourd'hui que la question du droit d'accès au réseau est bien résolue. Organisé dès la directive 96/92 qui proposait soit le système de l'accès négocié au réseau soit le système de l'acheteur unique²³⁵⁰, le droit d'accès au réseau a été reconnu comme système exclusif par la directive 2003/54²³⁵¹ et confirmé par la directive 2009/72²³⁵². Aujourd'hui codifié au sein du Code de l'énergie, le droit d'accès au réseau consiste dans le droit de conclure un contrat d'accès aux réseaux de transport et de distribution au bénéfice de toute entreprise que le souhaite²³⁵³. Concrètement, il consiste pour le gestionnaire de réseau de transport à mettre en œuvre les programmes d'appel et d'approvisionnement établis respectivement par les producteurs et par les fournisseurs pour la journée suivante²³⁵⁴.

Il ne peut exister de refus d'accès qu'objectifs et non discriminatoires, fondés uniquement

²³⁴⁶ LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., MUIZON (DE) G., « How to rationalize the debate about 'EU energy third package' ? Revisiting criteria to compare electricity transmission organizations », *article précité*, p. 6.

²³⁴⁷ *Ibid.*, p. 8.

²³⁴⁸ *Ibid.*, pp. 7-8.

²³⁴⁹ *Ibid.*, p. 6.

²³⁵⁰ Directive 96/92 précitée, articles 17 et 18.

²³⁵¹ Directive 2003/54 précitée, article 20.

²³⁵² Directive 2009/72 précitée, article 32.

²³⁵³ Code de l'énergie, articles L. 111-91 et L. 111-92. Anciennement, loi n°2000-108 précitée, article 23.

²³⁵⁴ *Ibid.*, article L. 321-9.

sur des impératifs tenant au bon accomplissement des missions de service public, tenant à la sécurité et la sûreté des réseaux et à la qualité de leur fonctionnement²³⁵⁵, ou justifiés par le non-respect par les producteurs et fournisseurs de leurs obligations légales²³⁵⁶. Les méthodologies utilisées pour fixer les tarifs sont déterminées par la CRE, qui dispose ainsi d'un pouvoir beaucoup plus fort en la matière depuis l'adoption du Code de l'énergie²³⁵⁷. Les litiges relatifs à l'accès au réseau font l'objet d'un règlement de différends devant la CRE²³⁵⁸.

La première opération de dé-intégration verticale de l'opérateur historique en droit est donc la reconnaissance d'un droit d'accès au réseau au bénéfice des entreprises concurrentes. Or, un tel dispositif est bien conforme aux préconisations normatives des économistes et peut en outre s'expliquer en termes de structure de droits de propriété au sens économique, puisqu'il s'agit bien de redistribuer les droits existant sur le réseau au bénéfice des autres opérateurs économiques et donc de la concurrence. De ce point de vue, il y a bien coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle.

952. En second lieu, la question de l'organisation du gestionnaire de réseau de transport pose plus de problèmes, en témoigne l'attention croissante que lui a portée le droit communautaire.

De ce point de vue, la question de la séparation comptable des entreprises verticalement intégrées est aujourd'hui bien acquise. D'abord exigée par la directive 96/92²³⁵⁹ et confirmée par les directives 2003/54²³⁶⁰ et 2009/72²³⁶¹, elle est aujourd'hui codifiée dans le Code de l'énergie en visant notamment EDF et placée sous le contrôle de la CRE²³⁶². En revanche, la question de la propriété du gestionnaire de réseau de transport a posé beaucoup plus de problèmes.

Tout d'abord, la directive 96/92 a exigé que la fonction de transport des entreprises verticalement intégrée s'exerce indépendamment des autres activités²³⁶³ et a rendu obligatoire la désignation d'un gestionnaire de réseau de transport²³⁶⁴ qui, afin d'agir de manière non-discriminatoire notamment à l'endroit de son groupe²³⁶⁵, devait être « *indépendant, au moins sur le plan de la gestion, des autres activités non liées au transport* »²³⁶⁶, étant noté que cette indépendance n'était en revanche pas exigée pour le réseau de distribution²³⁶⁷. Cette indépendance était donc à l'époque limitée à la gestion et ne s'étendait pas à la propriété. Elle n'était donc pas suffisante.

²³⁵⁵ Code de l'énergie, article L. 111-93.I

²³⁵⁶ *Ibid.*, article L. 111-93.II

²³⁵⁷ *Ibid.*, articles L. 341-1 à L. 342-12. Cf. *Infra*.

²³⁵⁸ *Ibid.*, articles L. 134-19 et s.

²³⁵⁹ Directive 96/92 précitée, article 13.

²³⁶⁰ Directive 2003/54 précitée, article 19.

²³⁶¹ Directive 2009/72 précitée, article 31.

²³⁶² Code de l'énergie, articles L. 111-84 à L. 111-85.

²³⁶³ Directive 96/92 précitée, § 25 et 30 de l'exposé des motifs.

²³⁶⁴ *Ibid.*, articles 7, 8 et 9.

²³⁶⁵ *Ibid.*, article 7§5.

²³⁶⁶ *Ibid.*, article 7§6.

²³⁶⁷ *Ibid.*, articles 10, 11 et 12. L'obligation de non-discrimination est posée mais l'indépendance n'est pas exigée.

Ensuite, la directive 2003/54 a exigé la mise en place d'une indépendance juridique des gestionnaires de réseau de transport²³⁶⁸ et de distribution²³⁶⁹ appartenant à une entreprise verticalement intégrée. Cependant, cette dé-intégration, si elle impliquait une indépendance du point de vue de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision²³⁷⁰ n'obligeait pas à modifier l'agencement des droits de propriété²³⁷¹. La reprise de ces principes par la loi française a alors conduit à la filialisation du gestionnaire du réseau de transport sous la forme d'une société anonyme, RTE²³⁷², et au transfert à son bénéficiaire de l'ensemble des biens nécessaires à l'exercice de son activité²³⁷³. Il en a été de même en matière de distribution, avec ERDF²³⁷⁴. Cette solution correspondait donc au modèle LTSSO, qui, quoique permettant une diminution des coûts de transaction, est cependant considéré comme le plus inefficace par l'économie néo-institutionnelle notamment du point de vue de la mise en œuvre de la concurrence et de l'achèvement du marché intérieur. Or, cette analyse a été suivie par la nouvelle directive 2009/72.

En effet, enfin, la directive 2009/72, si elle ne procède à aucun changement substantiel concernant les réseaux de distribution en termes de propriété à l'exception du renforcement des principes de gestion indépendante du réseau²³⁷⁵, considère en revanche s'agissant du réseau de transport que les règles de la directive 2003/54 ont échoué à remplir leur objectif²³⁷⁶. Dès lors, la seule solution pour continuer de progresser est de mettre en œuvre une « *séparation effective* », un « *"découplage effectif"* » des activités²³⁷⁷ qui « *implique que le propriétaire du réseau soit désigné comme gestionnaire de réseau et qu'il soit indépendant des structures de fourniture et de production* »²³⁷⁸. Il est alors interdit en principe pour toute entreprise de production ou de fourniture d'électricité d'exercer sur un gestionnaire de réseau de transport un contrôle direct ou indirect, cela comportant l'interdiction d'exercer des droits de vote, d'en désigner les membres ou d'en détenir une part majoritaire²³⁷⁹. En somme, la directive 2009/72 adopte donc ici, par principe, le modèle ITSSO, considéré par l'économie néo-institutionnelle comme le plus efficace économiquement.

²³⁶⁸ Directive 2003/54 précitée, § 8 de l'exposé des motifs et article 10.

²³⁶⁹ *Ibid.*, article 15.

²³⁷⁰ *Ibid.*, § 8 de l'exposé des motifs, article 10§1.

²³⁷¹ *Ibid.*, § 8 de l'exposé des motifs selon lequel l'indépendance du gestionnaire de réseau de transport « *n'implique pas le changement de la propriété des actifs* », et selon lequel il est important de « *faire la distinction entre cette séparation juridique et le découplage de la propriété* », et § 10 de l'exposé des motifs selon lequel « *la présente directive ne traite pas des questions de propriété* ». *V.*, également les articles 10§1 pour le transport, 15§1 pour la distribution, et 17 pour le réseau combiné, selon lesquels cette indépendance ne crée pas d'« *obligation de séparer la propriété des actifs du réseau de transport, d'une part, de l'entreprise verticalement intégrée, d'autre part* ».

²³⁷² Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 7. Le capital de RTE doit continuer d'être possédé par EDF ou par d'autres personnes publiques.

²³⁷³ *Ibid.*, articles 9 et 10.

²³⁷⁴ *Ibid.*, articles 5, 6, 13.1 et 14.

²³⁷⁵ Directive 2009/72 précitée, articles 24 à 28 ; *Adde* Code de l'énergie, articles L. 111-57 à L. 111-66.

²³⁷⁶ Directive 2009/72 précitée, § 10 de l'exposé des motifs.

²³⁷⁷ *Ibid.*, § 9 de l'exposé des motifs.

²³⁷⁸ *Ibid.*, § 11 de l'exposé des motifs.

²³⁷⁹ *Ibid.*, article 9.

953. Ainsi, le processus de coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle est démontré. Cependant, celui-ci connaît tout de même deux réserves très importantes.

D'une part, il faut noter que si le modèle adopté est le plus efficace économiquement, il n'est pas, en tout cas selon l'économie néo-institutionnelle, le plus efficace du point de vue de la construction du marché intérieur. Ainsi, il semble que les autorités de l'Union et les États membres aient fait le choix de l'efficacité économique au détriment de la construction du marché intérieur, ce que l'on pourrait, avec les économistes néo-institutionnalistes, déplorer²³⁸⁰.

D'autre part, et surtout, des exceptions au modèle de l'ITSO ont été prévues et viennent limiter fortement la coévolution de l'économie néo-institutionnelle et du droit de la régulation. En effet, dans le cas où le réseau de transport est possédé au 3 septembre 2009 par une entreprise verticalement intégrée, l'État membre peut ne pas appliquer le principe de la séparation des structures de propriété²³⁸¹. Dans un tel cas, il peut soit désigner un gestionnaire de réseau de transport indépendant sur proposition du propriétaire du réseau de transport, ce qui est un système original ne correspondant cependant pas à l'ISO car dans un tel cas l'entreprise verticalement intégrée reste propriétaire du réseau de transport²³⁸², soit se conformer aux dispositions du chapitre V²³⁸³, c'est-à-dire en réalité rester dans le cadre du système du LTSO, les garanties d'indépendance étant cependant renforcées²³⁸⁴. Ces principes révèlent en réalité la volonté de certains États de conserver la propriété des réseaux dans les mains des entreprises verticalement intégrées. Or, c'est le choix qui a été fait en France. En effet, la loi du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne prévoyait de retenir cette dernière solution dans le cadre de l'ordonnance portant transposition de la directive²³⁸⁵.

Le Code de l'énergie a ainsi transposé la directive européenne en posant le principe de la séparation totale des gestionnaires de réseau de transport créés après le 3 septembre 2009 avec les entreprises de production et de fourniture²³⁸⁶, ce qui ne vise en pratique personne, et a prévu un régime spécifique pour les sociétés gestionnaires de réseau de transport appartenant au 3 septembre 2009 à une entreprise verticalement intégrée²³⁸⁷, en pratique RTE. Dans cette hypothèse, le gestionnaire de réseau de transport reste une société disposant obligatoirement d'une person-

²³⁸⁰ LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., MUIZON (DE) G., « Comparing electricity transmission arrangements. Revisiting the main arguments from the economic literature to shed light on the EU 3rd Directive debate », *article précité*, p. 53.

²³⁸¹ Directive 2009/72 précitée, article 9§8.

²³⁸² *Ibid.*, articles 9§8 a) et 13.

²³⁸³ *Ibid.*, article 9§8 b).

²³⁸⁴ *Ibid.*, articles 17 à 23.

²³⁸⁵ Loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne, article 4. I 1°, selon lequel l'ordonnance de ratification de la directive 2009/72 devra « renforcer l'indépendance des gestionnaires de réseau de transport d'électricité ou de gaz, s'agissant de leurs moyens techniques et humains ainsi que de l'organisation interne de ces sociétés, en optant dans les deux cas pour l'option « Gestionnaire de réseau de transport indépendant » régie par le chapitre V de la Directive 2009/72 précitée ».

²³⁸⁶ Code de l'énergie, article L. 111-8.

²³⁸⁷ *Ibid.*, articles L. 111-9 à L. 111-38.

nalité morale distincte²³⁸⁸, soumise à un régime particulier²³⁸⁹ et dont le capital doit appartenir en totalité à EDF, à l'État ou à d'autres entreprises et organismes appartenant au secteur public²³⁹⁰. En tant que gestionnaire de réseau de transport, cette société fait l'objet d'un régime spécifique qui vise à renforcer son indépendance vis-à-vis de la société qui la contrôle, à garantir qu'elle dispose des moyens pour remplir sa mission d'accès aux réseaux notamment²³⁹¹, et à garantir qu'elle conserve la confidentialité des informations qui lui sont confiées²³⁹². Néanmoins, elle reste considérée comme faisant partie, dès lors que la société qui la contrôle exerce une activité de production et/ou une activité de fourniture, ce qui est bien entendu le cas en pratique, de ce qui reste une entreprise verticalement intégrée d'électricité²³⁹³, ce qui lui permet alors d'échapper au principe de séparation totale prévu pour les autres gestionnaires de réseau de transport²³⁹⁴. En somme, en France, la dé-intégration totale entre EDF et RTE n'a pas été mise en œuvre.

954. En définitive, la coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle vers davantage d'efficacité économique est réelle mais a été limitée en droit interne par les résistances de l'État à déconcentrer EDF, ce qui peut cependant être expliqué dans le cadre du concept de coévolution.

En outre, une telle coévolution peut également être démontrée s'agissant du secteur des communications électroniques, qui peut être réinterprété en termes de modification verticale de la structure des droits de propriété.

b. La coévolution de la dé-intégration verticale de l'opérateur historique dans le secteur des communications électroniques

955. L'analyse de l'économie néo-institutionnelle en termes de dé-intégration de l'opérateur historique est également applicable au secteur des communications électroniques (i). Or, il apparaît que le droit positif adopte des solutions qui correspondent à celle-ci au détriment du modèle de l'économie des réseaux (ii).

²³⁸⁸ Code de l'énergie, article L. 111-7.

²³⁸⁹ *Ibid.*, articles L. 111-40 à L. 111-46.

²³⁹⁰ *Ibid.*, article L. 111-42.

²³⁹¹ *Ibid.*, articles L. 111-9, L. 111-11, L. 111-13 à L. 111-39.

²³⁹² *Ibid.*, articles L. 111-72 à 111-75 et articles L. 111-80 à L. 111-83.

²³⁹³ *Ibid.*, article L. 111-10.

²³⁹⁴ *Ibid.*, article L. 111-12 *a contrario*.

i. La dé-intégration verticale de l'opérateur historique dans les communications électroniques en économie néo-institutionnelle

956. Dans le secteur des communications électroniques, l'économie néo-institutionnelle préconise pour partie les mêmes solutions que l'économie des réseaux²³⁹⁵. Elle considère en effet que la dé-intégration verticale est moins nécessaire dans ce secteur que dans l'électricité dans la mesure où il est davantage possible de mettre en place une concurrence par les infrastructures et une régulation opérant un contrôle des prix²³⁹⁶.

957. Cependant, les deux théories économiques se distinguent d'abord conceptuellement. En effet, l'économie néo-institutionnelle critique l'approche en termes de comportements stratégiques adoptée par l'économie des réseaux pour lui préférer une approche en termes de droits de propriété²³⁹⁷. Ainsi, le droit d'accès aux réseaux peut être réinterprété en termes de droits de propriété, notamment de droit d'usage pesant sur le réseau²³⁹⁸. Or, une telle analyse conduit à considérer comme prioritaire la question de l'articulation des droits de propriété plutôt que la seule question de la fixation du prix d'accès au réseau par le régulateur²³⁹⁹.

958. Dès lors, les résultats obtenus par les deux théories économiques divergent sensiblement, notamment dans la mesure où l'économie néo-institutionnelle ne partage guère l'hypothèse du dépassement du monopole naturel par le développement technologique²⁴⁰⁰ et par conséquent l'hypothèse de disparition de la régulation sectorielle, préférant une solution au cas par cas en fonction des spécificités de la transaction²⁴⁰¹. De ce point de vue, une analyse en termes de droits de propriété peut permettre d'appréhender différemment le problème de l'investissement²⁴⁰² notamment en promouvant des opérations de partage de monopole naturel²⁴⁰³.

²³⁹⁵ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 432.

²³⁹⁶ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 174-175, pp. 291-315 et pp. 329-337 ; *Adde* DANG-NGUYEN G., PENARD T., « Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droits de propriété », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, pp. 310-311 ; *Adde* QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », *article précité*, pp. 70-71.

²³⁹⁷ DANG-NGUYEN G., PENARD T., « Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droits de propriété », *article précité*, pp. 297-299 ; *Adde* QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », *article précité*, p. 67 ; *Adde* GLACHANT J.-M., « Regulating networks in the new economy », *op. cit.*, p. 6 et p. 7.

²³⁹⁸ QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », *article précité*, p. 68 ; *Adde* NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 191.

²³⁹⁹ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 17.

²⁴⁰⁰ *Ibid.*, pp. 315-316.

²⁴⁰¹ SHELANSKI H. A., « Vertical relations and 'neutrality' in broadband communications : neither market nor hierarchy ? », in C. Ménard, M. Ghertman (eds.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 152-162 et p. 167.

²⁴⁰² QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », *article précité*, p. 68.

²⁴⁰³ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 191.

En somme, les réponses apportées aux problèmes du secteur des communications électroniques par l'économie néo-institutionnelle sont très différentes de celles de l'économie des réseaux. Or, les évolutions les plus récentes du droit positif tendent à démontrer que celui-ci concorde avec les premières plutôt qu'avec les secondes.

ii. La dé-intégration verticale de l'opérateur historique en droit des communications électroniques

959. Le droit positif des communications électroniques semble coévoluer avec les solutions néo-institutionnelles au détriment de celles de l'économie des réseaux, comme le montrent les évolutions les plus récentes du droit positif.

960. En premier lieu, c'est d'abord le cas concernant la dé-intégration verticale de l'opérateur historique et plus généralement des entreprises verticalement intégrées. Ainsi, il est tout à fait significatif de souligner que la directive 2009/140 consacre désormais la possibilité d'une dissociation des structures de propriété dans les communications électroniques, dispositif qui vient d'être transposé par l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011²⁴⁰⁴.

D'une part, la directive prévoit la possibilité pour l'autorité de régulation de mettre en œuvre dans le cadre de la régulation *ex ante*²⁴⁰⁵, dans des « *cas exceptionnels* », c'est-à-dire lorsqu'est constaté un échec systématique de l'ouverture à la concurrence du secteur, une « *séparation fonctionnelle* » des réseaux²⁴⁰⁶, c'est à dire la création d'entités de gestion du réseau distinctes de l'entreprise principale²⁴⁰⁷. Ce dispositif a été transposé par l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 dans un nouvel article L. 38-2.I CPCE, selon lequel « [L]orsque les obligations prévues au I de l'article L. 38 n'ont pas permis d'assurer une concurrence effective et que d'importants problèmes de concurrence ou des défaillances du marché subsistent en ce qui concerne la fourniture en gros de certains produits d'accès, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut, à titre exceptionnel, imposer à un opérateur verticalement intégré et réputé exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques l'obligation d'organiser ses activités de fourniture en gros des produits concernés dans le cadre d'une entité économique fonctionnellement indépendante »²⁴⁰⁸. Il faut souligner ici que le vocabulaire employé, et notamment la référence aux « *défaillances du marché* », apparaît dériver directement de la théorie économique et vient donc consacrer les modèles les admettant plutôt que ceux les niant, tandis que la référence à une « *entité économique fonctionnellement indépendante* » paraît inhabituelle dans un texte de droit et laisse une marge à l'interprétation. De ce point de vue, ce

²⁴⁰⁴ Ordonnance n° 2011-1012 précitée.

²⁴⁰⁵ Directive 2009/140 précitée, § 61 de l'exposé des motifs, article 1 insérant un article 13 bis 1 à la directive cadre.

²⁴⁰⁶ *Ibid.*, § 61 de l'exposé des motifs.

²⁴⁰⁷ *Ibid.*, § 61 et 62 de l'exposé des motifs et article 1.

²⁴⁰⁸ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 22 insérant un nouvel article L. 38-2 CPCE.

texte semble consacrer une forme de dé-intégration verticale fondée uniquement sur une indépendante de gestion. Cette interprétation doit être retenue car il semble que le système du LTSO, peut-être initialement prévu puisque le projet d'ordonnance prévoyait que les activités étaient « confi[ées] (...) à »²⁴⁰⁹ une entité économique indépendante et non « organis[ées] (...) dans le cadre » d'une entité économique indépendante, a été abandonné. Sans doute les opérateurs ont-ils obtenu cette concession suite à la consultation organisée jusqu'au 20 juillet 2011.

D'autre part, la directive prévoit, sans se prononcer en sa faveur et sans en faire une obligation, l'hypothèse où « une entreprise verticalement intégrée choisit de céder une partie importante ou la totalité de ses actifs de réseau d'accès local à une entité juridique distincte sous contrôle d'un tiers »²⁴¹⁰, c'est-à-dire une hypothèse de dé-intégration totale. Celle-ci est alors rendue possible au titre de la régulation *ex ante* et sur une base volontaire²⁴¹¹. Il s'agit ici de la transcription du modèle de l'ITSO, et donc d'une application du principe de la dissociation des structures de propriété, qui, à la différence du secteur électrique, n'a cependant pas été imposée dans les communications électroniques. Néanmoins, cette nouvelle disposition constitue sans doute un dispositif d'incitation à adopter ce type de solutions en cas d'impossibilité de fonctionnement concurrentiel de certains marchés. Toutefois, il faut noter que la transposition de cette disposition en droit interne semble en recul par rapport à la directive, dans la mesure où l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011, dans un nouvel article L. 38-2-1 CPCE²⁴¹², fait référence à cette cession à une « entité juridique distincte » mais pas au fait que cette dernière pourrait être sous le contrôle d'un tiers. Il y a là un passage du modèle de l'ITSO au modèle du LTSO qui constitue sans doute une régression en termes de possibilité de dé-intégration verticale des opérateurs historiques.

961. En toute hypothèse, et malgré les réserves qui résultent de la transposition en droit interne de la directive, ces nouveaux dispositifs de dé-intégration verticale démontrent à la fois que le droit positif concorde avec l'économie néo-institutionnelle et que celui-ci s'éloigne irrémédiablement de la théorie de l'économie des réseaux, par nature fondée sur l'hypothèse d'une concurrence par les infrastructures et les services et donc sur une intégration verticale des entreprises.

962. En second lieu, les dispositifs juridiques de traitement de la fibre optique peuvent être analysés comme réalisant la transcription des solutions de l'économie néo-institutionnelle. Cette théorie économique a en effet considéré très tôt que le progrès technologique pouvait dans certains cas conduire au rétablissement de goulots d'étranglement²⁴¹³ et considéré qu'il pouvait être mis en œuvre, afin de résoudre ce problème, des opérations de partage du monopole naturel

²⁴⁰⁹ Projet d'ordonnance relative aux communications électroniques soumis à consultation jusqu'au 20 juillet 2011.

²⁴¹⁰ Directive 2009/140 précitée, § 64 de l'exposé des motifs.

²⁴¹¹ *Ibid.*, article 1 insérant un article 13 ter à la directive cadre.

²⁴¹² Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 23, insérant un article L. 38-2-1 CPCE.

²⁴¹³ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 315-316.

s'analysant en termes de structure de gouvernance²⁴¹⁴. Or, c'est bien ce modèle qui a été mis en œuvre en droit positif.

Sans qu'il soit nécessaire d'y revenir en détail, il a été démontré précédemment que la fibre optique constituait une limite au modèle de l'économie des réseaux, dans la mesure où elle conduisait à la reconstitution des monopoles et au maintien de la régulation *ex ante*²⁴¹⁵. Cependant, dans la mesure où le maintien de la régulation *ex ante* a pour effet de désinciter les opérateurs à investir, le Conseil européen de Bruxelles de mars 2009 avait considéré que « *divers mécanismes de coopération entre investisseurs et demandeurs d'accès devraient être autorisés pour diversifier le risque d'investissement* »²⁴¹⁶. Dès lors, la directive 2009/140 dispose désormais que les États-membres peuvent prévoir « *diverses modalités de coopération entre les investisseurs et ceux qui cherchent un accès* »²⁴¹⁷ et le droit interne a consacré cette faculté en donnant aux autorités compétentes le pouvoir d'« *autoriser des modalités de coopération entre les investisseurs et ceux recherchant un accès, afin de diversifier le risque d'investissement dans le respect de la concurrence sur le marché et du principe de non-discrimination* »²⁴¹⁸.

Or, sur cette base, et même antérieurement, l'autorité de régulation a créé le concept de « *mutualisation* » des réseaux de fibre optique²⁴¹⁹, qui s'analyse comme une solution de « *cobabitation* »²⁴²⁰. La mutualisation est un type d'accès au réseau spécifique qui implique que l'opérateur d'immeuble doit prévoir la possibilité pour plusieurs réseaux concurrents de s'installer, en échange d'une mutualisation des moyens par le partage des coûts initiaux entre opérateurs et par l'application d'un malus s'appliquant aux opérateurs souhaitant poser leurs installations *a posteriori*²⁴²¹. Il s'agit alors de la mise en place d'une « *régulation symétrique* » de la fibre optique et non seulement d'une « *régulation asymétrique* »²⁴²², conduisant à des dispositifs de partage des risques et de co-investissements²⁴²³, conformément à ce qu'autorise désormais, au demeurant, la nouvelle « *recommandation NGA* » relative à l'accès réglementé aux réseaux d'accès de nouvelle génération²⁴²⁴.

Ces principes ont depuis été appliqués au contentieux, l'autorité de régulation ayant fait droit aux demandes visant à autoriser les investisseurs à intervenir *a posteriori* en refusant toutefois

²⁴¹⁴ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, 191.

²⁴¹⁵ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 1*.

²⁴¹⁶ Conclusions de la présidence, Conseil européen de Bruxelles, 20 mars 2009, § 17.

²⁴¹⁷ Directive 2009/140 précitée, article 1 insérant un § 5 à l'article 8 de la directive cadre.

²⁴¹⁸ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 3.I 3°, insérant un article L. 32-1. II 3° bis CPCE.

²⁴¹⁹ ARCEP, Décision n° 2008-0835 précitée, p. 1.

²⁴²⁰ *Ibid.*, p. 43.

²⁴²¹ *Ibid.*, pp. 3-4. *V.*, par ailleurs Décision n° 2009-1106 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 22 décembre 2009 précisant, en application des articles L. 34-8 et L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques, les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée, p. 18 et p. 29.

²⁴²² Avis n° 10-A-18 de l'Autorité de la concurrence du 27 septembre 2010 relatif à un projet de décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur le déploiement de la fibre optique en dehors des zones très denses, § 21 et 22. *V.*, en ce sens ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2010, pp. 13-14.

²⁴²³ Aut. Conc., Avis n°10-A-18 précité, § 35 à 40.

²⁴²⁴ Recommandation de la Commission européenne du 20 septembre 2010 sur l'accès réglementé aux réseaux d'accès de nouvelle génération (NGA), [SEC (2010) 1037], § 27 et 28 de l'exposé des motifs.

la moindre exonération du surcoût prenant en compte le risque encouru initialement par l'opérateur d'immeuble, ce dernier étant indispensable pour conserver l'incitation des opérateurs dans l'investissement *a priori* dans les réseaux de fibre optique²⁴²⁵. En dernière analyse, dans deux décisions de règlement de différends de juillet 2011, l'autorité de régulation a précisé ce dispositif²⁴²⁶. Ainsi, dans la décision du 21 juillet, l'autorité a dû résoudre un conflit portant sur les sommes demandées par France Télécom à Free au nom du cofinancement de l'infrastructure, alors appréciées par l'ARCEP sur le fondement des coûts d'un opérateur efficace²⁴²⁷, tout en s'assurant de l'effectivité du droit d'accès au réseau de fibre optique²⁴²⁸. Inversement, elle a connu dans la décision du 26 juillet une demande de France Télécom relative aux sommes demandées par Free concernant le droit d'accès à la partie terminale de la fibre optique²⁴²⁹. Une structure de gouvernance reste donc nécessaire pour encadrer les transactions de fibre optique dont le bon déroulement n'est pas garanti.

En somme, ce sont bien les modèles néo-institutionnels de prise en charge de l'investissement qui ont été consacrés pour développer les réseaux de fibre optique, en promouvant des mécanismes de coopération entre les acteurs économiques, et non les modèles de la théorie de l'économie des réseaux.

963. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que droit matériel de la régulation et économie néo-institutionnelle coévoluent en ce qui concerne la dé-intégration verticale des opérateurs historiques, qui constitue le premier pilier de cette théorie économique du point de vue normatif. En outre, la coévolution du droit et de la théorie économique néo-institutionnelle peut également être démontrée s'agissant de la modification horizontale de la structure des droits de propriété des opérateurs historiques, qui constitue un autre axe fondamental de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau.

2. La coévolution de la dé-intégration horizontale de l'opérateur historique en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle

964. Quoique souvent négligée au profit de la dé-intégration verticale, la dé-intégration horizontale de l'opérateur historique est fondamentale pour la concurrence et constitue un apport

²⁴²⁵ ARCEP, Décision n° 2010-1232 précitée, pp. 29-32.

²⁴²⁶ Décision n° 2011-0846 de l'Arcep en date du 21 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Free Infrastructure et France Télécom ; *Adde* Décision n° 2011-0893 de l'Arcep en date du 26 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés France Télécom et Free Infrastructure.

²⁴²⁷ ARCEP, Décision n° 2011-0846 précitée, p. 24 et s.

²⁴²⁸ *Ibid.*, p. 45 et s.

²⁴²⁹ ARCEP, Décision n° 2011-0893 précitée.

majeur de l'économie néo-institutionnelle²⁴³⁰. Or, le droit positif tend à reprendre ce principe tant dans le secteur électrique (a) que dans le secteur des communications électroniques (b).

a. La coévolution de la dé-intégration horizontale de l'opérateur historique dans le secteur électrique

965. Aux fins de permettre l'exercice d'une concurrence effective dans le secteur électrique, l'économie néo-institutionnelle préconise une dé-intégration horizontale de l'opérateur historique (i). Le droit positif tend à reprendre ce type de solutions même si des impératifs de politique publique s'opposent à une convergence parfaite (ii).

i. La dé-intégration horizontale de l'opérateur historique dans le secteur électrique en économie néo-institutionnelle

966. Dans le secteur électrique, des problèmes importants de concurrence sont liés à la trop grande concentration des entreprises au niveau de la production et de la fourniture²⁴³¹. Dès lors, il faut réaliser une dé-intégration horizontale de l'opérateur historique, c'est-à-dire diviser l'opérateur historique au sein de chacune des différentes activités du secteur électrique, afin d'augmenter le nombre de concurrents sur le marché²⁴³².

C'est notamment le cas en France, où cette question présente une importance redoublée dans la mesure où la majeure partie de l'électricité produite est d'origine nucléaire, ce qui donne à EDF un avantage concurrentiel majeur²⁴³³. Dès lors, pour résoudre réellement le problème de la concentration horizontale dans ce secteur, il apparaîtrait nécessaire d'un point de vue théorique d'opérer de nouveaux investissements dans le nucléaire et de déconcentrer la production nucléaire entre différents concurrents²⁴³⁴. Cependant, les économistes sont contraints de prendre acte du fait que, pour des raisons de sécurité et de politique publique, l'État français refuse en pratique d'adopter cette solution et proposent alors, même si cette solution est sous-optimale, d'opérer une dé-intégration virtuelle de cette production, c'est-à-dire de fournir un accès au nu-

²⁴³⁰ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 17 ; Adde MARTY F., « Vers un *unbundling* dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, p. 6.

²⁴³¹ GLACHANT J.-M., LÉVÊQUE F., « The electricity internal market in the European Union : what to do next ? », *op. cit.*, p. 14 ; Adde MARTY F., « Vers un *unbundling* dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, pp. 6-7 et p. 9 ; Adde GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », *op. cit.*, pp. 179-185.

²⁴³² GLACHANT J.-M., LÉVÊQUE F., « The electricity internal market in the European Union : what to do next ? », *op. cit.*, p. 12 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 199 et pp. 201-204 ; Adde JOSKOW P. L., « Foreword : US vs. EU electricity reforms achievement », *op. cit.*, p. xvii.

²⁴³³ SPECTOR D., *Électricité : faut-il désespérer du marché ?*, Paris, Éditions ENS Rue d'Ulm, « Collection du CEPRE-MAP », 2007, pp. 9-11 et pp. 18-36.

²⁴³⁴ *Ibid.*, pp. 47-50 et p. 54.

cléaire au bénéfice des concurrents²⁴³⁵.

Or, ces solutions ont été progressivement mises en œuvre en droit de la régulation, même si des raisons tenant au maintien de politiques publiques s'opposent encore à une convergence absolue. Des compromis sont néanmoins recherchés.

ii. La dé-intégration horizontale relative de l'opérateur historique en droit de l'électricité

967. Le droit positif consacre bien l'existence d'une dé-intégration horizontale de l'opérateur historique d'abord en permettant l'exercice d'activités en concurrence, et ensuite en scindant l'opérateur afin de renforcer la concurrence, ce qui constitue une opération plus délicate.

968. En premier lieu, l'ouverture à la concurrence du secteur consiste d'abord à autoriser les activités concurrentes de production et de fourniture, celles-ci devant s'exercer, selon le Code de l'énergie, « *au sein de marchés concurrentiels* »²⁴³⁶. De ce point de vue, elle peut s'analyser comme une modification des droits puisqu'il s'agit d'attribuer des autorisations administratives pour exercer cette activité dans le cadre de la procédure de droit commun²⁴³⁷ ou, mais seulement par exception lorsque les capacités ne répondent pas aux objectifs de la production pluriannuelle des investissements en termes de techniques de production ou de localisation géographique, par le biais d'une procédure d'appel d'offres suivie d'une obligation d'achat²⁴³⁸.

Par ailleurs, il est tout à fait significatif de noter que la Commission européenne cherche à renforcer une telle configuration du secteur par le biais de son contrôle des concentrations. Notamment, à plusieurs reprises, celle-ci a admis la légalité d'opérations de concentrations en se prévalant du fait qu'elles permettaient de renforcer la concurrence face à l'opérateur historique, notamment dans le cas d'ENEL en Italie²⁴³⁹ et d'Electrabel en Belgique²⁴⁴⁰.

²⁴³⁵ SPECTOR D., *Électricité : faut-il désespérer du marché ?*, *op. cit.*, pp. 50-52.

²⁴³⁶ Code de l'énergie, article L. 111-1.

²⁴³⁷ Directive 2009/72 précitée, article 7. *V.*, Code de l'énergie, articles L. 311-1 et L. 311-5 à L. 311-9. Anciennement, loi n°2000-108, article 6.

²⁴³⁸ Directive 2009/72 précitée, § 43 de l'exposé des motifs et article 8. *V.*, Code de l'énergie, articles L. 311-1 et L. 311-10 à L. 311-13.

²⁴³⁹ Commission Decision 32005M3729 of 12/08/2005 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.3729 - EDF / AEM / EDISON) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89. Il s'agissait ici d'une affaire concernant une concentration réalisée entre EDF et AEM par le biais d'une entreprise commune, EDISON, sur le marché italien. Aux fins d'examiner les effets anticoncurrentiels de la concentration, la Commission souligne d'abord qu'il faut prendre en compte le contexte italien qui voit un opérateur, ENEL, disposer d'une position largement dominante dans la production d'électricité en Italie et que, même ensemble, les parties à la concentration resteront largement plus petites qu'ENEL (§ 50 et 73). Dès lors, la concentration n'attribue pas de pouvoir de marché anticoncurrentiel s'opposant à sa légalité (§ 93).

²⁴⁴⁰ Commission Decision 32009M5519 of 13/10/09 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.5519 – E.ON/ ELECTRABEL ACQUIRED ASSETS) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89. Dans cette affaire, la Commission a explicitement pris en compte, afin de déclarer l'opération de concentration compatible avec le droit communautaire, le fait qu'E.ON n'était pas encore présent sur le marché belge de la production d'électricité, et que son introduction sur le marché était donc susceptible de faire baisser les parts de marché de l'opérateur historique Electrabel (§ 17 à 27).

En somme, les principes fondamentaux de l'ouverture horizontale à la concurrence des industries de réseau consistent d'abord à réorganiser la structure des droits dans les secteurs de la production et de la fourniture afin de permettre à la concurrence de s'exercer. De ce point de vue, il y a bien coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle.

969. En second lieu, le droit positif a progressivement mis en œuvre une dé-intégration horizontale de l'opérateur historique au sens strict. Il s'agit ici d'une question beaucoup plus délicate, dans la mesure où de nombreuses résistances s'opposent au démantèlement de ces champions nationaux. Cette difficulté explique que le problème de la dé-intégration horizontale ait été totalement laissé de côté par les directives 96/92 et 2003/54²⁴⁴¹. Celle-ci a cependant été mise en œuvre progressivement par le biais du droit de la concurrence avant de faire l'objet d'une timide reconnaissance par la directive 2009/72 puis d'une consécration plus poussée en droit interne.

970. Tout d'abord, la Commission a, à plusieurs reprises, utilisé son pouvoir de contrôle des concentrations impliquant un opérateur historique afin de procéder à son démantèlement, en subordonnant l'autorisation de la concentration à la condition que soient cédées des activités de production d'électricité permettant l'émergence d'une concurrence²⁴⁴². Ce fut ainsi le cas à l'occasion de la concentration ayant donné lieu à la création d'E.On²⁴⁴³, de la concentration entre EDF et EnBw²⁴⁴⁴, de la concentration entre EDF et British Energy²⁴⁴⁵, ou encore de la concentration entre E.On et Endesa²⁴⁴⁶. Il s'agit donc d'une pratique courante de la Commission.

La dé-intégration des opérateurs historiques est en somme apparue comme une étape

²⁴⁴¹ ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, op. cit., p. 219.

²⁴⁴² MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, p. 32.

²⁴⁴³ Décision de la Commission 32000M1673 du 13 juin 2000 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec l'accord EEE (Affaire COMP/M.1673. VEBA/VIAG), § 215 à 248.

²⁴⁴⁴ Décision de la Commission du 7 février 2001 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec l'accord EEE (Affaire COMP/M.1853 — EDF/EnBW). En effet, dans cette décision, la Commission considéra qu' EDF était de manière incontestable en position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles du fait de l'impossibilité pour les concurrents de pénétrer le marché français (§ 32) en raison notamment de la difficulté à avoir accès aux capacités de production (§ 34 à 36). Dès lors, EDF dut s'engager à faire de la compagnie nationale du Rhône, l'un de ses seuls et négligeables concurrents en France, mais qu' EDF gérait concrètement depuis 1946 (§ 29 et 30), une entreprise productrice d'électricité totalement indépendante, EDF renonçant à exercer ses droits de vote et à avoir un de ses représentants au Conseil d'administration (§ 91 et 92).

²⁴⁴⁵ Commission Decision 32008M5224 of 22/12/2008 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.5224 – EdF/ British Energy) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89. Dans cette affaire de concentration, conduisant EDF à devenir le plus gros producteur d'électricité au Royaume-Uni, la Commission a considéré que « la manière la plus effective de maintenir une concurrence effective est de créer les conditions permettant l'émergence d'une nouvelle entité concurrente ou de renforcer les concurrents existants par un dessaisissement des parties à la concentration » (§ 160). Dans ce cas, le concurrent ainsi créé doit être viable et doit pouvoir concurrencer effectivement l'entité concentrée, et ne pas être soumise au pouvoir de marché de cette entité concentrée (§ 161).

²⁴⁴⁶ Commission Decision 32008M5170 of 19/06/2008 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.5170 - E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO) according to Council Regulation (EEC) No 139/2004, §14. La décision de concentration est considérée comme ne produisant pas d'effet anti-concurrentiel en raison d'un abandon d'unités de production d'électricité et de la limitation du transfert de capacités nucléaires.

indispensable à la mise en œuvre de la concurrence sur de nombreux marchés électriques, ainsi que l'a souligné la CRE²⁴⁴⁷. De ce point de vue, le droit positif a appliqué les préconisations de l'économie néo-institutionnelle, même si le principe de la dé-intégration horizontale des opérateurs historiques n'a pas été repris par la nouvelle directive 2009/72²⁴⁴⁸, à l'exception de la dé-intégration de l'activité de production nucléaire, qui constitue l'évolution la plus significative du droit positif dans le sens de la théorie économique.

971. En effet, par ailleurs, la Commission européenne a cherché à résoudre le problème spécifique de l'accès au nucléaire français en mettant en place, par un biais procédural, un accès aux capacités de production nucléaire. Ainsi, à l'occasion de l'opération de concentration entre EDF et EnBW sur le marché allemand, constatant les spécificités du marché français du fait de l'existence du nucléaire et la difficulté conséquente pour mettre en place une concurrence sur le marché de la production²⁴⁴⁹, la Commission a exigé que soit mise en place une procédure d'enchères ouverte et non discriminatoire pour une période minimale de cinq ans de vente d'électricité nucléaire au bénéfice des concurrents d'EDF en France²⁴⁵⁰. C'est ce que l'on appelle les *VPP*, pour *virtual power plants*, c'est-à-dire les centrales électriques virtuelles. Cette application particulièrement constructive du droit de la concurrence, s'apparentant largement à un marchandage puisqu'elle visait le marché français pour une concentration ayant lieu sur le marché allemand, révèle la nécessité pour la Commission de mettre en œuvre la dé-intégration horizontale de l'opérateur historique. Or, le droit interne a progressivement fini par consacrer cette solution.

972. En France, le droit positif a en effet suivi la même évolution. Le problème ici vient du fait que la construction de centrales nucléaires, pour des raisons aisément compréhensibles, est très difficile. Le Code de l'énergie soumet en effet les installations nucléaires de base à un régime spécifique²⁴⁵¹ organisé par la loi n°2006-686 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire²⁴⁵². La création d'une centrale nucléaire est ainsi soumise à autorisation²⁴⁵³ dans des conditions très restrictives²⁴⁵⁴ s'opposant en pratique à leur multiplication. Dès lors, c'est par la mise en place d'enchères électriques virtuelles qu'est réalisée la déconcentration horizontale du secteur.

En premier lieu, la CRE a d'abord salué et surveillé, par le biais de nombreuses recommandations, la mise aux enchères des capacités de production d'EDF telle qu'elle résultait de la

²⁴⁴⁷ CRE, *Rapport d'activité*, 2001, p. 6.

²⁴⁴⁸ MARTY F., « Vers un unbundling dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *article précité*, p. 9.

²⁴⁴⁹ Décision de la Commission COMP/M.1853 précitée, § 35 et 36.

²⁴⁵⁰ *Ibid.*, § 93 à 107.

²⁴⁵¹ Code de l'énergie, articles L. 313-1 et L. 313-2.

²⁴⁵² Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire.

²⁴⁵³ *Ibid.*, article 29.

²⁴⁵⁴ Décret n° 2007-1557 du 2 novembre 2007 relatif aux installations nucléaires de base et au contrôle, en matière de sûreté nucléaire, du transport de substances radioactives.

décision de la Commission²⁴⁵⁵. Elle s'est par ailleurs prononcée en faveur de la création d'un « *programme régulé de mise à disposition d'électricité par EDF sur le marché de gros français* », à défaut de mettre en œuvre une « *mesure structurelle telle que la cession d'actifs de production par EDF* »²⁴⁵⁶. Cependant, la CRE ne disposait pas de la compétence pour mettre en place un tel programme et se contentait donc de surveiller la mise en place des enchères par le biais de son pouvoir de surveillance des marchés²⁴⁵⁷. Celui-ci n'était cependant pas contraignant, le Conseil de la concurrence ayant en outre logiquement refusé de sanctionner sur le fondement du droit de la concurrence une recommandation de la CRE portant sur ce problème²⁴⁵⁸.

En deuxième lieu, c'est alors par le biais du droit de la concurrence qu'a été mise en place l'obligation d'accès à la production nucléaire. Ainsi, en 2007, le Conseil de la concurrence a décidé que le refus d'EDF de donner un accès à ses capacités de production nucléaire à un prix raisonnable constituait une pratique de ciseau tarifaire et donc un abus de position dominante²⁴⁵⁹, et a enjoint à EDF de négocier un accès à la production nucléaire de bonne foi avec Direct Énergie²⁴⁶⁰. Plus généralement, le Conseil de la concurrence a enjoint EDF de fournir, par voie d'appel d'offre, ses concurrents en énergie nucléaire pour une durée longue, à des conditions transparentes et non discriminatoires et à un prix juste²⁴⁶¹. La validité de l'offre formulée par EDF sera par la suite jugée favorablement par le Conseil²⁴⁶², celui-ci se réservant toutefois la faculté de s'autosaisir afin d'approfondir cette ouverture à la concurrence²⁴⁶³, solution qui fut confirmée par la Cour d'appel de Paris²⁴⁶⁴. Néanmoins, le Conseil refusa d'aller jusqu'à fixer lui-même une « *forme de régulation des prix de gros* »²⁴⁶⁵, cela impliquant « *des mesures de régulation qui excèdent manifestement la seule résolution des préoccupations de concurrence énoncées par le Conseil* »²⁴⁶⁶. L'équivalence fonc-

²⁴⁵⁵ Communication de la CRE du 10 juillet 2001 sur les enchères de capacités de production organisées par EDF ; *Adde* Communication de la CRE du 23 novembre 2001 sur les enchères de capacités de production organisées par EDF ; *Adde* CRE, *Rapport d'activité*, 2001, p. 32 ; *Adde* CRE, *Rapport d'activité*, 2002, p. 15 et pp. 30-32.

²⁴⁵⁶ Communication du 16 mars 2006 de la Commission de régulation de l'énergie sur les *Virtual Power Plants* (VPP) mis en œuvre par EDF et leur évolution vers un programme régulé de mise à disposition d'électricité sur le marché de gros, pp. 1-4.

²⁴⁵⁷ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 8 janvier 2009 relative à la publication du rapport de surveillance du fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel en 2007, pp. 2-3. La loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie modifiant l'article 28 de la loi n°2000-108 précitée a mis en place une nouvelle mission au bénéfice de la CRE selon laquelle celle-ci « *surveille, pour l'électricité et pour le gaz naturel, les transactions effectuées entre fournisseurs, négociants et producteurs, les transactions effectuées sur les marchés organisés ainsi que les échanges aux frontières* ».

²⁴⁵⁸ Décision n° 07-MC-04 du Conseil de la concurrence du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Énergie, §141 à 144.

²⁴⁵⁹ *Ibid.*, § 55 à 59 et § 74 à 132.

²⁴⁶⁰ *Ibid.*, § 145 à 148 et § 171 à 173.

²⁴⁶¹ *Ibid.*, § 169 et 172 et dispositif de la décision.

²⁴⁶² Décision n° 07-D-43 du Conseil de la concurrence du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Electricité de France, § 46 à 49, et § 132 à 154.

²⁴⁶³ *Ibid.*, § 163.

²⁴⁶⁴ Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 29 octobre 2008 relatif au recours formé par la société Direct Énergie contre la décision n° 07-D-43 du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France.

²⁴⁶⁵ Cons. Conc., Décision n° 07-D-43 précitée, § 129 et 130.

²⁴⁶⁶ *Ibid.*, § 131.

tionnelle du droit de la concurrence et du droit de la régulation connaît en effet des limites, certes relatives, dont l'analyse a déjà fait état s'agissant du droit des communications électroniques²⁴⁶⁷.

En toute hypothèse, il résulte de cette évolution, à l'instar de ce qui s'est produit en droit de l'Union européenne, que la dé-intégration horizontale du nucléaire s'est imposée car elle était nécessaire, peu important qu'elle ait été mise en œuvre en premier lieu par la régulation sectorielle ou par le biais du droit de la concurrence.

973. En troisième lieu, poursuivant et achevant le processus de coévolution de la théorie économique et du droit, la création d'un droit d'accès aux capacités de production nucléaire historiques a fait l'objet d'une reconnaissance textuelle, relative en droit de l'Union européenne mais réelle en droit interne.

Ainsi, la directive 2009/72 prévoit dans son exposé des motifs, mais sans l'imposer nullement, que la mise en place de centrales électriques virtuelles, et donc d'un droit d'accès des concurrents à la production nucléaire, peut constituer une mesure permettant d'approfondir la concurrence sur le marché électrique²⁴⁶⁸. Le droit de l'Union européenne reconnaît donc la pertinence des mesures de dé-intégration horizontale nucléaire de l'opérateur historique.

Or, le droit français a effectivement mis en œuvre une telle solution. Suite à la publication d'un rapport faisant de la mise en place d'un droit d'accès régulé aux capacités nucléaires l'unique solution pour approfondir la concurrence sur le secteur²⁴⁶⁹, la loi portant nouvelle organisation du marché électrique, dite loi NOME²⁴⁷⁰, a ajouté un article 4.1 à la loi de 2000 mettant en place « à titre transitoire un accès régulé et limité à l'électricité nucléaire historique (...) ouvert à tous les opérateurs fournissant des consommateurs finals (...) à des conditions équivalentes à celles résultant pour Électricité de France de l'utilisation de ses centrales nucléaires »²⁴⁷¹. Aujourd'hui, l'« accès régulé à l'électricité nucléaire historique », dit ARENH, fait l'objet d'un chapitre spécifique au sein du Code de l'énergie²⁴⁷².

Ce mécanisme vise à concilier la liberté de choix du fournisseur d'électricité tout en faisant bénéficier les consommateurs de la compétitivité du parc électronucléaire français²⁴⁷³. Il donne aux seuls opérateurs fournissant des consommateurs finals sur le territoire métropolitain continental ou des gestionnaires de réseaux pour leurs pertes un accès régulé à l'électricité nucléaire historique, c'est-à-dire à la production des centrales mises en service avant le 8 décembre 2010²⁴⁷⁴, et pour une période transitoire courant jusqu'au 31 décembre 2025²⁴⁷⁵. Cet accès régulé a

²⁴⁶⁷ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.*

²⁴⁶⁸ Directive 2009/72 précitée, § 37 de l'exposé des motifs.

²⁴⁶⁹ CHAMPSAUR P., *Rapport de la commission sur l'organisation du marché de l'électricité, Présidée par Paul Champsaur*, Avril 2009, pp. 4 à 18.

²⁴⁷⁰ Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

²⁴⁷¹ Loi n° 2000-108 précitée, article 4.1

²⁴⁷² Code de l'énergie, Chapitre VI du Titre III relatif à la commercialisation du Livre III relatif aux dispositions relatives à l'électricité, articles L. 336-1 à L. 336-10.

²⁴⁷³ *Ibid.*, article L. 336-1.

²⁴⁷⁴ *Ibid.*, articles L. 336-1 et L. 336-2.

²⁴⁷⁵ *Ibid.*, article L. 336-8.

pour objet de permettre la concurrence puisqu'il est consenti à des « conditions économiques équivalentes à celles résultant pour Électricité de France de l'utilisation de ses centrales nucléaires » historiques²⁴⁷⁶.

Le volume maximal d'électricité pouvant être cédé est défini par arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie pris après avis de la CRE, en fonction du développement de la concurrence sur les marchés de la production et de la fourniture²⁴⁷⁷. Des évaluations devront d'ailleurs être régulièrement menées afin de déterminer quel est l'impact de ce dispositif sur la concurrence et plus généralement sur le secteur, aux fins soit d'en prévoir la disparition, soit, dans le cas d'investissements pour prolonger la durée d'exploitation des centrales, aux fins de prévoir des dispositifs d'association des acteurs intéressés²⁴⁷⁸. Sur ce dernier point, il est d'ailleurs intéressant de noter, et l'on y reviendra, que l'on se trouve ici face à un nouveau mécanisme de coopération entre acteurs renvoyant à l'existence d'une structure de gouvernance vis-à-vis d'actifs présentant de fortes spécificités. Il s'agit là d'une nouvelle confirmation de la communication entre le droit de l'électricité et la théorie économique néo-institutionnelle²⁴⁷⁹.

Les conditions de la vente et de l'accord-cadre de celle-ci sont fixées par le ministre de l'énergie sur proposition de la CRE²⁴⁸⁰. Le prix de cession sera arrêté par les ministres de l'économie et de l'énergie sur proposition de la CRE, la décision étant réputée acquise à défaut d'opposition de l'un des ministres dans un délai de trois mois²⁴⁸¹, à partir du 7 décembre 2013, le système antérieur prévoyant que le prix de cession est déterminé par les ministres après avis de la CRE étant maintenu jusqu'à cette date²⁴⁸². De manière plus générale, le rôle de la CRE sera absolument fondamental dans ce dispositif puisque celle-ci propose les prix, calcule les droits, contrôle l'effectivité de l'accès, surveille les transactions effectuées par les entreprises de fourniture, et s'assure de la cohérence entre l'accès à l'électricité nucléaire historique et la consommation finale d'électricité²⁴⁸³. Enfin, la CRE peut utiliser son pouvoir de sanction en cas d'abus du droit d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, pour éviter la spéculation et la dés-incitation à l'investissement, ou au contraire d'entrave à l'exercice de ce droit²⁴⁸⁴.

Bien entendu, la détermination du prix de l'accès à l'électricité nucléaire pose un très grand nombre de problèmes, au regard du nombre de paramètres, en termes d'investissement, de prolongation de la durée de vie des centrales, de traitement des déchets, de recherche, etc., à prendre en compte²⁴⁸⁵, et il fait l'objet d'argumentations contradictoires, liées à la difficulté de

²⁴⁷⁶ Code de l'énergie, article L. 336-1.

²⁴⁷⁷ *Ibid.*, article L. 336-2.

²⁴⁷⁸ *Ibid.*, article L. 336-8.

²⁴⁷⁹ *Cf. Infra.*

²⁴⁸⁰ Code de l'énergie, article L. 336-8.

²⁴⁸¹ *Ibid.*, articles L. 336-7 et L. 337-13.

²⁴⁸² *Ibid.*, articles L. 336-7 et L. 337-16.

²⁴⁸³ *Ibid.*, article L. 336-9. *V.*, par ailleurs les articles L. 336-3 à L. 336-5.

²⁴⁸⁴ *Ibid.*, article L. 134-26.

²⁴⁸⁵ Délibération de la CRE du 5 mai 2011 portant avis sur le projet d'arrêté fixant le prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique à 42 €/MWh au 1er janvier 2012.

préservé tant les intérêts du vendeur, c'est-à-dire EDF, que les intérêts des fournisseurs d'électricité²⁴⁸⁶. Des désaccords ont d'ailleurs eu lieu entre le gouvernement et la CRE, qui prévoyait initialement un prix plus élevé que le prix préconisé par l'autorité de régulation²⁴⁸⁷.

En définitive, le droit de la régulation compte donc, pour mettre en œuvre la concurrence en matière électrique en France, sur un dispositif d'accès régulé à l'énergie nucléaire, à défaut d'avoir mis en œuvre une dé-intégration du parc nucléaire²⁴⁸⁸, sans s'opposer pour autant à la conclusion directe de contrats entre EDF et ses concurrents²⁴⁸⁹. Il en résulte que s'il n'est donc pas considéré comme tout à fait impossible, le fonctionnement normal de ce marché apparaît tout à fait improbable à long terme. En toute hypothèse, l'évolution de cet accès régulé à la production nucléaire démontre bien la coévolution du droit et de la théorie économique.

974. En somme, les préconisations normatives de l'économie néo-institutionnelle relatives à la dé-intégration horizontale des opérateurs historiques ont fait l'objet d'une transcription progressive en droit matériel de l'électricité. Un tel résultat se retrouve en outre en droit des communications électroniques, où l'analyse en termes de dé-intégration horizontale permet de dépasser l'échec de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation.

b. La coévolution de la dé-intégration horizontale de l'opérateur historique dans les communications électroniques

975. Le secteur des communications électroniques peut également faire l'objet d'une analyse économique en termes de dé-intégration horizontale ou plus largement de modification horizontale de la structure des droits de propriété, s'agissant notamment de la question du spectre hertzien (i). Or, le droit positif tend à reprendre ces solutions par le biais de la création de marchés régulés d'échange de fréquences (ii).

i. La dé-intégration horizontale dans les communications électroniques en économie néo-institutionnelle

976. Pour les économistes néo-institutionnalistes, l'un des exemples les plus significatifs du raisonnement selon lequel il convient, pour créer un marché là où il n'en existait pas auparavant,

²⁴⁸⁶ Délibération de la CRE du 14 avril 2011 portant proposition d'arrêté pris pour application du II de l'article 4-1 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 fixant les conditions de vente et les stipulations de l'accord-cadre pour l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, p. 2.

²⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 5.

²⁴⁸⁸ TUOT T., « Loi NOME : trois débats derrière une usine à gaz », *CP-ACCP*, n°109, avril 2011, p. 3.

²⁴⁸⁹ NICINSKI S., « La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *article précité*, p. 6.

de modifier la structure des droits de propriété est l'exemple du spectre hertzien²⁴⁹⁰. En effet, l'un des articles fondateurs de la pensée de Coase proposait précisément de démanteler la propriété publique du spectre hertzien afin de le réattribuer à des personnes privées²⁴⁹¹.

Dès lors, pour ces économistes, il convient de créer un marché du spectre hertzien, ce qui suppose la détermination de droits de propriété sur le spectre et la possibilité de les échanger²⁴⁹². Cependant, ce marché ne peut fonctionner de manière totalement autonome dans la mesure où les interférences liées au spectre impliquent de maintenir une certaine forme de régulation²⁴⁹³.

L'économie néo-institutionnelle propose donc un démantèlement et une distribution du spectre de nature à permettre la création d'un marché régulé de fréquences. Or, il apparaît que le droit matériel de la régulation a repris, sous réserve des contraintes propres au système juridique, une telle solution.

ii. La dé-intégration horizontale en droit des communications électroniques

977. L'analyse du spectre hertzien en termes de droits de propriété apparaît comme la plus convaincante du point de vue de la communication entre le droit et la théorie économique, ainsi que le démontre la coévolution du droit positif et de l'économie néo-institutionnelle.

En effet, la directive cadre exige la mise en place d'un marché secondaire du spectre, c'est-à-dire que les échanges de droits d'utilisation du spectre doivent être rendus possibles sous le contrôle de l'autorité de régulation²⁴⁹⁴. L'amélioration du dispositif régissant le spectre hertzien est en outre au cœur de la nouvelle directive, celle-ci prévoyant notamment un renforcement des droits des titulaires d'autorisations par une limitation de l'intervention des autorités réglementaires aux cas véritablement justifiés par l'intérêt général²⁴⁹⁵ ou par les risques de brouillage²⁴⁹⁶. Sous réserve des interventions nécessaires à la résolution de ces problèmes, la possibilité de cession ou de location du spectre est confirmée²⁴⁹⁷.

Le droit interne a mis en œuvre cette possibilité, puisque si les fréquences appartiennent au domaine public de l'État²⁴⁹⁸, certaines, dont la liste est arrêtée par le ministre chargé des communications électroniques, peuvent faire l'objet d'une cession²⁴⁹⁹. Cependant, lorsque ces fré-

²⁴⁹⁰ GLACHANT J.-M., « Regulating networks in the new economy », *op. cit.*, p. 6 ; *Adde* DE VANY A., « Property rights in the electromagnetic spectrum », *op. cit.*, pp. 167-171.

²⁴⁹¹ COASE R. H., « The Federal Communications Commission », *Journal of Law and Economics*, Volume 2, (1959), pp. 1-40.

²⁴⁹² DE VANY A., « Property rights in the electromagnetic spectrum », *op. cit.*, pp. 167-168.

²⁴⁹³ EPSTEIN R. A., « Introduction », *op. cit.*, pp. vxi-vxii et p. xviii.

²⁴⁹⁴ Directive 2002/21 précitée, article 9§3.

²⁴⁹⁵ Directive 2009/140 précitée, § 32 et § 34 de l'exposé des motifs, article 1.

²⁴⁹⁶ *Ibid.*, § 31 de l'exposé des motifs.

²⁴⁹⁷ *Ibid.*, § 39 de l'exposé des motifs.

²⁴⁹⁸ CPCE, article L. 41-1.

²⁴⁹⁹ *Ibid.*, article L. 42-3.

quences sont des fréquences rares au sens du code²⁵⁰⁰, l'autorité de régulation doit approuver *a priori* leur cession²⁵⁰¹. En outre, cette dernière dispose du pouvoir de s'opposer *a posteriori* aux cessions concernant les autres fréquences²⁵⁰² sur le fondement notamment du respect de la concurrence²⁵⁰³. Sur ces points, l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 ne crée pas de changements significatifs²⁵⁰⁴.

En somme, le droit positif a bien procédé à la création d'un marché du spectre, par l'attribution sur les autorisations d'occupation du domaine public de droits réels. De ce point de vue, il rejoint l'analyse de l'économie néo-institutionnelle en termes de droits de propriété, au profit d'une plus grande efficacité économique. Cependant, cette coévolution trouve un certain nombre de limites dans des considérations propres au système juridique, qui ne remettent toutefois pas en cause sa dynamique.

978. Ainsi, certaines contraintes propres au système juridique limitent la reprise des résultats de la théorie économique en droit de la régulation.

D'une part, le droit matériel de la régulation s'éloigne de l'analyse économique dans la mesure où les objectifs poursuivis peuvent diverger. Ainsi que le relève le droit de l'Union européenne, le problème posé par l'attribution du spectre hertzien est de permettre son utilisation économique tout en continuant de s'assurer de la protection de l'intérêt général²⁵⁰⁵. Or, celui-ci continue de justifier l'intervention des autorités publiques²⁵⁰⁶. Ainsi, en droit interne, l'autorité de régulation peut s'opposer à la cession des autorisations administratives pour des motifs tirés de l'ordre public, des besoins de la défense nationale, de la sécurité publique, ou encore de la bonne utilisation des fréquences²⁵⁰⁷, mais également, lorsque les ressources sont rares au sens du code²⁵⁰⁸, pour des raisons tenant au respect des engagements relatifs à la continuité du service public²⁵⁰⁹. Par ailleurs, l'autorité de régulation peut assortir son approbation des cessions de prescriptions adressées au cessionnaire ou au cédant « *afin d'assurer le respect des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 ou la continuité du service public* »²⁵¹⁰ et donc pour des raisons tenant largement à l'intérêt général.

²⁵⁰⁰ CPCE, article L. 42-2.

²⁵⁰¹ *Ibid.*, article L. 42-3.

²⁵⁰² *Ibid.*, article R. 20-44-9-2

²⁵⁰³ *Ibid.*, article R. 20-44-9-5, 3°.

²⁵⁰⁴ *V.*, Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 42.

²⁵⁰⁵ Directive 2002/21 précitée, § 19 de l'exposé des motifs. *V.*, également, pour une reprise de la même idée, Décision n° 676/2002/CE du Parlement européen et du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision «spectre radioélectrique»), § 8 et 9 de l'exposé des motifs.

²⁵⁰⁶ Directive 2009/140 précitée, § 3 et § 24 et s. de l'exposé des motifs, selon lesquels le spectre est une « *ressource publique limitée* » ayant une « *grande valeur marchande* », et selon lesquels il est « *d'utilité publique* » que sa gestion soit aussi efficace que possible « *d'un point de vue économique, social et environnemental* » ainsi que du point de vue de la « *diversité culturelle* », du « *pluralisme des médias* » et de la « *cobésion sociale et territoriale* », ou encore de l'ordre public et de la défense.

²⁵⁰⁷ CPCE, article R. 20-44-9-5 1°, renvoyant au I de l'article L. 42-1.

²⁵⁰⁸ *Ibid.*, article L. 42-2.

²⁵⁰⁹ *Ibid.*, article R. 20-44-9-5 4°.

²⁵¹⁰ CPCE, article R. 20-44-9-6.

L'intérêt général constitue donc une limite à la transcription en droit des solutions de la théorie économique concernant la création d'un marché du spectre hertzien.

D'autre part, il est nécessaire du point de vue du droit interne de prendre ses distances vis-à-vis des résultats de l'économie néo-institutionnelle et des principes du droit de l'Union européenne. En effet, la cession dont il s'agit est sans doute une cession d'un point de vue économique, mais il ne s'agit pas d'une cession d'un point de vue juridique, conformément aux principes du domaine public qui s'y opposent. En effet, le droit interne ne consacre pas l'existence d'une cession au sens strict, celle-ci étant en réalité une abrogation de l'autorisation précédente et la délivrance d'une nouvelle autorisation, ou bien la modification partielle de l'autorisation existante²⁵¹¹. La réalité de la technique juridique diverge donc des conceptualisations économiques, voire du discours du droit positif qui parle pourtant lui-même de « *cession* »²⁵¹².

Néanmoins, ces deux réserves s'expliquent par le processus même de coévolution de l'économie néo-institutionnelle et du droit. En effet, la communication entre les deux sous-systèmes s'opère, comme le montre le réaménagement des droits permettant la création d'un marché du spectre, tout en conservant l'autonomie de chacun d'eux par la conservation de leurs objectifs spécifiques. En outre, l'approfondissement de la coévolution du droit avec l'économie néo-institutionnelle n'est pas exclu dans la mesure où cette dernière, comme il a été vu, peut assimiler l'existence de spécificités d'actifs de service public dont on pourrait imaginer l'application en matière de spectre hertzien.

979. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent qu'il existe entre le droit de la régulation et l'économie néo-institutionnelle, par l'intermédiaire du couplage structurel des droits de propriété, une coévolution conduisant à la convergence des solutions adoptées en matière de dé-intégration des opérateurs historiques. Cette coévolution permet de comprendre la rationalité du droit de l'électricité du point de vue de la recherche de l'efficacité économique autant qu'elle permet de réinterpréter les évolutions les plus récentes du secteur des communications électroniques dans le sens d'une communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle, à la différence des résultats relatifs à l'économie des réseaux. Par ailleurs, l'existence d'une telle coévolution peut également être démontrée plus généralement s'agissant de l'extension des marchés concurrentiels en droit de la régulation.

²⁵¹¹ *Ibid.*, article R. 20-44-9-7.

²⁵¹² *Ibid.*, article L. 42-3.

§2. La coévolution de l'extension des marchés concurrentiels en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle

980. La coévolution du droit de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle se produit ensuite par le biais du concept d'organisation et de ses sous-divisions, comme le marché, le contrat ou la réglementation, qui constituent des couplages structurels entre le droit et la théorie économique (A). Elle entraîne une convergence des solutions adoptées dans les réformes des industries de réseau s'agissant de l'extension des marchés concurrentiels, y compris lorsqu'elle est freinée en raison du maintien de politiques publiques s'opposant à l'efficacité économique (B).

A. Les organisations, couplages structurels du droit et de l'économie

981. L'économie néo-institutionnelle adopte comme hypothèse que les transactions, dès lors qu'elles atteignent un certain degré de spécificités d'actifs, doivent être encadrées par des structures de gouvernance, ou organisations, dont l'efficacité dépend des spécificités d'actifs dont il est question²⁵¹³ (1). Or, les organisations s'analysent comme autant de couplages structurels entre la théorie économique et le droit qui permettent d'envisager leur communication dans une optique normative (2).

1. L'efficacité des organisations en économie néo-institutionnelle

982. L'économie néo-institutionnelle se donne pour vocation normative de déterminer l'efficacité respective (b) des différentes organisations destinées à encadrer les transactions (a).

a. Le concept d'organisation

983. L'économie néo-institutionnelle se définit comme la théorie économique étudiant les institutions et la façon dont les institutions interagissent avec les organisations²⁵¹⁴. Le second aspect de l'économie néo-institutionnelle est donc l'étude des organisations, c'est-à-dire des structures de gouvernance des transactions²⁵¹⁵. L'auteur fondateur est ici Oliver Williamson et le cadre de référence la théorie des coûts de transaction²⁵¹⁶.

La théorie des coûts de transaction adopte pour hypothèse que les structures de gouvernance sont nécessaires à l'existence des transactions car elles permettent de diminuer les coûts de transaction²⁵¹⁷, liés aux asymétries d'informations, à l'opportunisme des agents, à l'incertitude,

²⁵¹³ Cf. *Supra*.

²⁵¹⁴ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

²⁵¹⁵ SAUSSIÉ S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, p. 25 et s.

²⁵¹⁶ WILLIAMSON O. E., *Economic organization. Firms, markets and policy control*, *op. cit.*

²⁵¹⁷ SAUSSIÉ S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, p. 3.

etc.²⁵¹⁸, lesquels dépendent eux-mêmes des spécificités d'actifs des transactions²⁵¹⁹. Le déroulement de la transaction nécessite en effet une coopération entre les agents pour définir les droits de propriété, mettre en place des mécanismes d'incitations et de garanties crédibles, allouer certains pouvoirs de décision, résoudre les litiges, permettre l'adaptabilité de la transaction, etc.²⁵²⁰. En somme, les organisations sont nécessaires aux transactions car elles les rendent possibles en diminuant leurs coûts de sorte que la transaction permet au final un gain économique.

984. Les organisations peuvent alors prendre des formes multiples, comme le marché, la hiérarchie²⁵²¹, le contrat²⁵²², la réglementation, etc.²⁵²³. De ce point de vue, l'économie néo-institutionnelle se donne pour objectif d'apporter des solutions normatives en recherchant, pour chaque type de transactions, l'organisation la mieux adaptée. C'est ce que l'économie néo-institutionnelle appelle le critère de la « *remédiabilité* ».

b. La « *remédiabilité* » des organisations

985. La théorie des coûts de transaction est fondée, à l'instar de l'analyse économique du droit, sur le théorème de Ronald Coase, mais en réalise une interprétation très différente. En effet, l'économie néo-institutionnelle adopte, en tant qu'article fondateur²⁵²⁴, le premier article d'importance de Coase, « *La nature de l'entreprise* », car c'est dans cet article que Coase insère pour la première fois la notion de coûts de transaction comme justifiant l'existence même des entreprises et l'existence d'un choix entre deux organisations différentes, le marché et l'entreprise²⁵²⁵.

L'économie néo-institutionnelle interprète alors l'article du « *Problème du coût social* » de Coase comme un approfondissement de l'article précédent sur la nature de l'entreprise et de son hypothèse de coûts de transaction²⁵²⁶, consistant à poser le principe selon lequel la normativité de la théorie économique vise à déterminer les arrangements organisationnels les plus adaptés à la

²⁵¹⁸ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 48 ; *Adde* GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 267 ; *Adde* GHERTMAN M., « The puzzle of regulation, deregulation and reregulation », *op. cit.*, pp. 354-356.

²⁵¹⁹ WILLIAMSON O., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 41.

²⁵²⁰ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *op. cit.*, p. 19 ; *Adde* BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M., « The economics of contracts and the renewal of economics », in E. Brousseau, J.-M., Glachant (Eds.), *The Economics of contracts. Theories and Applications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 13-14.

²⁵²¹ SAUSSIER S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, pp. 26-27.

²⁵²² WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 48 et s.

²⁵²³ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, pp. 428-429.

²⁵²⁴ V., COASE R. H., « L'économie néo-institutionnelle », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, p. 51 ; *Adde* WILLIAMSON O., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, pp. 41-42 ; *Adde* WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *article précité*, p. 455 et p. 458 et s.

²⁵²⁵ V., cet article reproduit in COASE R. H., *The firm, the market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, pp. 33-55.

²⁵²⁶ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics », *op. cit.*, p. 99-101.

transaction considérée²⁵²⁷. Elle analyse donc ces travaux comme les prémisses de la théorie des coûts de transaction.

986. La théorie des coûts de transaction cherche en effet à déterminer le meilleur arrangement organisationnel possible²⁵²⁸, c'est-à-dire quelle est la structure de gouvernance des transactions qui permette le mieux d'exécuter la transaction tout en diminuant le plus possible les coûts de transaction²⁵²⁹. C'est ce que l'on appelle le critère de la « remédiabilité », principe selon lequel « une condition est remédiable si une alternative supérieure réalisable peut être mise en œuvre avec des gains nets »²⁵³⁰.

Dans cette optique, la question de la bonne structure de gouvernance ne se détermine pas, au contraire des théories économiques néo-classiques, par rapport à un idéal abstrait mais en comparant les différentes solutions faisables²⁵³¹, au demeurant imparfaites²⁵³², l'environnement institutionnel ayant, de ce point de vue, une importance fondamentale quant à la question de savoir ce qui est faisable et ce qui ne l'est pas²⁵³³. La normativité de l'économie néo-institutionnelle n'est donc pas une normativité relative à la fixation des prix, mais une normativité relative à la détermination des organisations efficaces²⁵³⁴.

De ce point de vue, l'économie néo-institutionnelle distingue le contrat classique, associé à la forme d'arrangement organisationnel qu'est le marché, le contrat néoclassique, associé à la forme d'arrangement organisationnel que sont les formes hybrides, et enfin le contrat de subordination, associé à la forme hiérarchique²⁵³⁵. Chacune de ces organisations a ses inconvénients et ses avantages qui dépendent des spécificités d'actifs²⁵³⁶.

Or, une telle analyse permet d'opérer une communication avec le droit dans la mesure où l'organisation est un couplage structurel de la théorie économique et du droit.

²⁵²⁷ V., BERTRAND E., DESTAIS C., « Le "théorème de Coase", une réflexion sur les fondements micro-économiques de l'intervention publique », *article précité*, pp. 119-120. Ici, l'interprétation de la théorie des coûts de transaction est tout à fait différente de l'interprétation donnée par l'analyse économique du droit, qui utilise ce passage de l'article de Coase pour justifier le principe selon lequel le droit peut être jugé à l'aune du principe d'efficacité. De ce point de vue, il ne fait guère de doutes que l'interprétation de la théorie des coûts de transaction semble davantage conforme à l'intention de Coase lui-même. Cf. *Introduction*.

²⁵²⁸ WILLIAMSON O., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 41.

²⁵²⁹ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *article précité*, p. 465 ; *Adde* SAUSSIER S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, pp. 22-24.

²⁵³⁰ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 59 ; *Adde* WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *article précité*, pp. 468-469.

²⁵³¹ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, p. 3 ; *Adde* GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, p. 13 et pp. 20-23 ; *Adde* GHERTMAN M., « The puzzle of regulation, deregulation and reregulation », *op. cit.*, pp. 354-356.

²⁵³² PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, *op. cit.*, pp. 7-8.

²⁵³³ *Ibid.*, p. 16.

²⁵³⁴ BROUSSEAU E., « Néo-institutionnalisme, prix et normativité », *article précité*, p. 30.

²⁵³⁵ SAUSSIER S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, pp. 31-39.

²⁵³⁶ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *article précité*, p. 465.

2. La qualification de couplage structurel des organisations

987. La coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle est rendue possible par le fait que l'organisation est un couplage structurel de la théorie économique vers le droit dans la mesure où elle est construite par le droit et correspond à des instruments juridiques (a). En outre, le critère d'efficacité des organisations, sans constituer un couplage structurel avec le droit, n'est pas dépourvu de pertinence du point de vue de ce dernier (b).

a. Les caractéristiques de couplage structurel de l'organisation

988. L'organisation est un couplage structurel des sciences économiques et du droit dans la mesure où, s'il s'agit d'un concept propre à la théorie économique puisque les mécanismes mis en avant ne se confondent pas avec les mécanismes juridiques (i), ceux-ci permettent néanmoins une communication avec le droit car ils répondent à des instruments juridiques (ii).

i. L'organisation, clôture normative de la théorie économique

989. L'organisation n'est pas un concept juridique, puisqu'elle a pour logique propre une diminution des coûts de transaction. Le recours au concept de structure de gouvernance, majoritairement utilisé en théorie économique, est ici particulièrement significatif, dans la mesure où il s'agit bien d'un concept spécifique à la théorie économique²⁵³⁷ éloigné de toute référence au droit.

De ce point de vue, si la théorie des coûts de transaction s'appuie sur le concept de contrat et s'analyse comme l'une des nouvelles théories économiques contractuelles²⁵³⁸, le concept économique de contrat ne correspond pas au concept juridique de contrat et le dépasse. Le contrat s'analyse en effet en théorie économique comme un accord par lequel deux parties s'engagent sur leur comportement réciproque²⁵³⁹. Or, cela conduit à adopter une conception particulièrement large du contrat qui ne se confond pas avec son acception juridique²⁵⁴⁰. Par exemple, les rapports entre le régulateur et les entreprises du secteur régulé sont parfois conçus en termes de contrat de

²⁵³⁷ SAUSSIER S., YVRANDE-BILLON A., *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, p. 25 et s.

²⁵³⁸ BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M., « The economics of contracts and the renewal of economics », *op. cit.*, pp. 12-14.

²⁵³⁹ *Ibid.*, p. 3. *V.*, également pour un juriste CHEVALLIER J., « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 150.

²⁵⁴⁰ GUENZOU Y., « Le droit et la théorie économique des conventions », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 161-181.

régulation²⁵⁴¹. C'est aussi le cas des codes de bonne conduite privés, considérés comme des contrats²⁵⁴². C'est également le cas de la réglementation, celle-ci étant analysée comme une structure de gouvernance hybride et donc comme un contrat néoclassique²⁵⁴³. C'est enfin le cas des autorisations administratives, dans la mesure où les licences, qui ne sont en droit que des autorisations administratives, sont considérées par les économistes comme des contrats et non comme des actes administratifs unilatéraux²⁵⁴⁴.

De même, le concept de réglementation en théorie économique est tout à fait différent du concept de réglementation en droit, puisqu'il vise de manière générale un contrôle d'une autorité publique sur des activités d'intérêt public, et est ainsi conçu comme un concept politico-économique²⁵⁴⁵ et non comme une notion juridique.

En définitive, l'organisation et ses sous-ensembles constituent bien des concepts propres à la théorie économique. Cependant, ils permettent dans le même temps une communication avec le droit car ils répondent à des instruments juridiques.

ii. L'ouverture cognitive du concept d'organisation vers le droit

990. Dans le même temps, le concept d'organisation opère une ouverture cognitive sur le droit qui permet une communication entre les deux disciplines. En effet, de manière générale, les structures de gouvernance sont considérées comme organisées juridiquement²⁵⁴⁶. Ainsi, Williamson a toujours considéré que la théorie des coûts de transaction devait être fondée sur l'économie, la science des organisations et le droit²⁵⁴⁷.

991. Par ailleurs, plus précisément, chacune de ces structures de gouvernance peut être considérée individuellement comme ouverte cognitivement vers le droit.

D'abord, le marché est ouvert sur le droit dans la mesure où il est lui-même composé d'institutions, notamment en ce qu'il dépend pour fonctionner de droits de propriété prédéterminés²⁵⁴⁸. Le marché est un objet institutionnel²⁵⁴⁹, et donc un objet juridique car il est construit par le droit et encadré par le droit, qui prévoit les modalités d'exécution des transactions et sanc-

²⁵⁴¹ LASSERRE B., « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 240 ; *Adde* PERROT A., « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 152 et s.

²⁵⁴² GUENZOU Y., « Le droit et la théorie économique des conventions », *op. cit.*, pp. 166-168.

²⁵⁴³ WILLIAMSON O., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 57 ; *Adde* SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, p. 517.

²⁵⁴⁴ ART, *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 37.

²⁵⁴⁵ OGUS A., *Regulation: legal form and economic theory*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2^{ème} Ed., 2004, p. 1.

²⁵⁴⁶ BROUSSEAU E., « Néo-institutionnalisme, prix et normativité », *article précité*, pp. 10-11.

²⁵⁴⁷ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics », *op. cit.*, p. 113 ; *Adde* WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *article précité*, pp. 468-469.

²⁵⁴⁸ MATTEI U., *Comparative law and economics*, Michigan, The University of Michigan Press, 1998, p. 52 et s.

²⁵⁴⁹ CORIAT B., WEINSTEIN O., « Institutions, échanges et marchés », *article précité*, pp. 37-62.

tionne le respect de ces règles²⁵⁵⁰.

Ensuite, le contrat est également un concept ouvert sur le droit. Si le contrat économique est plus large que le contrat juridique, il reste qu'il l'inclut²⁵⁵¹. De ce point de vue, l'économie néo-institutionnelle considère d'ailleurs que le droit permet l'amélioration de la théorie économique relative au contrat et inversement²⁵⁵².

Enfin, la réglementation est également un concept permettant une ouverture cognitive vers le droit, puisque les économistes admettent que la réglementation est liée à la contrainte et est exercée par des autorités publiques de manière centralisée, de sorte qu'elle relève bien du droit public et même, en matière économique, du droit public économique²⁵⁵³.

992. En définitive, le concept d'organisation, de manière générale et en ce qu'il mobilise les concepts de marché, de contrat et de réglementation, peut bien être qualifié de couplage structurel de la théorie économique et du droit. En outre, le critère d'efficacité de la théorie des coûts de transaction n'est pas sans intérêt du point de vue du système juridique.

b. La convergence du critère de la remédiabilité des organisations et du thème de l'efficacité juridique

993. Conformément aux principes posés par l'analyse néo-institutionnelle du droit, la théorie économique et le droit poursuivent tous deux une fonction sociale déterminée et différente, l'économie recherchant la solution efficace et le droit la solution légale²⁵⁵⁴. Dès lors, il est bien évident que l'objet du droit n'est pas de déterminer la solution efficace mais seulement la solution valide, autrement dite légale²⁵⁵⁵.

Toutefois, le critère d'efficacité de l'économie néo-institutionnelle, l'économie des coûts de transaction, semble bien plus proche de la fonction sociale du droit que toute autre conception de l'efficacité économique²⁵⁵⁶. En effet, l'économie néo-institutionnelle cherche à mettre en place les structures de gouvernance les mieux à même de réduire l'opportunisme, l'incertitude, la viola-

²⁵⁵⁰ COASE R. H., *The firm, the market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, pp. 7-10.

²⁵⁵¹ BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M., « The economics of contracts and the renewal of economics », *op. cit.*, p. 3.

²⁵⁵² *Ibid.*, p. 30.

²⁵⁵³ OGUS A., *Regulation : legal form and economic theory*, *op. cit.*, p. 2.

²⁵⁵⁴ LUHMANN N., « Le droit comme système social », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, « Droit et société », Paris, LGDJ, 1993, p. 61.

²⁵⁵⁵ JAMIN C., « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, p. 54.

²⁵⁵⁶ CANIVET G., « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, pp. 24-25 ; ADDE CENTI J.-P., « Quel critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit ? », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, pp. 455-473.

tion des règles posées par les agents économiques pour gouverner leurs relations, etc.²⁵⁵⁷.

Or, en ce sens, l'idée d'efficacité n'est pas sans rapport avec des objectifs importants dans le cadre du système juridique, comme l'objectif d'efficacité juridique, c'est-à-dire la capacité de la norme de droit à atteindre son but, ou encore l'objectif d'effectivité de la norme, c'est-à-dire son application concrète²⁵⁵⁸. Dès lors, le critère de l'efficacité en économie néo-institutionnelle étant particulièrement proche de la rationalité du système juridique, le droit peut valablement chercher à transcrire les résultats de l'économie néo-institutionnelle du point de vue des organisations.

994. En somme, l'organisation étant un couplage structurel de la théorie économique et du droit, il peut être démontré l'existence d'un processus de coévolution à l'œuvre entre les deux disciplines, le droit ayant procédé à la transcription des solutions néo-institutionnelles en matière d'extension des marchés concurrentiels. Cette coévolution est particulièrement significative en droit de l'électricité mais vaut également en droit des communications électroniques.

B. La coévolution des solutions juridique et économique d'extension des marchés concurrentiels

995. Par le biais des couplages structurels de marché, de contrat et de réglementation se produit une coévolution de la théorie économique néo-institutionnelle et du droit de la régulation, notamment électrique, concernant l'extension des marchés concurrentiels (1), ainsi que les modalités de mises en œuvre du service public, qui se caractérisent par une recherche grandissante de compromis entre l'exécution du service public et l'efficacité économique (2).

1. La coévolution de la création de marchés de gros électriques en droit de l'électricité et en économie néo-institutionnelle

996. L'économie néo-institutionnelle préconise, outre la dé-intégration de l'opérateur historique, l'approfondissement de la concurrence par la mise en place de marchés de gros électriques régulés. Cette solution a été transcrite progressivement en droit positif. On constate ainsi l'émergence de marchés de gros électriques pour la fourniture d'électricité pour la consommation finale (a) et pour la gestion de l'équilibre et de la coordination (b).

²⁵⁵⁷ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *op. cit.*, p. 19 ; *Adde* BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M., « The economics of contracts and the renewal of economics », *op. cit.*, pp. 13-14.

²⁵⁵⁸ ROYER G., *L'efficacité en droit pénal économique. Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Économie », 2009, pp. 26-31 ; *Adde* GUENZOU Y., « Le droit et la théorie économique des conventions », *op. cit.*, pp. 175-179.

a. Le développement des marchés de gros régulés de fourniture d'électricité

997. L'économie néo-institutionnelle considère que le marché régulé est la structure de gouvernance la plus pertinente pour prendre en charge la spécificité d'actifs dédiés, ce qui impose la création de marchés de gros électriques (i). Or, le droit positif tend aujourd'hui à transcrire ces solutions comme le démontre l'importance croissante des marchés de gros électriques en droit matériel de la régulation (ii).

i. Le marché régulé comme structure de gouvernance de la fourniture d'électricité

998. Dans le cas de la gestion des spécificités d'actifs dédiés, c'est-à-dire lorsque la taille du marché est restreinte, il apparaît nécessaire de créer des places de marchés²⁵⁵⁹. La question se pose ici de savoir quelle est la bonne configuration de ces marchés de gros²⁵⁶⁰. Il existe trois types de marchés de gros différents.

Le premier type de marché de gros est simplement l'existence d'un marché fondé sur des contrats bilatéraux, dit marché OTC. Le deuxième type de marché de gros correspond au modèle d'un pool centralisé voire obligatoire où s'opèrent l'ensemble des transactions à court terme. Le troisième type de marché, enfin, correspond à des systèmes hybrides entre les contrats bilatéraux et les systèmes centralisés²⁵⁶¹.

De ce point de vue, l'économie néo-institutionnelle considère que le meilleur système est l'existence de marchés de gros libres où s'échangent à la fois de l'électricité immédiatement, les marchés spot, et des contrats de long terme, à même de sécuriser les investissements, suivi du pool centralisé lui-même suivi des marchés OTC, qui constituent le pire de systèmes²⁵⁶².

999. Ces différents marchés ne sont cependant pas totalement libres. En effet, l'économie néo-institutionnelle considère que les marchés de gros électriques doivent faire l'objet d'une régula-

²⁵⁵⁹ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, p. 25.

²⁵⁶⁰ *V.*, par exemple NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 207-211 ; *Adde* GEOFFRON P., MERITET S., « Les transitions réglementaires électriques », *op. cit.*, p. 422 ; *Adde* GLACHANT J.-M., « Comparing institutional foundations : the creation of competitive wholesale electricity markets in Europe », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 293-309.

²⁵⁶¹ GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », *op. cit.*, pp. 174-178.

²⁵⁶² GLACHANT J.-M., LÉVÊQUE F., « The electricity internal market in the European Union : what to do next ? », *op. cit.*, pp. 5-7 ; *Adde* JOSKOW P. L., « Foreword : US vs. EU electricity reforms achievement », *op. cit.*, pp. xvii-xviii et pp. xxiii-xxiv ; *Adde* GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », *op. cit.*, pp. 174-178.

tion²⁵⁶³, qui doit être une régulation spécifique qui ne peut se réduire au droit de la concurrence, celui-ci ne suffisant pas à prendre en charge seul les spécificités d'actifs dans l'électricité²⁵⁶⁴.

1000. En définitive, l'économie néo-institutionnelle préconise la mise en place de marchés de gros libres importants dans lesquels s'échangent à la fois des produits de court et de long terme, ces marchés devant faire l'objet d'une régulation. Or, le droit positif a progressivement mis en œuvre les mêmes principes.

ii. La création des marchés de gros régulés en droit de l'électricité

1001. Le droit de l'électricité a progressivement opéré une transcription des solutions néo-institutionnelles en autorisant l'existence de bourses d'électricité puis l'activité de négoce en électricité, ou *trading*²⁵⁶⁵. En effet, cette activité, ainsi que la création consécutive de places de marché, n'avait été prévue ni par la directive 96/92²⁵⁶⁶, ni par la loi de 2000 qui la transposait en France²⁵⁶⁷. Elle s'est cependant progressivement imposée au sein du système juridique par l'action de la CRE qui a de ce point de vue opéré un travail très important de transcription de la théorie économique. Cette évolution semble aujourd'hui achevée, en témoigne le Code de l'énergie selon lequel l'activité de « *vente aux consommateurs finals ou fourniture s'exerce[...] au sein de marchés concurrentiels* »²⁵⁶⁸.

1002. Ainsi, dans son rapport de l'année 2000, la CRE prônait déjà la création d'un marché spot au nom de l'efficacité économique, considérant qu'un tel marché de gros serait plus efficace qu'un marché OTC²⁵⁶⁹. À la fin de l'année 2000, de façon beaucoup plus significative, elle en acceptait la création sur la base d'une proposition de Powernext, en interprétant la loi comme autorisant l'activité de négoce par l'intermédiaire d'un marché de gros, à condition que le gestionnaire de réseau y soit étroitement associé et qu'elle assure elle-même une régulation sur ce marché²⁵⁷⁰. Cette décision fut ensuite confirmée en 2001 sur le fondement de la liberté du commerce et de l'industrie²⁵⁷¹. La même année, la CRE acceptait les règles d'organisation du marché et s'octroyait un pouvoir de surveillance de celui-ci²⁵⁷², en dehors de toute habilitation légale. En outre, il faut noter que les marchés de gros ont ensuite été renforcés par la commercialisation par Powernext

²⁵⁶³ VASCONCELOS J., « Foreword », in P. D. Cameron (Ed.), *Legal aspects of EU energy regulation, implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, USA, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 333 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 211-221 et pp. 279-280.

²⁵⁶⁴ V., JOSKOW P. L., « Foreword: US vs. EU electricity reforms achievement », *op. cit.*, p. xix.

²⁵⁶⁵ CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité, Concurrence et accès aux réseaux*, *op. cit.*, pp. 223-225.

²⁵⁶⁶ Directive 96/92 précitée.

²⁵⁶⁷ Loi n°2000-108 précitée.

²⁵⁶⁸ Code de l'énergie, article L. 111-1.

²⁵⁶⁹ CRE, *Rapport d'activité*, 2000, pp. 21-22.

²⁵⁷⁰ Délibération de la CRE sur les conditions de création d'une bourse de l'électricité du 14 décembre 2000, pp. 1-2. V., également CRE, *Rapport d'activité*, 2001, pp. 29-30.

²⁵⁷¹ Communication de la CRE du 6 septembre 2001 relative à la liberté du négoce d'électricité, pp. 4-5.

²⁵⁷² Délibération de la CRE du 21 septembre 2001 sur le projet de règles de marché de Powernext, pp. 1-2.

de produits « futures », c'est-à-dire de contrats à long terme, pratique encouragée par le CRE²⁵⁷³.

En somme, la CRE a poussé à la création d'un marché de gros électrique, au nom de l'efficacité économique, alors même qu'en réalité la loi limitait très sévèrement le négoce de l'électricité²⁵⁷⁴. D'ailleurs, le Conseil d'État a estimé dans un avis du 15 octobre 2002 que l'interprétation de la CRE était constructive et que l'activité de négoce était interdite par la loi. Il considéra alors que même si cette interdiction n'était pas pertinente, le négoce ne pouvait être mise en œuvre, et que son autorisation supposerait une modification de la loi²⁵⁷⁵. Or, cette modification fut faite par une loi de 2003 qui autorisait incidemment le négoce en faisant à peine référence aux « marchés organisés »²⁵⁷⁶. En définitive, il apparaît que les marchés de gros électriques se sont imposés aux pouvoirs publics, et que leur création a par voie de conséquence été transcrite en droit, notamment du fait de l'intervention de la CRE, qui constitue sans doute une institution parlant à la fois le langage de la théorie économique et du droit.

1003. De ce point de vue, le droit français a d'ailleurs anticipé le droit communautaire. La directive 2003/54 a en effet pour la première fois prévu l'existence de « clients grossistes » c'est-à-dire de « personnes physiques ou morales qui achètent de l'électricité pour la revendre à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau où elles sont installées »²⁵⁷⁷, assimilés aux autres clients finals d'électricité²⁵⁷⁸. L'existence de ces clients grossistes a été confirmée par la directive 2009/72²⁵⁷⁹, et la directive fait désormais explicitement référence aux marchés de gros d'électricité et aux bourses d'échanges d'électricité²⁵⁸⁰. Ainsi, l'activité de négoce est aujourd'hui prévue et donc autorisée par le droit de l'Union européenne.

Aujourd'hui, en droit interne, l'existence des marchés de gros est acquise, et ces marchés font l'objet d'une régulation. Le Code de l'énergie prévoit ainsi l'existence de « marchés organisés »²⁵⁸¹, notion qui peut alors s'analyser comme un couplage structurel du droit et de la théorie économique. Ainsi, l'activité de négoce est régie par le Code de l'énergie, qui traduit cependant encore une certaine méfiance vis-à-vis de cette activité.

En effet, l'activité de négoce est soumise à une autorisation préalable aux fins de s'assurer des compétences techniques, économiques et financières de l'opérateur, et de la capacité de celui-ci à remplir ses obligations légales²⁵⁸², et la liste des opérateurs de négoce est publiée²⁵⁸³. En outre,

²⁵⁷³ CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2004, pp. 44-45 ; *Adde* Communication de la Commission de régulation de l'énergie en date du 25 mars 2004 sur le projet de règles du marché de contrats d'échanges d'électricité à terme fermes standardisés (Pownext Futures™) de la société Pownext, p. 2.

²⁵⁷⁴ CRE, *Rapport d'activité*, 2000, p. 22.

²⁵⁷⁵ *V.*, sur ce point CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité, Concurrence et accès aux réseaux*, *op. cit.*, p. 239.

²⁵⁷⁶ Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, article 45, modifiant la Loi n°2000-108 précitée, article 15. III.

²⁵⁷⁷ Directive 2003/54 précitée, article 2, 8).

²⁵⁷⁸ *Ibid.*, article 2, 7).

²⁵⁷⁹ Directive 2009/72 précitée, articles 2 et 40.

²⁵⁸⁰ *Ibid.*, article 37.1 j)

²⁵⁸¹ Code l'énergie, article L. 131-2.

²⁵⁸² *Ibid.*, article L. 333-1. Anciennement, loi n°2000-108 précitée, article 22. IV.

l'autorité administrative peut interdire l'exercice du négoce à un fournisseur lorsqu'il ne s'acquitte plus des écarts liés à son activité et lorsqu'il n'est plus financièrement viable, afin de protéger les consommateurs et de garantir le bon fonctionnement du réseau²⁵⁸⁴.

1004. Par ailleurs, le droit a réalisé la transcription de l'économie néo-institutionnelle en attribuant des pouvoirs de régulation à la CRE, même si ceux-ci sont encore sans doute insuffisants.

Ici, c'est d'abord en dehors de toute base légale que la CRE s'est reconnue un pouvoir de surveillance des marchés de gros électriques²⁵⁸⁵, s'accordant même le droit d'exiger des modifications des règles de marché adoptées par Powernext²⁵⁸⁶ et de saisir le Conseil de la concurrence ou l'AMF en cas d'anomalies relevant de leurs compétences sur le marché²⁵⁸⁷. C'est seulement par la suite que ce pouvoir de surveillance va connaître une reconnaissance législative, rendue nécessaire par l'évolution des faits économiques, avec l'attribution à la CRE par la loi de 2005 d'une nouvelle compétence de surveillance des marchés de gros²⁵⁸⁸ étendue en 2006 aux marchés de gros de gré à gré et aux échanges aux frontières²⁵⁸⁹.

Désormais, la CRE trouve en outre dans les dispositions de la nouvelle directive 2009/72 une base légale à l'exercice de son pouvoir de régulation à l'occasion de la mise en œuvre de surveillance²⁵⁹⁰. Elle s'appuie en effet sur une nouvelle compétence reconnue aux autorités de régulation nationales par l'article 37 selon lequel l'autorité de régulation a pour mission de « *surveiller le degré de transparence, y compris des prix de gros, et veiller au respect des obligations de transparence par les entreprises d'électricité* »²⁵⁹¹ et, plus explicitement encore, de « *surveiller le niveau et l'efficacité atteints en termes d'ouverture des marchés et de concurrence pour les marchés de gros et détail, y compris pour les bourses d'électricité* »²⁵⁹². Aujourd'hui, ce pouvoir est codifié dans le Code de l'énergie et s'étend également aux échanges de quotas de gaz à effet de serre²⁵⁹³.

1005. En principe, ce pouvoir est restreint à une simple surveillance des marchés²⁵⁹⁴. Cependant, l'évolution de l'activité de la CRE montre de quelle manière l'exercice de sa mission de surveillance évolue au-delà du cadre légal pour servir de pouvoir de régulation.

En effet, à l'occasion de l'édition de son premier rapport de surveillance portant sur la

²⁵⁸³ Code de l'énergie, article L. 333-2.

²⁵⁸⁴ *Ibid.*, article L. 333-3.

²⁵⁸⁵ *V.*, CRE, *Rapport d'activité*, 2004, p. 38 et s.

²⁵⁸⁶ *V.*, CRE, Communication sur le projet de règles du marché de contrats d'échanges d'électricité à terme fermes standardisés (Powernext Futures™) de la société Powernext, précitée, pp. 2-3.

²⁵⁸⁷ *V.*, CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2005, p. 61 et s.

²⁵⁸⁸ Loi n° 2005-781 précitée, article 51, modifiant la loi n°2000-108 précitée, article 3.

²⁵⁸⁹ Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, article 5, modifiant la loi n°2000-108 précitée, article 28.

²⁵⁹⁰ CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Le fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel, Rapport annuel*, 2009, pp. 41-42.

²⁵⁹¹ Directive 2009/72 précitée, article 37§1 i).

²⁵⁹² *Ibid.*, article 37§1 j).

²⁵⁹³ Code de l'énergie, article L. 131-2.

²⁵⁹⁴ CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2007, p. 126.

surveillance des pics de prix sur Powernext, la CRE a émis un certain nombre de « préconisations » aux acteurs du marché, comme l'amélioration de leurs procédures internes d'intervention sur les marchés, la fiabilisation des données prévisionnelles de production, l'amélioration des procédures de Powernext, etc.²⁵⁹⁵. Elle considéra en outre qu'il n'était pas nécessaire de saisir le Conseil de la concurrence et, sans aucune base légale, posa le principe selon lequel elle « veillera à la mise en œuvre de ses préconisations, afin de s'assurer que les dysfonctionnements relevés ne se reproduisent pas »²⁵⁹⁶. L'exécution de ces préconisations résulta alors d'engagements spontanés d'EDF et de Powernext vis-à-vis de la CRE²⁵⁹⁷. En somme, c'est donc de manière informelle que la CRE a réalisé la régulation des marchés de gros. Une telle manière de procéder a par ailleurs été confirmée postérieurement dans le rapport pour 2007²⁵⁹⁸ et dans le rapport pour 2008²⁵⁹⁹. En 2009, s'agissant des marchés électriques, mais à la différence des marchés de gros du gaz²⁶⁰⁰, la CRE n'a pas mis en œuvre de nouvelles recommandations dans son rapport de surveillance, considérant que les marchés de gros électriques fonctionnaient en cohérence avec la situation du marché électrique²⁶⁰¹. Cependant, ayant constaté un pic de prix pendant l'année 2009, la CRE a demandé dans une délibération à EDF de renforcer la fiabilité des données prévisionnelles de son parc de production et a recommandé à EPEX, bourse d'électricité intra-européenne, de modifier ses procédures²⁶⁰². Ceci est un exemple récent de la façon dont la CRE met en œuvre, par l'intermédiaire de son pouvoir de sur-

²⁵⁹⁵ Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 17 avril 2008 sur les résultats des investigations menées sur les pics de prix de l'électricité observés sur Powernext Day-ahead Auction en octobre et en novembre, pp. 2 à 5.

²⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 2.

²⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 4.

²⁵⁹⁸ Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 16 avril 2008 sur les modalités de surveillance des transactions sur les marchés de gros de l'électricité et du gaz, pp. 1-2. En effet, avant de lancer le processus de surveillance du marché, la CRE considérait que « la surveillance d'un marché vise à détecter tout comportement anticoncurrentiel » notamment en vérifiant qu'il n'y a pas d'abus de pouvoir de marché et que les transactions ayant lieu sur les marchés n'ont pas pour objectif réel une manipulation des cours, renvoyant éventuellement à l'autorité de concurrence. Néanmoins, la lecture du rapport dissipe assez rapidement cette impression. En effet, la CRE considère que la fonction de surveillance des marchés est rendue nécessaire par la spécificité du marché électrique et doit servir à la publication, par la CRE, de recommandations permettant un meilleur fonctionnement du marché. *V.*, par ailleurs Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 8 janvier 2009 relative à la publication du rapport de surveillance du fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel en 2007, p. 4, dans laquelle la CRE considère qu'elle « formulera les recommandations qui lui sembleront appropriées sur les mesures que doivent mettre en œuvre les producteurs d'électricité pour permettre au marché d'anticiper de manière satisfaisante la situation du parc de production ». Celles-ci seront émises dans le rapport de surveillance de 2008. *V.*, CRE, *Le fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel*, Rapport annuel 2008, 2009, pp. 54-55.

²⁵⁹⁹ CRE, *Le fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel*, Rapport annuel 2008, 2009, pp. 47-48. La CRE, dans sa synthèse, ne constate pas l'exercice de pouvoir de marché ni dans le cadre de la valorisation des installations de production nucléaires et hydrauliques ni dans les activités d'EDF Trading. Officiellement, il n'y a donc aucun problème. Cependant, l'examen plus fin du rapport montre que la CRE émet un certain nombre de critiques à l'endroit du modèle d'optimisation de son parc par EDF, et pose le principe, en consacrant dans son rapport un encadré à cet effet intitulé « Adaptations techniques ou méthodologiques à apporter », que des « adaptations doivent être apportées par EDF à ses modèles d'optimisation sur la base de ces critiques ».

²⁶⁰⁰ CRE, *Le fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel*, Rapport 2009-2010, 2010, p. 77.

²⁶⁰¹ *Ibid.*, pp. 1-51.

²⁶⁰² *Ibid.*, pp. 24-25. *V.*, par ailleurs Communication de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) sur le pic de prix de l'électricité du 19 octobre 2009, p. 5.

veillance, une régulation des marchés de gros, s'octroyant un pouvoir allant sans doute au-delà de ses compétences, mais rendu nécessaire par les faits économiques.

1006. En définitive, le droit positif, suivant les évolutions rendues nécessaires par les faits économiques, a réalisé la transcription des préconisations de la théorie économique afin de mieux les prendre en compte s'agissant de la création et de la régulation des marchés de gros de la fourniture électrique. En outre, ces marchés ne concernent pas que la fourniture d'électricité au client final, mais également la gestion de l'équilibre du réseau.

b. Le développement des marchés de gros régulés de capacités

1007. En outre, l'économie néo-institutionnelle préconise la mise en place de marchés pour prendre en charge les spécificités d'actifs de coordination (i). Cette solution tend à s'imposer progressivement en droit positif mais de manière plus nuancée (ii).

i. Le marché régulé au service de la coordination en économie néo-institutionnelle

1008. Le problème posé par la spécificité temporelle se résout en principe par la mise en place d'un gestionnaire de réseau en charge de la fonction d'équilibre et de la lutte contre la congestion du réseau²⁶⁰³. En effet, la spécificité temporelle pousse à l'intégration²⁶⁰⁴. Cependant, l'économie néo-institutionnelle considère que cette solution est remédiable car les échanges s'effectuent de manière décentralisée sur un marché, de sorte qu'il existe un problème dans la mesure où la structure de gouvernance, centralisée, n'est pas parfaitement alignée sur les spécificités de la transaction²⁶⁰⁵. De ce point de vue, il faut distinguer le marché interne des marchés transfrontaliers.

1009. En ce qui concerne les marchés internes, l'économie néo-institutionnelle considère qu'il existe trois systèmes envisageables, la mise en œuvre de mécanismes d'achat et d'appel par le gestionnaire de réseau, la conclusion de gammes de contrats entre le gestionnaire de réseau et les producteurs d'électricité et le troisième, enfin, la création de marchés de gros²⁶⁰⁶, dits marchés de

²⁶⁰³ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., PIGNON V., SAGUAN M., « Un marché européen de l'électricité ou des marchés dans l'Europe ? Regards croisés: économistes et ingénieur », *op. cit.*, p. 479 ; Adde AL-SUNAIIDY A., GREEN R., « Electricity deregulation in OECD countries », *Energy*, 2006, pp. 773-774 ; Adde JOSKOW P. L., « Foreword : US vs. EU electricity reforms achievement », *op. cit.*, p. xvii.

²⁶⁰⁴ GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *article précité*, p. 429.

²⁶⁰⁵ FINGER M., GROENEWEGEN J., KUNNEKE R., « The quest for coherence between institutions and technologies in infrastructures », *article précité*, pp. 14-18.

²⁶⁰⁶ GLACHANT J.-M., LÉVÊQUE F., « The electricity internal market in the European Union: what to do next? », *op. cit.*, pp. 5-6.

capacités²⁶⁰⁷. Or la théorie économique tend à considérer que les anciens mécanismes de contrôle de la gestion opérés par le gestionnaire de réseau doivent être remplacés par la mise en œuvre d'un marché de gros²⁶⁰⁸, ce qui permettrait de recréer une cohérence entre le cadre concurrentiel de fourniture de l'électricité et la gestion technique du réseau²⁶⁰⁹.

1010. En ce qui concerne la gestion des interconnexions frontalières, le problème est la congestion des interconnexions et la gestion exclusive de celles-ci par les États membres, qui freinent la construction du marché commun²⁶¹⁰. Or, pour l'économie néo-institutionnelle, le problème dont il s'agit n'est pas un pur problème de capacités et d'investissement, mais bien un problème de *Market Design*²⁶¹¹. Deux mécanismes sont alors envisageables. Le premier est la mise en place de mécanismes d'enchères. Le second, plus efficace, est la mise en place de bourses de capacités régionales²⁶¹².

1011. En somme, l'économie néo-institutionnelle considère deux types de dispositifs alternatifs pour la prise en charge des problèmes de coordination, la mise en œuvre de procédures d'achat par enchères et la création de marchés organisés, cette dernière solution étant la plus efficace. Or, le droit positif a opéré une transcription relative de ces principes.

ii. La transcription juridique relative des solutions de traitement de l'équilibre

1012. Le droit matériel de la régulation des marchés électriques réalise aujourd'hui une transcription relative des solutions néo-institutionnelles en ce qui concerne le problème du maintien de l'équilibre sur le réseau. De ce point de vue, il faut distinguer d'une part la situation du réseau interne et d'autre part la situation des interconnexions transfrontalières.

1013. En premier lieu, la gestion de l'équilibre du réseau interne relève du gestionnaire de réseau de transport, qui « assure à tout instant l'équilibre des flux d'électricité »²⁶¹³, et qui dispose aujourd'hui de l'ensemble de la gamme des moyens pour assurer sa mission, y compris le recours aux marchés

²⁶⁰⁷ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 187-189 ; *Adde* GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », *op. cit.*, p. 178.

²⁶⁰⁸ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., PIGNON V., SAGUAN M., « Un marché européen de l'électricité ou des marchés dans l'Europe ? Regards croisés : économistes et ingénieur », *op. cit.*, pp. 477-478 ; *Adde* JOSKOW P. L., « Foreword : US vs. EU electricity reforms achievement », *op. cit.*, pp. xvii-xviii ; *Adde* GLACHANT J.-M., LÉVÊQUE F., « The electricity internal market in the European Union : what to do next ? », *op. cit.*, pp. 6-7 et p. 9 ; *Adde* NEWBERY D., « Refining market Design », *op. cit.*, pp. 58-59.

²⁶⁰⁹ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., PIGNON V., SAGUAN M., « Un marché européen de l'électricité ou des marchés dans l'Europe ? Regards croisés : économistes et ingénieur », *op. cit.*, pp. 481-482.

²⁶¹⁰ *Ibid.*, pp. 481-482.

²⁶¹¹ *Ibid.*, p. 480.

²⁶¹² GLACHANT J.-M., LÉVÊQUE F., « The electricity internal market in the European Union : what to do next ? », *op. cit.*, pp. 11-12.

²⁶¹³ Code de l'énergie, article L. 321-10.

organisés. De ce point de vue, le droit positif s'est caractérisé par un processus de transcription progressive des préconisations des économistes.

1014. En effet, tout d'abord, la directive 96/92 a prévu un système d'équilibrage fondé sur le seul gestionnaire de réseau, par le biais de l'appel des installations de production²⁶¹⁴. Cette compétence naturelle du gestionnaire de réseau a été confirmée dans les mêmes termes par la directive 2003/54²⁶¹⁵ et par la directive 2009/72²⁶¹⁶. Ainsi, le gestionnaire du réseau de transport peut notamment modifier les programmes d'appel afin d'assurer sa mission d'équilibre sur le réseau, prérogatives qui s'exercent sous le contrôle de la CRE qui approuve les règles adoptées par le gestionnaire de réseau de transport²⁶¹⁷.

1015. Cependant, la directive 2003/54 prévoyait que « *dès que le marché sera suffisamment liquide, il conviendra de mettre en place des mécanismes de marché transparents pour la fourniture et l'achat de l'électricité qui sont nécessaires aux fins d'équilibrage* »²⁶¹⁸, ce qui a été confirmé par la directive 2009/72²⁶¹⁹. Celle-ci n'a d'ailleurs fait que consacrer des évolutions mises en œuvre par les autorités de régulation et en France la CRE. En effet, celle-ci avait autorisé la création de contrats de responsables d'équilibre en charge financièrement des écarts²⁶²⁰ puis, à partir de 2001, marquait son intention de se diriger « *vers un marché d'ajustement* » sur la base du marché spot régulé²⁶²¹, qui a été réellement effectif à partir du 1^{er} avril 2003²⁶²². Aujourd'hui, ce dispositif est codifié dans le Code de l'énergie qui prévoit que le gestionnaire de réseau de transport peut négocier librement avec les fournisseurs par le recours à des marchés organisés, sous le contrôle de la CRE²⁶²³. Le gestionnaire exerce cette mission par le biais de contrats conclus avec les différents fournisseurs²⁶²⁴. En somme, le droit de l'électricité semble avoir réalisé la transcription progressive des préconisations de la théorie économique néo-institutionnelle.

Néanmoins, il faut noter qu'à la différence de ces dernières, le droit positif conserve au gestionnaire de réseau l'ensemble des moyens possibles pour opérer l'équilibre et non seulement le recours au marché, aux fins de garantir au mieux l'objectif de sécurité d'approvisionnement. D'une part, le gestionnaire de réseau peut se fournir en électricité par le biais de consultations

²⁶¹⁴ Directive 96/92 précitée, articles 8§1 à 8§2.

²⁶¹⁵ Directive 2003/54 précitée, articles 11§ 1 à 11§4.

²⁶¹⁶ Directive 2009/72 précitée, articles 15§1 à 15§4.

²⁶¹⁷ Code de l'énergie, articles L. 321-10 et L. 321-11. Anciennement, loi n°2000-108 précitée, article 15. Dès lors qu'il y a un déséquilibre, en principe, le gestionnaire de réseau doit acheter l'électricité qui manque et facturer ensuite ce coût aux responsables du déséquilibre (CRE, *Rapport d'activité*, 2001, p. 22).

²⁶¹⁸ Directive 2003/54 précitée, § 17 de l'exposé des motifs.

²⁶¹⁹ Directive 2009/72 précitée, § 35 de l'exposé des motifs.

²⁶²⁰ CRE, *Rapport d'activité*, 2001, p. 3 et pp. 22-23. L'existence de ces responsables d'équilibre est aujourd'hui codifiée dans le Code de l'énergie, article L. 321-15.

²⁶²¹ CRE, *Rapport d'activité*, 2001, p. 23.

²⁶²² CRE, *Rapport d'activité*, 2003, p. 2.

²⁶²³ Code de l'énergie, article L. 321-11 et pour le gestionnaire du réseau de distribution, article L. 322-9.

²⁶²⁴ *Ibid.*, article L. 321-15.

publiques concurrentielles, non discriminatoires et permanentes²⁶²⁵, c'est-à-dire par le biais de procédures d'enchères considérées par les économistes comme moins efficaces que le marché. D'autre part, le Code de l'énergie fait aujourd'hui une place importante aux moyens d'autorité, puisque les fournisseurs et les consommateurs d'électricité doivent disposer, pour garantir la sécurité d'approvisionnement²⁶²⁶, de capacités de production ou d'effacement de consommation certifiées²⁶²⁷, le gestionnaire de réseau de transport pouvant conclure des contrats de réservation de puissance pour bénéficier de capacités d'effacement²⁶²⁸. De ce point de vue, il est enfin très significatif de souligner que la CRE a refusé de rendre obligatoire le recours au marché pour les prestations d'équilibrage, considéré comme un dispositif parmi d'autres²⁶²⁹, position confirmée par la Cour d'Appel de Paris²⁶³⁰.

Toutefois, il faut noter que la logique de marché n'est jamais très loin. En effet, lorsqu'un opérateur dispose de garanties de capacités en excédant de ses obligations, celui-ci peut les vendre sur le marché²⁶³¹, dans la mesure où le Code de l'énergie a prévu que les garanties de capacités sont échangeables et cessibles²⁶³². Le droit positif recherche donc ici un compromis entre l'efficacité économique et la garantie de la sécurité d'approvisionnement.

1016. En second lieu, l'extension des marchés concurrentiels dans le but d'assurer l'équilibre se constate également en ce qui concerne les interconnexions transfrontalières. De ce point de vue, le droit positif a opéré une transcription de la théorie économique en organisant d'abord des enchères puis des bourses régionales d'échange d'électricité.

1017. Pendant longtemps, le problème de la congestion aux frontières n'a pas été traité par les textes qui s'y rapportaient²⁶³³. C'est donc d'abord sans texte de référence²⁶³⁴ que les gestionnaires de réseau et les autorités de régulation se sont prononcés pour la mise en place de mécanismes concurrentiels et notamment, en premier lieu, de procédures d'enchères au nom de l'« efficacité économique »²⁶³⁵ et sur le fondement de raisonnements²⁶³⁶ issus des théories économiques.

²⁶²⁵ Code de l'énergie, article L. 321-11 et pour le gestionnaire du réseau de distribution, article L. 322-9.

²⁶²⁶ *Ibid.*, articles L. 335-1 et L. 335-2.

²⁶²⁷ *Ibid.*, articles L. 321-16, L. 321-17, L. 335-3 et L. 335-4.

²⁶²⁸ *Ibid.*, article L. 321-12.

²⁶²⁹ Décision du CoRDIS de la CRE en date du 2 octobre 2009 sur le différend qui oppose les sociétés Tembec Tarascon et Bioenerg à la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF), relatif au comptage de l'électricité injectée par les installations de production des sociétés Tembec Tarascon et Bioenerg, p. 13.

²⁶³⁰ Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 7 septembre 2010, n°222/55, *Poneo c RTE*.

²⁶³¹ Code de l'énergie, article L. 321-16.

²⁶³² *Ibid.*, article L. 335-3.

²⁶³³ *V.*, Directive 90/547 précitée. Celle-ci prévoyait une négociation entre gestionnaires de réseau des modalités, transparentes et non discriminatoires, de l'attribution de capacités aux interconnexions, avec une possibilité pour la Commission, en cas d'échec, de mettre en œuvre les procédures communautaires de droit commun (articles 3 et 4) ; *Adde* Décision n° 1254/96/CE du Parlement Européen et du Conseil du 5 juin 1996 établissant un ensemble d'orientations relatif aux réseaux transeuropéens dans le secteur de l'énergie.

²⁶³⁴ CRE, *Rapport d'activité*, 2001, p. 3.

²⁶³⁵ *Ibid.*, p. 11.

La directive 2003/54 a ensuite pris acte de ces évolutions. En effet, celle-ci confia aux autorités de régulation la compétence pour mettre en place les dispositifs de gestion de la congestion²⁶³⁷ et prévoyait l'adoption d'un régime homogène²⁶³⁸, qui conduisit à l'adoption du règlement relatif aux interconnexions, le règlement 1228/2003²⁶³⁹. Or, ce règlement considérait que les méthodes d'attribution des interconnexions devaient être « basées sur les mécanismes du marché »²⁶⁴⁰, prévoyant, sans toutefois l'imposer, la procédure d'enchères²⁶⁴¹. Parallèlement, en déclarant illégal tout accès prioritaire accordé préalablement à l'adoption de la directive 96/92, la Cour de justice facilita la mise en place de mécanismes concurrentiels dans le traitement des congestions²⁶⁴².

Sur cette base, la CRE, en 2005, décida la généralisation du mécanisme d'enchères²⁶⁴³, tandis que la Commission, une année plus tard et sur la base de nouvelles recommandations figurant en annexe du règlement n°1228/2003, obligea à l'adoption d'un tel mécanisme²⁶⁴⁴.

Ainsi, il apparaît que le droit positif a adopté progressivement le mécanisme d'enchères, transcrivant les préconisations de l'économie néo-institutionnelle qui voit dans ce dispositif la solution efficace de second rang. Le processus de transcription de la théorie économique va par la suite s'achever avec la transcription de la solution efficace de premier rang, à savoir la mise en place de bourses d'échange régionales.

1018. Ensuite, en effet, le droit positif a délaissé progressivement la procédure d'enchères au profit de la création de marchés régionaux de capacités d'interconnexion transfrontalières régulés, comme l'indiquent les rapports de 2004²⁶⁴⁵ et de 2005 de la CRE²⁶⁴⁶. Également, les recommandations de la Commission de 2006 avaient prévu la possibilité de mettre en œuvre des enchères « implicites (capacités et énergie) »²⁶⁴⁷ au nom d'une plus grande efficacité²⁶⁴⁸, c'est-à-dire des mécanismes de bourses d'électricité. Dès lors, les projets de création de marchés régionaux par les

²⁶³⁶ CRE, *Rapport d'activité*, 2002, p. 20. Ainsi, la CRE fait valoir que pour « l'attribution d'une ressource rare, on prête en effet aux mécanismes d'enchères une meilleure efficacité : en l'absence d'externalités et dans un monde concurrentiel parfait, ces mécanismes assurent que les attributaires sont les entreprises pour lesquelles la capacité a le plus de valeur, donc celles qui sauront le mieux en tirer profit ».

²⁶³⁷ Directive 2003/54 précitée, article 23 a), b) et d).

²⁶³⁸ *Ibid.*, § 32 de l'exposé des motifs.

²⁶³⁹ Règlement (CE) n° 1228/2003 précité.

²⁶⁴⁰ *Ibid.*, § 17 de l'exposé des motifs et article 6.

²⁶⁴¹ *Ibid.*, annexe, dans laquelle sont seulement fixées des « orientations pour les ventes aux enchères explicites » sans que celles-ci soient imposées.

²⁶⁴² Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water et autres contre Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie*, C-17/03.

²⁶⁴³ Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 1er décembre 2005 sur la mise en œuvre des programmes de travail dénommés « feuilles de route » concernant les procédures d'allocation de capacités d'interconnexion en 2006 et la prise en compte de l'arrêt de la CJCE C-17/03 du 7.06.05, pp. 1-2.

²⁶⁴⁴ Décision de la Commission du 9 novembre 2006 modifiant l'annexe du règlement (CE) n°1228/2003 concernant les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, §2.2 des orientations.

²⁶⁴⁵ CRE, *Rapport d'activité*, 2004, pp. 65-66.

²⁶⁴⁶ CRE, *Rapport d'activité*, 2005, p. 103.

²⁶⁴⁷ Décision de la Commission du 9 novembre 2006 précitée, § 2.2 des orientations.

²⁶⁴⁸ *Ibid.*, § 2.8 des orientations.

régulateurs nationaux se sont intensifiés²⁶⁴⁹, et a été créé en novembre 2006 le premier couplage effectif de marché entre les marchés organisés français, belges et néerlandais²⁶⁵⁰. Cette tendance s'est ensuite renforcée sans qu'il soit nécessaire de multiplier les exemples²⁶⁵¹, et vient progressivement remplacer le mécanisme des enchères explicites de capacités aux frontières²⁶⁵².

Or, la création de couplages de marché est considérée par la CRE comme la méthode la plus efficace d'allocation des ressources électriques aux frontières car elle permet d'harmoniser le prix de l'électricité sur les marchés²⁶⁵³. En outre, les marchés d'interconnexion interétatiques ont tendance à se concentrer ce qui participe grandement à l'intégration des différents marchés et donc à la création du marché intérieur²⁶⁵⁴. Enfin, La CRE contrôle la façon dont ces marchés sont organisés afin de s'assurer de leur bon fonctionnement²⁶⁵⁵.

La nouvelle directive 2009/72 vient enfin consacrer ce processus. En effet, celle-ci fait de l'interconnexion transfrontalière l'une de ses priorités afin d'achever le marché intérieur, d'accroître la concurrence et de garantir la sécurité d'approvisionnement²⁶⁵⁶. Elle pose alors le principe selon lequel les « États membres ainsi que les autorités de régulation nationales coopèrent pour assurer l'intégration de leurs marchés nationaux à un ou plusieurs niveaux régionaux, à titre de première étape vers la création d'un marché intérieur totalement libéralisé », en particulier en ce qui concerne les questions transfrontalières²⁶⁵⁷. Cette disposition est complétée par un article spécifique consacré au régime des interconnexions qui fait également la promotion des marchés régionaux²⁶⁵⁸ et par l'adoption d'un nouveau règlement qui va dans le même sens²⁶⁵⁹.

1019. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que le droit matériel de la régulation a progressivement transcrit les solutions de l'économie néo-institutionnelle concernant la création de marchés de gros électriques au nom d'une meilleure efficacité économique, sous réserve toutefois des dispositifs de gestion de la congestion interne qui recherchent davantage un compromis entre la recherche d'efficacité économique et une meilleure garantie de la sécurité d'approvisionnement.

Enfin, cette coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle existe également en

²⁶⁴⁹ CRE, *Rapport d'activité*, 2006, pp. 68-75 ; *Adde* CRE, *Rapport d'activité*, 2007, pp. 24-26.

²⁶⁵⁰ CRE, *Rapport d'activité*, 2007, pp. 27-28.

²⁶⁵¹ *V.*, pour une analyse exhaustive de cette évolution CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Gestion et utilisation des interconnexions électriques*, *Rapport 2008*, 2009, 103 p.

²⁶⁵² Délibération de la CRE du 28 octobre 2010 portant approbation de la méthode d'allocation implicite journalière des capacités d'interconnexion au sein de la région Centre-Ouest.

²⁶⁵³ *Ibid.*

²⁶⁵⁴ Délibération de la CRE du 9 décembre 2010 portant approbation des règles d'allocation de la capacité pour l'interconnexion électrique France-Italie.

²⁶⁵⁵ Délibération de la CRE du 28 octobre 2010 portant approbation des règles d'allocation de la capacité infra-journalière de l'interconnexion France – Allemagne ainsi que des règles Imports/Exports.

²⁶⁵⁶ Directive 2009/72 précitée, § 5, 8, 44, 58, 59, 60 et 63 de l'exposé des motifs, notamment.

²⁶⁵⁷ *Ibid.*, article 6§1.

²⁶⁵⁸ *Ibid.*, article 38.2.

²⁶⁵⁹ Règlement (CE) n° 714/2009 précité, article 1 b).

matière de service public, même si elle se trouve freinée par le maintien de politiques publiques s'opposant à la recherche de la seule efficacité économique.

2. La coévolution des modalités de prise en charge du service public en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle

1020. Enfin, on constate une coévolution du droit matériel de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle s'agissant des modalités de mise en œuvre du service public. D'une part, la plupart des dispositifs conçus par le droit positif se caractérisent par une concordance avec le modèle d'analyse néo-institutionnel permettant la recherche conjointe de l'exécution du service public et d'une meilleure efficacité économique (a). D'autre part, les éléments qui limitent jusqu'aujourd'hui cette coévolution tendent néanmoins à se rapprocher des préconisations de la théorie économique, de sorte que l'on constate également une réduction des limites à la coévolution du droit et de la théorie économique (b).

a. La coévolution des solutions juridique et économique de mise en œuvre du service public

1021. La coévolution du droit et de la théorie économique en matière de service public est rendue possible par le fait que l'économie néo-institutionnelle réalise, par le biais du concept de spécificité d'actif de service public, la transcription du concept juridique de service public, tout en proposant, de façon plus normative, des modalités de prise en charge efficaces (i). Or, cette analyse semble converger avec l'évolution du droit positif (ii).

i. Les modalités de prise en charge du service public en économie néo-institutionnelle

1022. L'une des spécificités de l'économie néo-institutionnelle est son acceptation et la transcription qu'elle opère du service public²⁶⁶⁰. Ainsi, en matière d'électricité, la théorie économique ne nie pas l'utilité du service public et de l'intervention publique s'agissant de l'investissement, de la sécurité d'approvisionnement, du développement durable²⁶⁶¹, pour lesquels les mécanismes de marché ne sont pas suffisants²⁶⁶².

Dès lors, du point de vue normatif, l'économie néo-institutionnelle considère qu'au regard de la spécificité des transactions impliquées dans les services publics, le choix en termes de struc-

²⁶⁶⁰ Cf. *Supra*.

²⁶⁶¹ GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », *op. cit.*, pp. 198-201.

²⁶⁶² JOSKOW P. L., « Foreword: US vs. EU electricity reforms achievement », *op. cit.*, pp. xxii-xxiii ; Adde GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, pp. 321-322.

ture de gouvernance ne s'opère plus entre le marché et la hiérarchie, comme dans les transactions ordinaires, mais entre des contrats de concession et des mécanismes de réglementation, en fonction des coûts de transaction associés aux spécificités de service public²⁶⁶³.

Ces résultats sont intéressants dans la mesure où ils semblent concorder avec l'évolution du droit positif dans une optique de plus grande efficacité économique du service public.

ii. Un modèle concordant avec les solutions du droit positif

1023. Les autorités de régulation expriment clairement leur doctrine vis-à-vis du service public et plus largement vis-à-vis des politiques publiques dans les secteurs qu'elles régulent. Elles considèrent qu'elles sont en charge de mettre en œuvre ces politiques publiques de la façon la plus efficace possible du point de vue économique.

D'une part, la CRE a très clairement expliqué la façon dont elle se positionnait par rapport au service public et quel était son rôle vis-à-vis de celui-ci. Ainsi, considérant que les « *pouvoirs publics demeurent seuls compétents pour assurer la mise en œuvre des missions de service public, définir et conduire la politique énergétique* », elle a estimé que dans « *ces domaines, la CRE a choisi une ligne de conduite simple. Elle s'interdit de porter la moindre appréciation sur les objectifs ou orientations qui lui sont soumis mais cherche, conformément aux principes de la directive (...) et à la volonté du législateur, à proposer les solutions de mise en œuvre de ces politiques les plus efficaces, les plus claires possibles et les moins coûteuses pour le consommateur* »²⁶⁶⁴. La CRE s'est donc fixée une ligne de conduite consistant à ne pas remettre en question les choix de politiques publiques mais à proposer les moyens de mise en œuvre de ces choix les plus efficaces possibles.

D'autre part, il en est de même de l'ARCEP. Ainsi qu'il a déjà été dit, la mise en œuvre de politiques publiques est une composante fondamentale de la mission de celle-ci²⁶⁶⁵. Notamment, dans son rapport de 1997, elle définissait de façon significative la régulation comme « *le point de cohérence entre la liberté d'entreprise laissée aux acteurs économiques et la réalisation des objectifs de la politique publique* »²⁶⁶⁶. Ce positionnement a été confirmé récemment en 2008 puisque selon elle, dans « *la limite des missions qui lui sont confiées par la loi, l'ARCEP participe à la mise en œuvre des politiques publiques définies par le Parlement et le gouvernement* »²⁶⁶⁷.

Or, de ce point de vue, la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle est sans doute la méthode la mieux à même de répondre à cet objectif. On le constate à propos

²⁶⁶³ YVRANDE-BILLON A., *Choix contractuels et performances, Le cas des chemins de fer britanniques*, op. cit., p. 104 ; Adde GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, op. cit., pp. 18-19.

²⁶⁶⁴ CRE, *Rapport d'activité*, 2001, p. 34.

²⁶⁶⁵ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2*.

²⁶⁶⁶ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 251.

²⁶⁶⁷ ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes), *Rapport public d'activités*, 2008, p. 27.

de la protection du consommateur, du service universel ou des obligations de service public en matière électrique relatives à la production et au développement du réseau.

1024. En premier lieu, la protection des consommateurs est renforcée dans le cadre du droit de la régulation et fait l'objet de l'application directe d'une réglementation, tant dans le secteur de l'électricité que dans celui des communications électroniques.

Dans le secteur des communications électroniques, la protection des consommateurs fait désormais partie intégrante de la régulation symétrique mise en œuvre par l'autorité de régulation, qui s'ajoute sans s'y substituer à l'application du droit de la consommation²⁶⁶⁸. La protection des consommateurs est donc double, par la réglementation et par la régulation.

La situation est identique dans le secteur de l'électricité. La protection des consommateurs, qui figurait déjà dans la directive 96/92 sans s'accompagner de mesures concrètes²⁶⁶⁹, est aujourd'hui un objectif fondamental de la directive 2009/72 où elle se trouve concrétisée sous la forme d'un grand nombre de dispositions²⁶⁷⁰, celle-ci prévoyant que les « *États membres ou, si un État membre le prévoit, les autorités de régulation, devraient veiller au respect des droits des consommateurs* »²⁶⁷¹. En droit interne, le mécanisme prévu est double. D'une part, certaines dispositions du code de la consommation sont directement applicables aux contrats de vente d'électricité²⁶⁷², qui prévoit par ailleurs certaines dispositions protectrices des consommateurs propres à l'électricité²⁶⁷³. Il existe par ailleurs une autorité publique, le médiateur national de l'énergie, chargée de recommander des solutions aux litiges entre les consommateurs et les fournisseurs d'électricité ou pour participer à l'information des consommateurs sur leurs droits²⁶⁷⁴. D'autre part, selon le Code de l'énergie, la « *CRE contribue à garantir l'effectivité des mesures de protection des consommateurs* »²⁶⁷⁵, celle-ci cherchant régulièrement à accroître son rôle en cette matière²⁶⁷⁶.

Or, ce système semble concorder avec le cadre d'analyse de la théorie économique néo-institutionnelle. La protection du consommateur vise en effet les obligations imposées à l'ensemble des opérateurs au bénéfice de l'ensemble des consommateurs, mises en œuvre par une réglementation générale et impersonnelle adoptée et sanctionnée par l'État, et supervisée par l'autorité de régulation. Or, un tel régime pourrait faire l'objet d'une analyse en termes de remé-

²⁶⁶⁸ Cf. *Partie 1, Titre 2*.

²⁶⁶⁹ Directive 96/92 précitée, article 3.

²⁶⁷⁰ Directive 2009/72 précitée, articles 3§7 et 3§9.

²⁶⁷¹ *Ibid.*, § 51 de l'exposé des motifs.

²⁶⁷² Code de l'énergie, articles L. 332-1, L. 332-2, et L. 332-3.

²⁶⁷³ *Ibid.*, articles L. 122-6 et L. 122-7, et articles L. 332-4 à L. 332-6.

²⁶⁷⁴ *Ibid.*, articles L. 122-1 à L. 122-5. Anciennement, loi n°2000-108 précitée, article 34-1.

²⁶⁷⁵ *Ibid.*, article L. 131-1.

²⁶⁷⁶ Communication de la CRE du 10 janvier 2006 sur les travaux du GTE 2007 et du GTG 2007 relatifs à la préparation de l'ouverture des marchés des clients résidentiels de l'électricité et du gaz naturel au 1er juillet 2007, p. 1. Ainsi la CRE prévoyait ici un grand nombre de mécanismes et de procédures contractuelles pour favoriser l'information des consommateurs, les protéger en cas de résiliation, de changement de fournisseur, de comptage, etc., s'accordant des compétences élargies.

diabilité, dans la mesure où la réglementation est ici le moyen le plus efficace et le moins coûteux pour imposer des obligations à tous les opérateurs au bénéfice de l'ensemble des consommateurs.

1025. En deuxième lieu, une analyse similaire pourrait être faite à propos du service universel, dont le mécanisme est convergent en droit des communications électroniques et de l'électricité.

En droit de l'électricité, le service universel connaît en droit de l'Union européenne la même définition qu'en droit des communications électroniques puisqu'il vise le droit d'être approvisionné sur tout le territoire en électricité d'une qualité bien définie et à des prix raisonnables, ce qui comporte la possibilité de désigner un fournisseur de dernier recours²⁶⁷⁷. En droit interne, le concept de service universel n'a pas été transcrit en tant que tel en droit de l'électricité, en raison de l'attachement à la notion de service public, mais il est substantiellement présent. Ainsi, le service public concourt au développement équilibré du territoire et matérialise le droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité²⁶⁷⁸, notamment par le biais de la tarification spéciale « *produit de première nécessité* »²⁶⁷⁹ et par le maintien de la fourniture d'électricité aux familles en grande difficulté²⁶⁸⁰. Par ailleurs, le service public de la fourniture d'électricité consiste également à assurer la fourniture d'électricité de secours²⁶⁸¹, le ou les fournisseurs de secours étant désignés par l'autorité administrative à l'issue de procédures d'appel d'offres²⁶⁸².

Ce système converge partiellement avec celui adopté en matière de communications électroniques. Certes, ce n'est pas le cas s'agissant du tarif de première nécessité ou du mécanisme d'aide aux familles, puisque ceux sont mis en œuvre par le fournisseur puis intégralement compensés²⁶⁸³ par le système de compensation des charges résultant des obligations de service public payées par les consommateurs finals²⁶⁸⁴. Néanmoins, en ce qui concerne le choix du fournisseur de secours, le mécanisme choisi est le même qu'en matière de communications électroniques puisque l'opérateur est choisi après une procédure de sélection concurrentielle²⁶⁸⁵. De ce point de vue, le mécanisme du droit de l'électricité apparaît donc seulement partiellement efficace.

En effet, le régime du service universel peut également faire l'objet d'une analyse en termes néo-institutionnels. En effet, le service universel est d'abord défini par la réglementation, en ce qu'il s'agit d'un ensemble minimal de services dont tous les consommateurs peuvent potentiellement bénéficier, mais, dans la mesure où il ne bénéficie pas en pratique à tous mais aux seuls consommateurs ne faisant pas appel au marché, dans l'électricité lorsque ceux-ci font appel à un fournisseur de secours, qu'il apparaît plus pertinent de sélectionner l'opérateur le plus efficace

²⁶⁷⁷ Directive 2009/72 précitée, article 3§3, renvoyant à l'article 37§6, et § 47 de l'exposé des motifs.

²⁶⁷⁸ Code de l'énergie, article L. 121-1.

²⁶⁷⁹ *Ibid.*, articles L. 121-5 et L. 337-3.

²⁶⁸⁰ *Ibid.*, article L. 121-5 et Code de l'action sociale et des familles, article L. 115-3.

²⁶⁸¹ *Ibid.*, article L. 121-5.

²⁶⁸² Directive 2009/72 précitée, article 3§3 ; *Adde* Code de l'énergie, article L. 333-3.

²⁶⁸³ Code de l'énergie, articles L. 121-6 et L. 121-8.

²⁶⁸⁴ *Ibid.*, articles L. 121-6 à L. 121-28.

²⁶⁸⁵ *Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.*

dans sa mise en œuvre. Un tel modèle permet alors de s'assurer de l'effectivité du service universel tout en diminuant les coûts de transaction.

1026. En troisième lieu, il semble également exister une convergence entre le droit de la régulation et l'économie néo-institutionnelle à propos des obligations de service public. Le modèle du contrat et du contrat de concession en particulier s'impose en effet en cette matière comme le meilleur moyen de concilier service public et efficacité.

1027. Tout d'abord, il faut noter que le contrat de concession a toujours été utilisé dans le secteur électrique pour prendre en charge les fonctions de service public. Ainsi, la gestion du réseau de transport donnée par l'État au gestionnaire de réseau est juridiquement une concession²⁶⁸⁶, et ce depuis 1906²⁶⁸⁷, le gestionnaire de réseau exerçant alors son activité selon un cahier des charges type de concession approuvé par décret après avis de la CRE²⁶⁸⁸. Il en est de même, à l'exception des « *entreprises locales de distribution* », anciennement DNN²⁶⁸⁹, en ce qui concerne les réseaux de distribution, qui appartiennent aux collectivités territoriales²⁶⁹⁰ et qui sont également des concessions²⁶⁹¹ depuis 1906²⁶⁹², et qui sont exploités selon des cahiers des charges²⁶⁹³. Certes, les concessions dont il ne s'agit ne sont pas encore, à ce stade, de véritables concessions, puisque la concession du réseau de transport ne peut être confiée qu'au gestionnaire de réseau de transport²⁶⁹⁴, en pratique RTE, et les concessions des réseaux de distribution ne peuvent être confiées, sauf exception des entreprises locales de distribution, qu'à la société gestionnaire des réseaux publics de distribution issue de la séparation des activités d'EDF²⁶⁹⁵, en pratique ERDF. Cette attribution obligatoire à certaines gestionnaires, notamment dans le cas du réseau de distribution, semble contestable du point de vue de l'efficacité ; elle a cependant été considérée comme justifiée par la nécessité de maintenir la cohérence du réseau et la péréquation des tarifs²⁶⁹⁶. Il n'est néanmoins pas sûr que cette position se maintienne toujours, même si elle n'est pas remise en cause à ce jour.

1028. Ensuite, d'un point de vue général, il faut noter que les objectifs et les modalités permettant de mettre en œuvre les objectifs de service public font l'objet de contrats conclus entre l'État et EDF²⁶⁹⁷, entre l'État et les sociétés gestionnaires des réseaux de transport et de distribution²⁶⁹⁸,

²⁶⁸⁶ Code de l'énergie, article L. 321-1.

²⁶⁸⁷ Loi du 15 juin 1906, article 6.

²⁶⁸⁸ Code de l'énergie, article L. 321-2.

²⁶⁸⁹ *Ibid.*, articles L. 322-1 et L. 111-54. *V.*, par ailleurs les dispositions spécifiques concernant la commercialisation d'électricité par une entreprise locale de distribution, articles L. 334-1 et L. 334-2.

²⁶⁹⁰ *Ibid.*, article L. 322-4.

²⁶⁹¹ *Ibid.*, articles L. 111-51 et L. 322-1.

²⁶⁹² Loi du 15 juin 1906, article 6.

²⁶⁹³ Code de l'énergie, article L. 322-2.

²⁶⁹⁴ *Ibid.*, articles L. 321-1 et L. 111-40.

²⁶⁹⁵ *Ibid.*, article L. 111-52.

²⁶⁹⁶ Cons. Const., *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC, précité, considérants n°28 à 31.

²⁶⁹⁷ Anciennement, loi n° 2004-803 du 9 août 2004, article 1.

²⁶⁹⁸ Code de l'énergie, article L. 121-46. Anciennement, loi n° 2004-803 précitée, article 1.

et entre l'État et les autres entreprises assurant des missions de service public²⁶⁹⁹. Le contrat s'est donc imposé comme un moyen de renforcer l'efficacité de l'exécution du service public. Cela est encore plus net en matière de service public de production et de développement du réseau, où l'instrument du contrat associé à la mise en concurrence se développe.

1029. En ce qui concerne le service public de la production, les directives ont autorisé l'État, aux fins d'assurer la sécurité d'approvisionnement, l'efficacité énergétique et des objectifs environnementaux, à mettre en œuvre une planification de long terme des besoins d'investissement en production²⁷⁰⁰. Le droit interne a ainsi prévu que la mission de « *service public du développement équilibré de l'approvisionnement en électricité* » consiste en la réalisation des objectifs définis par la programmation pluriannuelle des investissements de production arrêtée par le ministre de l'énergie²⁷⁰¹. Or, lorsque les capacités de production existantes ne répondent pas à ces objectifs, l'autorité administrative peut recourir à un appel d'offres²⁷⁰², EDF et les entreprises locales de distribution étant alors tenues, si elles ne sont pas sélectionnées, de conclure un contrat d'achat²⁷⁰³, ce dispositif faisant l'objet d'une compensation²⁷⁰⁴.

De ce point de vue, il peut être souligné que la même logique est à l'œuvre en matière de service public dans les communications électroniques, notamment concernant le service public local d'infrastructures, mis en œuvre par le biais de délégations de service public²⁷⁰⁵.

Or, ce dispositif consistant, dans le cas de la production, à mettre en place un contrat de concession semble concorder avec le cadre d'analyse néo-institutionnel, dans la mesure où celui-ci préconise la mise en place de contrats de concessions en cas de service public. Dans ce type de cas, en effet, le faible nombre d'acteurs concernés ne rend pas nécessaire l'adoption d'une réglementation et incite, en termes de coûts de transaction, à la conclusion d'un contrat avec l'autorité publique, en charge du service public. La mise en concurrence de ce contrat permet alors de concilier exécution du service public et efficacité économique.

1030. Enfin, le service public du développement du réseau de transport semble aller dans le même sens. L'État peut en effet, aux fins d'assurer la sécurité d'approvisionnement, l'efficacité énergétique et des objectifs environnementaux, mettre en œuvre une planification de long terme des besoins d'investissement en transport²⁷⁰⁶. Ainsi, il existe une mission de développement et d'exploitation des réseaux prise en charge par le gestionnaire de réseau dans le cadre d'un schéma

²⁶⁹⁹ Code de l'énergie, article L. 121-47.

²⁷⁰⁰ Directive 2003/54, article 3§2 ; *Adde* Directive 2009/72 précitée, articles 3§2 et 3§14.

²⁷⁰¹ Code de l'énergie, article L. 121-3 et articles L. 141-1 à L. 141-3. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 2.I 1°.

²⁷⁰² Directive 2009/72 précitée, § 43 de l'exposé des motifs et article 8 ; *Adde* Code de l'énergie, articles L. 311-10 et L. 311-11. Anciennement, loi n°2000-108 précitée, article 6. II et article 8.

²⁷⁰³ Code de l'énergie, article L. 311-12.

²⁷⁰⁴ *Ibid.*, articles L. 311-13 et L. 121-7.

²⁷⁰⁵ *Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.*

²⁷⁰⁶ Directive 2003/54, article 3§2 ; *Adde* Directive 2009/72 précitée, articles 3§2 et 3§14.

décennal²⁷⁰⁷. Or, la nouvelle directive a prévu qu'en cas de défaillance du gestionnaire, l'autorité doit pouvoir exiger de celui-ci la réalisation de l'investissement²⁷⁰⁸, l'obliger à une augmentation du capital permettant de financer ces investissements²⁷⁰⁹, mais aussi disposer de la possibilité de « lancer une procédure d'appel d'offres ouverte à tous les investisseurs pour l'investissement en question »²⁷¹⁰, sachant que dans ces trois cas le gestionnaire peut être tenu d'accepter le financement et la construction par un tiers²⁷¹¹. Le droit interne a transposé ce dispositif en écartant toutefois la seconde solution, privilégiant la mise en demeure et l'organisation des appels d'offres²⁷¹².

Dès lors, on constate que c'est encore une fois la procédure contractuelle par voie d'enchère qui est prônée par le droit positif pour mettre en œuvre le service public. Conformément aux principes posés précédemment, le nombre d'acteurs intéressés étant faible, le recours à la concession semble être en effet la meilleure manière de garantir à la fois le service public et l'efficacité économique.

1031. En définitive, il apparaît qu'un certain nombre de mécanismes de prise en charge du service public concordent avec les solutions proposées par la théorie économique, permettant alors de concevoir des solutions de service public qui soient également efficaces.

Certes, néanmoins, la coévolution du droit et de la théorie économique connaît encore de nombreuses limites en matière de service public, dans la mesure où les politiques publiques adoptées par l'État s'opposent parfois à la recherche de l'efficacité économique. Toutefois, il semble que même ces dernières soient en rémission, confirmant le processus de communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle à l'œuvre en droit de la régulation.

b. La réduction des limites à la coévolution des solutions juridique et économique de mise en œuvre du service public

1032. Un certain nombre de solutions mises en œuvre par les pouvoirs publics dans le cadre du service public s'opposent frontalement à l'objectif d'efficacité économique, conduisant aux limites de la convergence entre le droit et l'économie. Néanmoins, sans remettre en cause dans leur principe ces limites, force est de constater que le droit positif se caractérise également ici par la recherche émergente d'un compromis entre le maintien des politiques publiques et l'efficacité économique. On le constate en matière de développement des énergies renouvelables (i) et en matière de service public de fourniture (ii).

²⁷⁰⁷ Directive 2009/72 précitée, article 22§7.

²⁷⁰⁸ *Ibid.*, article 22§7 a).

²⁷⁰⁹ *Ibid.*, article 22§7 c).

²⁷¹⁰ *Ibid.*, article 22§7 b).

²⁷¹¹ *Ibid.*, article 22.

²⁷¹² Code de l'énergie, article L. 321-6. II.

i. La réduction de l'inefficacité du service public de développement des énergies renouvelables

1033. Le service public est organisé selon des modalités peu efficaces en matière d'énergies renouvelables²⁷¹³, même si l'on constate de ce point de vue une réduction des limites de la coévolution entre le droit et la théorie économique. En effet, pour favoriser le développement des énergies vertes, le législateur a mis en place des obligations d'achat pesant sur EDF et les entreprises locales de distribution s'agissant de la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables²⁷¹⁴ qui font l'objet d'une compensation²⁷¹⁵. Or, il semble que ce système fasse l'objet d'une contestation au nom de l'efficacité économique.

1034. De ce point de vue, la CRE s'est très tôt alignée sur une position en faveur du mécanisme d'enchères. En effet, dans ses premiers avis relatifs aux arrêtés fixant les conditions de l'obligation d'achat, la CRE a pris position contre ce mécanisme dans la mesure où celui-ci ne permet jamais d'atteindre l'objectif d'efficacité économique²⁷¹⁶. Au contraire, elle s'est prononcée en faveur d'un système d'appel d'offre, permettant mieux que le mécanisme d'obligation d'achat de remplir les objectifs de service public visés tout en le faisant de manière plus efficace²⁷¹⁷. Cette position de principe a été par ailleurs confirmée à de très nombreuses reprises²⁷¹⁸. La CRE a également cherché à se rapprocher des mécanismes de marché en fixant les charges du fonds de compensation²⁷¹⁹ et les prix de l'achat de l'électricité²⁷²⁰ en fonction des prix de marché. Plus généralement,

²⁷¹³ Pour les dispositions générales sur ce sujet, *V.*, Code de l'énergie, articles L. 211-1 à 211-7.

²⁷¹⁴ Code de l'énergie, articles L. 314-1 et s. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 10.

²⁷¹⁵ *Ibid.*, article L. 314-3 et articles L. 121-6 et s.

²⁷¹⁶ Avis de la Commission de régulation de l'électricité en date du 5 juin 2001 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par des installations utilisant l'énergie hydraulique des lacs, cours d'eau et mers, telles que visées à l'article 2-1 du décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000 ; *Adde* Avis de la Commission de régulation de l'électricité en date du 12 juillet 2001 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations de cogénération d'électricité et chaleur valorisée ; *Adde* Avis de la Commission de régulation de l'électricité en date du 19 juillet 2001 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui éliminent des déchets animaux bruts ou transformés.

²⁷¹⁷ *Ibid.*

²⁷¹⁸ Avis de la Commission de régulation de l'électricité en date du 18 octobre 2001 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations d'une puissance inférieure ou égale à 36 kVA pouvant bénéficier de l'obligation d'achat, p. 4 ; *Adde* Avis du 30 octobre 2008 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent, p. 13. *V.*, également CRE, *Rapport d'activité*, 2004, p. 73 ; *Adde* CRE, *Rapport d'activité*, 2006, p. 101.

²⁷¹⁹ Proposition de la Commission de régulation de l'électricité en date du 20 décembre 2001 relative au montant prévisionnel des charges du service public de la production d'électricité pour 2002, p. 6 ; *Adde* Proposition de la Commission de régulation de l'électricité en date du 26 septembre 2002 relative au montant prévisionnel des charges du service public de la production d'électricité pour 2003, p. 9.

²⁷²⁰ Avis de la Commission de régulation de l'énergie du 26 juin 2006 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui valorisent le biogaz, pp. 1-2 ; *Adde* Avis du 29 juin 2006 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3o de l'article 2 du décret no 2000-1196 du 6 décembre 2000, pp. 1-20.

elle est très souvent critique des prix et des modalités de mise en œuvre de l'obligation d'achat²⁷²¹.

Suite à ces critiques, le législateur a mis en œuvre un certain nombre d'avancées dans le sens de la CRE mais sans remettre en cause le système de l'obligation d'achat. Ainsi la loi de 2004 a prévu, sauf exceptions, la possibilité pour les nouvelles installations de ne disposer qu'une seule fois du mécanisme d'obligation d'achat²⁷²², ce qui constitue une limite à celui-ci. Le système a ensuite été suspendu s'agissant de l'obligation d'achat de l'énergie solaire²⁷²³, le Conseil d'État ayant refusé de remettre en cause cette suspension en urgence en raison de « *l'intérêt public qui s'attache au réexamen d'un système incitatif dont les effets, dans son équilibre actuel, risque de soumettre les consommateurs d'électricité à des prélèvements compensatoires en forte hausse* »²⁷²⁴. Dans l'attente du jugement au fond, la CRE a logiquement refusé de se prononcer dans le cadre de sa compétence de règlements de différends²⁷²⁵.

Suite à cette suspension, l'arrêté précédent fixant les prix ayant été abrogé et un nouveau ayant été discuté²⁷²⁶, la CRE a estimé que le projet de décret était plus pertinent que l'ancien décret car il ne permet pas, par les méthodes de prix qu'il fixe, de rentabilité excessive, mais elle a continué de critiquer le système de l'obligation d'achat en faisant valoir que le coût du service public lié à l'obligation d'achat continuerait d'être très élevé²⁷²⁷. Fin juillet 2011, ce prix n'avait pas encore été définitivement fixé²⁷²⁸.

1035. En toute hypothèse, l'adoption récente du Code de l'énergie a maintenu le système de l'obligation d'achat, en raison de la volonté de favoriser le développement des énergies renouvelables et, sans doute, pour certaines raisons politiques. De ce point de vue, une question importante est celle de savoir quelles seront les dispositions réglementaires adoptées s'agissant des mo-

²⁷²¹ Avis de la CRE du 3 décembre 2009 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000 ; *Adde* Délibération de la CRE du 26 novembre 2009 portant avis sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant, à titre principal, l'énergie dégagée par la combustion de matières non fossiles d'origine végétale ou animale telles que visées au 4° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000 ; *Adde* Délibération de la CRE du 3 mars 2011 portant avis sur un projet d'arrêté relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil et sur un projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.

²⁷²² Aujourd'hui, Code de l'énergie, article L. 314-2.

²⁷²³ Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil.

²⁷²⁴ Ordonnance du Conseil d'État, du 28 janvier 2011, *Société Ciel et terre et autres*, n°344973, inédit au recueil Lebon.

²⁷²⁵ Décision du CoRDIS de la CRE en date du 29 avril 2011 relative aux demandes de règlement de différends mettant en cause l'application du décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil.

²⁷²⁶ Arrêté du 4 mars 2011 portant abrogation de l'arrêté du 31 août 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000. *V.*, Délibération de la CRE du 3 mars 2011 précitée.

²⁷²⁷ Délibération de la CRE du 3 mars 2011 précitée.

²⁷²⁸ Délibération de la CRE du 21 juillet 2011 portant communication au Gouvernement des valeurs des coefficients S1 et V1 définis dans l'arrêté du 4 mars 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil

dalités de constitution du prix de cet achat²⁷²⁹. La question sera ici de savoir si les prix seront définis par référence aux prix du marché, comme le souhaite la CRE, ou s'ils ne le seront pas, ce qui est la pratique aujourd'hui principalement constatée²⁷³⁰.

1036. En somme, on constate semble-t-il en matière de développement des énergies renouvelables la volonté de réduire les limites de la coévolution du droit et de la théorie économique. Il en est de même en matière de service public de la fourniture d'électricité.

ii. La recherche d'un compromis entre l'efficacité économique et la mise en œuvre du service public de la fourniture d'électricité

1037. Le service public de la fourniture consiste à assurer la fourniture d'électricité aux clients bénéficiaires des tarifs réglementés²⁷³¹. Or, il vient directement heurter la logique de concurrence.

Certes, en principe, le marché de la fourniture d'électricité est concurrentiel. Tout client a le droit de choisir son fournisseur d'électricité²⁷³², ce droit s'exerçant par site de consommation²⁷³³, et lorsqu'un consommateur final exerce ce droit, ses contrats en cours au tarif réglementé sont résiliés de plein droit²⁷³⁴. Cependant, en pratique, les tarifs réglementés ont un effet extrêmement dissuasif sur la concurrence au regard de l'avantage concurrentiel qu'ils accordent et du fait qu'EDF est la seule entreprise à les mettre en œuvre.

En effet, la mission de service public de la fourniture est expressément confiée par la loi à EDF et aux entreprises locales de distribution et permet de mettre en œuvre des tarifs réglementés de vente²⁷³⁵. Ces tarifs réglementés de vente entrent dans le champ d'application de l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce²⁷³⁶, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas déterminés par le libre jeu de la concurrence²⁷³⁷. Ils sont fixés, jusqu'au 7 décembre 2015, par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie après avis de la CRE, puis, après cette date, par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie sur proposition de la CRE²⁷³⁸.

Ainsi, le service public de la fourniture apparaît par nature contraire au fonctionnement concurrentiel du marché. Dès lors, la théorie économique néo-institutionnelle préconise leur sup-

²⁷²⁹ Code de l'énergie, article L. 314-4.

²⁷³⁰ CRE, *Rapport d'activité*, 2007, p. 128.

²⁷³¹ Code de l'énergie, article L. 121-5. Anciennement, loi n°2000-108 précitée, article 2.III.

²⁷³² *Ibid.*, article L. 331-1. Anciennement, *ibid.*, article 22.

²⁷³³ *Ibid.*, article L. 331-2. Anciennement, *ibid.*

²⁷³⁴ *Ibid.*, article L. 331-3. Anciennement, *ibid.*, article 49.

²⁷³⁵ *Ibid.*, article L. 331-3. Anciennement, *ibid.*, article 2.III 2°.

²⁷³⁶ *Ibid.*, article L. 337-1. Anciennement, *ibid.*, article 4.

²⁷³⁷ C. Com, article L. 420-2.

²⁷³⁸ Code de l'énergie, article L. 337-4.

pression, notamment parce qu'ils ont pour effet de maintenir le rapport préexistant entre le client et l'opérateur historique²⁷³⁹.

1038. Un certain nombre de positions ont été prises par les différentes autorités en charge du secteur de l'électricité dans le sens de la suppression du tarif réglementé.

Tout d'abord, le maintien des tarifs réglementés est contesté par la Commission qui a lancé une procédure en manquement pour mauvaise transposition de la directive 2003/54, au minimum concernant les tarifs réglementés visant les industriels²⁷⁴⁰. Ensuite, la CRE est également allée en ce sens à de nombreuses reprises, en préconisant, en dehors de l'hypothèse du service universel et du tarif de première nécessité, la suppression des tarifs réglementés d'électricité, ceux-ci créant des effets de ciseaux tarifaires empêchant la concurrence de s'exercer normalement²⁷⁴¹. Le Conseil de la concurrence a réalisé la même analyse, considérant que les tarifs réglementés expliquent l'absence d'ouverture à la concurrence du marché²⁷⁴², mais a refusé de condamner EDF sur le marché réglementé, au motif que les problèmes de suppression ou de maintien des tarifs réglementés impliquaient des mesures de régulation dépassant sa compétence²⁷⁴³. Enfin, le Conseil constitutionnel, dans sa décision relative à la privatisation de GDF, a considéré que le maintien de tarifs réglementés, en l'état, méconnaissait l'obligation constitutionnelle de transposition des directives²⁷⁴⁴.

1039. Pourtant, le gouvernement français ou les parlementaires français ont périodiquement réinstaurés ces tarifs réglementés, au mépris des règles constitutionnelles et du droit de l'Union européenne²⁷⁴⁵. Suite aux propositions du rapport Champsaur, très critique à l'égard de la structure précédente des tarifs réglementés²⁷⁴⁶, mais considérant qu'il était possible de les maintenir pour les petits consommateurs à condition qu'ils soient inférieurs aux prix de gros régulés de production nucléaire²⁷⁴⁷, le législateur a, par la loi NOME²⁷⁴⁸ aujourd'hui codifiée, supprimé le tarif réglementé pour les gros industriels à partir du 1^{er} janvier 2016²⁷⁴⁹, mais l'a maintenu pour les particuliers et les petits industriels²⁷⁵⁰. Le défi est alors de maintenir pour les consommateurs le

²⁷³⁹ GLACHANT J.-M., LÉVÊQUE F., « The electricity internal market in the European Union : what to do next ? », *op. cit.*, pp. 7-8.

²⁷⁴⁰ *V.*, notamment CHAMPSAUR P., *Rapport de la commission sur l'organisation du marché de l'électricité*, *op. cit.*, pp. 8-9. *V.*, également PEYLET R., « La nouvelle organisation du marché de l'électricité », *RFDA*, 2011, pp. 311-313.

²⁷⁴¹ CRE, *Rapport d'activité*, 2005, p. 110 ; *Adde* CRE, *Rapport d'activité*, 2007, p. 66, pp. 80-81 et pp. 96-103 ; *Adde* CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 1^{er} semestre 2008, pp. 56-57.

²⁷⁴² Cons. Conc., Décision n° 07-MC-04 précitée, § 42 et 43 ; *Adde* Cons. Conc., Décision n° 07-D-43 précitée, § 25 et 26.

²⁷⁴³ Cons. Conc., Décision n° 07-D-43 précitée, § 128 à 131.

²⁷⁴⁴ Cons. Const., *Loi relative au secteur de l'énergie*, n°2006-543 DC, considérants n° 2 à 9.

²⁷⁴⁵ Pour un résumé de l'historique des tarifs réglementés et des différentes phases par lesquelles ils ont été ré-institués, *V.*, PEYLET R., « La nouvelle organisation du marché de l'électricité », *article précité*, p. 312.

²⁷⁴⁶ CHAMPSAUR P., *Rapport de la commission sur l'organisation du marché de l'électricité*, *op. cit.*, p. 6 et s.

²⁷⁴⁷ *Ibid.*, pp. 15-16.

²⁷⁴⁸ Loi n° 2010-1488 précitée.

²⁷⁴⁹ Code de l'énergie, article L. 337-9.

²⁷⁵⁰ Code de l'énergie, articles L. 337-7 et L. 337-8.

bénéfice de l'énergie nucléaire, et donc de conserver l'avantage procuré par ce choix de politique publique, tout en permettant à la concurrence de s'exercer en évitant les effets de ciseaux tarifaires, et donc de trouver un nouveau type de compromis entre ces deux objectifs contraires²⁷⁵¹.

1040. Une telle solution semble désormais rendue possible par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne, rendu en avril 2010 et concernant la directive 2003/55 relative au gaz, a apprécié la possibilité pour un État membre de maintenir des tarifs réglementés²⁷⁵². Or, si la Cour considère que la finalité même et l'économie générale de la directive est de parvenir à une libéralisation totale du marché impliquant alors que les prix soient librement déterminés par le jeu de l'offre et de la demande²⁷⁵³, elle admet néanmoins une dérogation à ce principe au nom d'un niveau élevé de service public et de protection du consommateur final²⁷⁵⁴. Les conditions de mise en œuvre de ce service public sont alors posées de manière assez large puisque la Cour reconnaît un pouvoir étendu à l'État pour déterminer l'existence d'un service d'intérêt économique général²⁷⁵⁵ et pour poser une législation destinée à fixer le prix de la fourniture du gaz pour concilier l'objectif de libéralisation et celui de la nécessaire protection du consommateur final²⁷⁵⁶.

La législation doit cependant respecter le principe de proportionnalité et être nécessairement limitée dans le temps, ce qui implique un réexamen périodique et de façon rapprochée de la nécessité et des modalités d'intervention de l'administration, une limitation de la réglementation du tarif cantonnée à la composante du tarif administrée pour des raisons de service public et la prise en compte des différences entre consommateurs individuels et professionnels²⁷⁵⁷. Elle doit aussi respecter les principes de transparence, de non-discrimination, et être contrôlable²⁷⁵⁸.

Or, une telle interprétation de la directive 2003/54, qui vaut sans doute également en matière électrique au regard de la similitude de rédaction des textes, viendra certainement renforcer le gouvernement français dans sa volonté de maintenir les tarifs réglementés tel qu'ils ressortent du système précédent²⁷⁵⁹, même si ceux-ci ne répondent pas semble-t-il à toutes les conditions, notamment le caractère temporaire, posées par la Cour.

²⁷⁵¹ NICINSKI S., « La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *article précité*, pp. 3-4 ; *Adde* PEYLET R., « La nouvelle organisation du marché de l'électricité », *article précité*, p. 314.

²⁷⁵² Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 20 avril 2010 *Federutility*, Affaire C-265/08.

²⁷⁵³ *Ibid.*, § 18 et 19.

²⁷⁵⁴ *Ibid.*, § 20 à 25.

²⁷⁵⁵ *Ibid.*, § 26 à 31.

²⁷⁵⁶ *Ibid.*, § 32.

²⁷⁵⁷ *Ibid.*, § 33 à 43.

²⁷⁵⁸ *Ibid.*, § 44 à 46.

²⁷⁵⁹ M.-L. B., note sous Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 20 avril 2010 *Federutility*, Affaire C-265/08, *RJEP*, n°679, octobre 2010, p. 47.

1041. En toute hypothèse, l'intervention de la loi NOME cherche à réaliser un nouvel équilibre entre le maintien d'une telle politique publique et l'exercice de la concurrence. Pour ce faire, le prix des tarifs réglementés de vente devra progressivement être établi sur la base du prix d'accès régulés à l'énergie nucléaire historique ajouté des coûts d'acheminement, de commercialisation et d'une rémunération normale au bénéfice de l'opérateur historique. En outre, les tarifs réglementés doivent aujourd'hui être définis en fonction des coûts liés aux catégories de fourniture et non plus en fonction des coûts complets moyens²⁷⁶⁰.

Dès lors, cela signifie que les tarifs réglementés de vente, s'ils doivent au moins couvrir les coûts de l'opérateur historique²⁷⁶¹ conformément à la jurisprudence du Conseil d'État sur cette question²⁷⁶², devront également être construits afin de permettre aux autres opérateurs de fournir une offre compétitive. C'est ainsi que la CRE interprète l'article L. 337-6 du Code de l'énergie fixant les éléments sur la base desquels doivent être fixés les tarifs réglementés²⁷⁶³. Les tarifs réglementés doivent donc être contestables, c'est-à-dire qu'ils doivent permettre au marché de fonctionner et à la concurrence de s'exercer, ce qui implique en pratique un rapprochement des tarifs réglementés de vente des tarifs du marché²⁷⁶⁴. De ce point de vue, le droit positif se caractérise donc par la recherche d'un compromis entre le maintien des tarifs réglementés et l'exercice de la concurrence.

1042. Enfin, les difficultés concurrentielles liées à la prééminence du nucléaire en France pourraient peut-être à long terme trouver une issue dans la disposition de l'article L. 338-8 4° c) du Code de l'énergie qui prévoit la possibilité pour le ministre de proposer des « *modalités permettant d'associer les acteurs intéressés, en particulier les fournisseurs d'électricité et les consommateurs électro-intensifs, aux investissements de prolongation de la durée d'exploitation des centrales nucléaires* »²⁷⁶⁵. En effet, à défaut d'autoriser la multiplication de la construction de centrales nucléaires ou de mettre en œuvre une dé-intégration horizontale du parc déjà existant, l'idée consistant à permettre la participation des différents acteurs intéressés aux investissements de prolongation des centrales nucléaires est une idée intéressante pour permettre l'exercice de la concurrence.

Cette solution rejoint en effet le cadre d'analyse de l'économie néo-institutionnelle. Ainsi, il ne fait guère de doutes que les centrales nucléaires peuvent être analysées comme à l'origine de nombreuses spécificités d'actifs, en elles-mêmes et pour le secteur dans lequel elles s'inscrivent.

²⁷⁶⁰ Code de l'énergie, articles L. 337-5 et L. 337-6.

²⁷⁶¹ Délibération de la CRE du 28 juin 2011 portant avis sur le projet d'arrêté relatif aux tarifs réglementés de vente d'électricité, p. 2.

²⁷⁶² Arrêt du Conseil d'État, du 1^{er} juillet 2010, *Sté Poweo*, n°321595, publié au recueil Lebon. *V.*, récemment Arrêt du Conseil d'État, 9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies, du 28 juillet 2011, *Poweo*, n° 328423, Inédit au recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies, du 28 juillet 2011, *Poweo*, n° 321551, Inédit au recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies, du 28 juillet 2011, *Poweo*, n° 317750, Inédit au recueil Lebon.

²⁷⁶³ Délibération de la CRE du 28 juin 2011 précitée, pp. 5-6.

²⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 5 et s.

²⁷⁶⁵ Code de l'énergie, article L. 338-8 4° c).

Notamment, dès lors que leur exploitation est nécessaire pour être compétitif, l'accès à celles-ci est nécessaire pour permettre la concurrence. Or, l'idée d'associer les différents acteurs dans les investissements relatifs aux centrales nucléaires revient à permettre un partage de l'installation de production compétitive associée à la participation des acteurs dans celle-ci. De ce point de vue, si elle s'accompagne d'une structure de gouvernance mise en place sous le contrôle de l'autorité de régulation, cette perspective constitue sans doute une solution intéressante pour concilier concurrence, compétitivité du parc électronucléaire, prix réglementés bas et investissement, à l'image des solutions adoptées pour la fibre optique en matière de communications électroniques.

1043. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que la rationalité de l'évolution du droit matériel de la régulation peut être trouvée dans la coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle et peut donc être dégagée sur la base de celle-ci. Elle permet alors de démontrer que la régulation se caractérise par la mise en œuvre de politiques publiques autant que par la recherche de l'efficacité économique, et souvent, qu'elle conduit à rechercher un équilibre entre ces deux objectifs. Sur la base de la coévolution entre le droit et la théorie économique peut donc être induite la définition formelle de la régulation.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

1044. L'analyse néo-institutionnelle du droit matériel de la régulation permet d'abord de démontrer que l'échec de la communication entre l'analyse économique du droit et le droit ne signifie pas qu'il n'est pas possible au droit et à la théorie économique de communiquer de manière positive. Au contraire, il est possible de mettre en œuvre une telle communication à condition de choisir une théorie économique adaptée. En effet, l'étude permet de démontrer qu'il existe aujourd'hui un processus de convergence entre le droit matériel de la régulation et la théorie économique néo-institutionnelle.

Tout d'abord, l'analyse a démontré l'existence d'une concordance du droit et des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle. D'une part, l'économie néo-institutionnelle réussit, par l'intermédiaire du concept d'institution qui constitue un couplage structurel avec le droit, à intégrer les objectifs du système juridique, comme l'objectif de construction du marché intérieur et le maintien du service public. Cela lui permet alors de rendre compte de ces paramètres dans ses analyses et donc de se rapprocher du droit. D'autre part, le droit de la régulation opère une analyse des industries de réseau qui concorde avec les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle relatives au monopole naturel et aux spécificités d'actifs, permettant de rendre compte des évolutions du droit de l'électricité mais aussi de réinterpréter les évolutions les plus récentes du droit des communications électroniques, et ainsi d'envisager, même s'il n'y a pas là de coévolution au sens strict, une communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle normative.

Ensuite, en effet, l'analyse a démontré l'existence d'une véritable coévolution du droit de la régulation et des résultats de l'économie néo-institutionnelle. D'une part, droit positif et économie néo-institutionnelle se rejoignent, par l'intermédiaire des concepts de propriété et de contrôle, en ce qui concerne la mise en œuvre d'un démantèlement vertical et horizontal des opérateurs historiques. D'autre part, droit positif et économie néo-institutionnelle se rejoignent, par l'intermédiaire des concepts de concurrence, d'efficacité économique, de marché, de réglementation, de service public, en ce qui concerne l'extension des marchés concurrentiels comme mode de gestion des transactions sur les marchés d'industries de réseau. Cette convergence se constate également en matière de politiques publiques et notamment de service public, où la coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle permet d'assurer tout à la fois la fourniture du service et de garantir un certain niveau d'efficacité économique, même si certaines limites, en recul toutefois dans les évolutions les plus récentes du droit positif, continuent d'exister à cette convergence au nom du maintien d'objectifs de politique publique.

En définitive, l'analyse démontre bien l'existence d'une convergence du droit matériel de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle qui permet de comprendre la rationalité de la fonction de régulation d'un point de vue économique comme extra-économique. Sur cette base peut alors être induite une définition matérielle de la régulation.

Chapitre 2nd

Proposition de définition matérielle de la régulation

1045. En tant que méthode fondée sur l'étude de l'ordre juridique considéré comme un système autopoïétique, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet donc de démontrer la coévolution du droit matériel de la régulation et de la théorie économique néo-institutionnelle²⁷⁶⁶. Cependant, elle permet d'aller plus loin en proposant, sur cette base, une définition matérielle de la régulation.

1046. En effet, comme le prévoit la théorie de l'institution d'Hauriou, l'institution est « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social* »²⁷⁶⁷. Dès lors, l'analyse néo-institutionnelle du droit doit dégager en premier lieu, par le biais d'un raisonnement inductif classiquement utilisé par la doctrine pour construire les catégories juridiques²⁷⁶⁸, une définition matérielle de la régulation.

Tout d'abord, il est nécessaire, sur la base des données résultant de la coévolution entre le droit et l'économie néo-institutionnelle, de déterminer l'« *idée d'œuvre* » de la régulation, c'est-à-dire le concept juridique de régulation²⁷⁶⁹, qui vise une idée abstraite²⁷⁷⁰ relevant d'un degré de connaissance théorique²⁷⁷¹, ontologique²⁷⁷². Il résulte alors de l'analyse que le concept juridique de régulation se définit comme *l'instauration d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. La régulation est donc une catégorie conceptuelle²⁷⁷³.

Ensuite, il est possible de déterminer comment cette idée d'œuvre « *se réalise et dure juridiquement dans un milieu social* », c'est-à-dire de réintégrer le concept juridique de régulation au sein du système juridique du droit administratif, en construisant une notion juridique, c'est-à-dire un objet juridique technique²⁷⁷⁴, opératoire²⁷⁷⁵. Pour ce faire, il faut établir une définition juridique de la

²⁷⁶⁶ Cf. *Partie, Titre 1, Chapitre 1*.

²⁷⁶⁷ HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in M. Hauriou., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 96.

²⁷⁶⁸ DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque « Bibliothèque de droit public », Tome 171, 1994, p. 22 ; *Adde* CHEVALLIER J., « Conclusion générale. Les interprètes du droit », in Y. Poirmeur, A. Bernard (coors.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, pp. 267-268 et p. 276.

²⁷⁶⁹ Cf. *Introduction*.

²⁷⁷⁰ VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, 851, § 4 ; *Adde* PICARD E., *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 146, 1984, p. 43 ; *Adde* CALAIS-AULOY M.-T., « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA*, 9 août 1999, n°157, p. 5.

²⁷⁷¹ CALAIS-AULOY M.-T., « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *article précité*, pp. 5-6.

²⁷⁷² PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 43.

²⁷⁷³ *Ibid.*, pp. 43-44.

²⁷⁷⁴ V., PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 42-43 ; *Adde* BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2009, p. 32 ; *Adde* BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2003, 4^{ème} Ed., p. 220 et p. 223.

²⁷⁷⁵ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 42-43.

régulation, elle-même constituée de critères²⁷⁷⁶. Or, à ce stade de l'analyse, il s'agit de déterminer le critère matériel de la régulation, qui vise son objet²⁷⁷⁷. Il est alors possible de proposer comme critère matériel de la régulation le critère de l'*ordre public économique*, l'ordre public économique de la régulation ayant alors pour objet l'instauration d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques. La régulation se définit donc matériellement comme *la fonction administrative ayant pour objet la mise en œuvre d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques* (Section I).

1047. Par ailleurs, cette proposition, pour prétendre servir de critère matériel à la régulation, doit être valable pour l'ensemble des faits présentant une « *identité de nature* »²⁷⁷⁸ avec la régulation, c'est-à-dire qu'elle doit permettre de déterminer le champ exact de celle-ci, alors même qu'elle tend à être utilisée pour des champs toujours plus nombreux²⁷⁷⁹.

Il s'agit donc de vérifier ici que le critère matériel proposé est susceptible de s'appliquer aux secteurs qualifiés en droit positif de secteurs régulés, à l'instar des secteurs de l'audiovisuel, des chemins de fer ou des jeux en ligne, et s'il permet de répondre aux interrogations de la doctrine concernant certains secteurs dont la qualification de secteurs régulés pose davantage de difficultés, comme les secteurs de la régulation financière et surtout le droit de la concurrence.

Pour ce faire, il convient d'utiliser la seconde méthode la plus privilégiée par la doctrine dans la construction des catégories juridiques, à savoir le procédé de la déduction²⁷⁸⁰. Or, le critère matériel proposé par l'analyse néo-institutionnelle du droit se trouve alors confirmé en ce qu'il permet de rendre compte du champ pertinent de la notion juridique de régulation (Section II).

Section I. Induction d'une définition matérielle de la régulation

1048. L'analyse néo-institutionnelle du droit permet d'abord d'induire, à partir des données juridiques résultant de la coévolution de l'économie néo-institutionnelle et du droit matériel de la régulation, un concept juridique de régulation. La régulation apparaît alors comme visant l'instauration d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de poli-

²⁷⁷⁶ LATOURNERIE R., « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », in *EDCE*, 1960, p. 98 ; *Adde* BÉNOÎT F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 27 ; *Adde* GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome CVIII, pp. 25-26.

²⁷⁷⁷ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 23-24.

²⁷⁷⁸ LATOURNERIE R., « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *article précité*, p. 95. *V.*, également BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, pp. 213-219 ; *Adde* GUGLIELMI G., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 157, 1991, pp. 16-17.

²⁷⁷⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 53-55.

²⁷⁸⁰ DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 22.

tiques publiques (§1). Il est ensuite possible de proposer un critère matériel de la régulation qui rende compte techniquement de ce concept, le critère de l'ordre public économique (§2).

§1. Induction d'un concept juridique de régulation

1049. Il ressort de la coévolution entre l'économie néo-institutionnelle et le droit de la régulation que le concept juridique de régulation s'analyse comme l'instauration d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques (A). Ainsi défini, ce concept apparaît nouveau et spécifique et donne ainsi naissance à une institution juridique se distinguant des institutions juridiques classiques du droit administratif, la police et le service public, faisant de la régulation un troisième type de fonction administrative (B).

A. Proposition d'un concept juridique de régulation

1050. Les données juridiques résultant de la communication entre le droit et la théorie économique vont dans le sens des doctrines de la régulation qui voient en elle une fonction de conciliation entre des impératifs économiques et non économiques (1). Cependant, aucune des définitions proposées par la doctrine n'apparaît pleinement satisfaisante pour autant et il est alors souhaitable de proposer un nouveau concept de régulation qui permette d'améliorer l'effort de définition réalisé jusqu'ici (2).

1. La confirmation positive des doctrines de la conciliation

1051. Les résultats obtenus négativement à l'occasion de l'étude des limites de la transcription de l'économie des réseaux en droit sont confirmés, positivement, par les résultats ressortant de la coévolution du droit matériel de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle.

En effet, ces derniers permettent de rejeter les doctrines voyant dans la régulation une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence (a) et de considérer comme pertinentes les doctrines voyant dans la régulation une fonction de conciliation (b).

a. La confirmation du rejet des définitions de la régulation transcrivant l'économie des réseaux

1052. Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur l'ensemble de ces éléments, il faut noter que le rejet des doctrines définissant la régulation conformément au modèle de la théorie de l'économie des réseaux, qui peut être soutenu négativement par la démonstration des limites de la transcrip-

tion de l'économie des réseaux en droit²⁷⁸¹, se trouve ici confirmé positivement par la démonstration de la coévolution du droit de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle.

Tout d'abord, le rejet du modèle de l'économie des réseaux est confirmé par la concordance des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle et du droit matériel de la régulation. En effet, il résulte des éléments précédents que droit et théorie économique s'accordent sur l'existence de caractéristiques des industries de réseau, monopoles naturels voire spécificités d'actifs, qui empêchent la concurrence spontanée de s'exercer sur ces marchés. En outre, droit et théorie économique s'accordent sur l'existence et la pérennité d'objectifs relevant de l'exécution de politiques publiques comme le service public, la protection des consommateurs ou la construction du marché intérieur, qui sont niés ou dont l'importance est sous-estimée par la théorie de l'économie des réseaux²⁷⁸².

Ensuite, le rejet du modèle de l'économie des réseaux est confirmé par la coévolution des résultats de l'économie néo-institutionnelle et du droit matériel de la régulation. Ainsi, à l'approche comportementale et stratégique de l'économie des réseaux est substituée une approche en termes de droits de propriété conduisant à la dé-intégration des opérateurs historiques mais aussi à l'existence d'un certain nombre de mécanismes alternatifs à la concurrence au service de l'efficacité économique, tandis que l'extension des marchés concurrentiels s'accompagne d'une régulation dont la pérennité est rendue nécessaire autant par la spécificité des actifs que par la pérennité des politiques publiques poursuivies par les autorités publiques²⁷⁸³.

Il est donc possible de rejeter, cette fois positivement, les définitions de la régulation transcrivant l'économie des réseaux dans la mesure où elles n'apparaissent ni pertinentes juridiquement, ni pertinentes économiquement. De ce point de vue, l'un des résultats les plus significatifs de la coévolution entre le droit matériel de la régulation et l'économie néo-institutionnelle est peut-être la démonstration de la substitution d'un nouveau paradigme, l'économie néo-institutionnelle, à un paradigme auparavant dominant, la théorie de l'économie des réseaux, concernant les rapports entre le droit et la théorie économique et sans doute vis-à-vis du réel.

Par ailleurs, la démonstration de la coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle permet de confirmer positivement la pertinence des doctrines voyant dans la régulation une fonction de conciliation.

b. La confirmation de la pertinence des doctrines de la conciliation

1053. L'étude des limites de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation des communications électroniques conduisait à considérer comme plus pertinentes que les autres

²⁷⁸¹ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.*

²⁷⁸² Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

²⁷⁸³ *Ibid.*

les œuvres de définition faisant de la régulation une fonction de conciliation²⁷⁸⁴. Ce résultat se trouve confirmé positivement par la démonstration de la coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle, qui conforte la pertinence de ce type de doctrines.

1054. C'est d'abord le cas de la définition de Marie-Anne Frison-Roche, selon laquelle la régulation est « *l'appareillage juridique qui crée et maintient des équilibres dans des secteurs spécifiques qui ne peuvent les créer ou maintenir par leur propre force, cet équilibre s'établissant le plus souvent entre un principe de concurrence et des principes a-concurrentiels ou anticoncurrentiels* »²⁷⁸⁵. Cette définition est par ailleurs proche de celle retenue par Martine Lombard, selon laquelle la régulation est « *la fonction tendant à réaliser certains équilibres entre la concurrence et d'autres impératifs d'intérêt général, à veiller à des équilibres que le marché ne peut produire à lui seul* »²⁷⁸⁶.

Ces définitions apparaissent pertinentes au regard des éléments précédents. En effet, l'analyse a démontré que les secteurs des industries de réseau sont grevés durablement de défaillances de marché, que celles-ci soient analysées en termes de monopole naturel, de ressources rares ou de spécificités d'actifs, de sorte que l'équilibre de ces secteurs n'apparaît guère assuré, au moins du point de vue concurrentiel. Par ailleurs, cet équilibre se réalise effectivement entre des principes économiques, l'existence d'une concurrence effective constituant le cœur de ceux-ci, et des principes ne relevant pas de la concurrence, comme le service public, la protection du consommateur, etc.²⁷⁸⁷. Cette définition est donc recevable.

1055. C'est également le cas de la définition proposée par Gérard Marcou. Selon cet auteur, la régulation est « *une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel* »²⁷⁸⁸. Du point de vue économique, la régulation vise notamment à poser le principe de liberté du commerce et de l'industrie dans les industries en cause, à séparer les services des infrastructures et à mettre en œuvre un droit d'accès au réseau et des principes de tarification²⁷⁸⁹. Du point de vue non économique, la régulation poursuit un certain nombre d'objectifs ne relevant pas de

²⁷⁸⁴ Cf. *Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.*

²⁷⁸⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, 2006, « Thèmes et commentaires », p. 37. *V.*, également par exemple FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 13.

²⁷⁸⁶ LOMBARD M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, pp. 531-532.

²⁷⁸⁷ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

²⁷⁸⁸ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 349 ; *Adde* MARCOU G., « Introduction », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 11-27 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 11-85 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 29-142.

²⁷⁸⁹ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, pp. 54-60.

l'efficacité économique²⁷⁹⁰, comme la réalisation des droits fondamentaux, le service public, ici largement entendu, les objectifs tenant au développement durable et la protection des consommateurs²⁷⁹¹. Il faut souligner enfin que l'auteur a récemment synthétisé ces différents objectifs non-économiques par le recours au concept de politique publique²⁷⁹².

Cette définition apparaît tout à fait pertinente au regard des principes qui résultent de l'analyse néo-institutionnelle du droit. En effet, elle analyse la régulation comme une fonction de la puissance publique, ce que confirme la coévolution du droit de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle en ce que celle-ci démontre que la régulation est une re-réglementation opérée par les autorités publiques. En outre, le terme de compromis apparaît aussi adéquat que celui d'équilibre, ce compromis se réalisant effectivement entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, à l'instar du service public et de la protection des consommateurs, qui constituent des objectifs de plus en plus importants du droit matériel de la régulation. Par ailleurs, la référence aux politiques publiques, en ce qu'elle s'accorde avec la coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle, avec la doctrine des autorités de régulation et avec les évolutions les plus récentes du droit positif, semble pertinente et permet de résumer l'ensemble des objectifs de la régulation ne relevant pas de l'efficacité économique²⁷⁹³.

1056. Enfin, il est souhaitable qu'une telle définition de la régulation fasse l'objet d'une cristallisation dans certains manuels au regard de sa pertinence.

Il en est ainsi la définition de Jean-Yves Chérot, dans son manuel de droit public économique, selon lequel le « *concept de régulation* »²⁷⁹⁴, désigne « *la mise en place d'institutions et de règles destinées à assurer l'équilibre d'un système instable, d'un secteur, d'un ensemble économique complexe* », afin d'« *assurer toute une gamme de missions, la transparence, la loyauté de la concurrence, la mise en concurrence et les conditions de réalisation de missions d'intérêt général imparties à certaines entreprises dans des conditions de concurrence loyale* »²⁷⁹⁵. La référence à un secteur instable, en raison des défaillances de marchés, correspond aux données précédentes tandis que les missions contenues dans le droit matériel de la régulation apparaissent effectivement très vastes, diversifiées, et intègrent bien les impératifs de concurrence et de réalisation de missions d'intérêt général dans un cadre concurrentiel.

En outre, la définition de Didier Truchet, dans son manuel de droit administratif général, selon lequel la régulation économique est « *une intervention des personnes publiques en vue d'organiser, d'orienter ou de contrôler un marché. Elle s'attache au fonctionnement optimal de celui-ci [...]. Cet optimum con-*

²⁷⁹⁰ MARCOU G., « Introduction », *op. cit.*, p. 30.

²⁷⁹¹ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 350.

²⁷⁹² MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Éditions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, p. 85.

²⁷⁹³ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1*.

²⁷⁹⁴ CHÉROT J.-Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, 2^{ème} Ed., p. 9.

²⁷⁹⁵ *Ibid.*, pp. 318-319.

cerne d'abord l'effectivité et la loyauté de la concurrence sur le marché considéré, ensuite la protection des intérêts des consommateurs »²⁷⁹⁶, apparaît pertinente. En tant qu'intervention des personnes publiques, la régulation est ici conçue comme une re-réglementation mise en œuvre par les pouvoirs publics, conformément à la coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle. La référence au fonctionnement optimal du marché, qui se réalise notamment par l'intermédiaire de la concurrence, apparaît également pertinente au regard des éléments qui précèdent. Par ailleurs, la mention de l'organisation, de l'orientation et du contrôle du marché apparaît tout à fait exacte au regard du principe selon lequel le marché doit faire l'objet d'une modification des droits de propriété et d'une régulation. Enfin, la protection des consommateurs fait indéniablement partie des objectifs poursuivis par le droit matériel de la régulation²⁷⁹⁷. Cette définition est donc recevable.

1057. En définitive, la coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle permet de confirmer la validité des doctrines faisant de la régulation un concept visant la conciliation d'impératifs de type économique et non économique.

Cependant, aucune de ces œuvres de définition ne semble pleinement satisfaisante au regard de la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle, ce qui légitime la proposition d'un nouveau concept de régulation.

2. L'amélioration des doctrines de la conciliation

1058. Quoique pertinentes au regard de la coévolution entre le droit et l'économie néo-institutionnelle, les doctrines précédentes ne permettent pas de rendre compte exactement du concept de régulation (a). Il est alors possible de proposer un nouveau concept de régulation (b).

a. Analyse critique des doctrines de la conciliation

1059. En premier lieu, la conception défendue par Marie-Anne Frison-Roche est pertinente lorsque celle-ci défend l'idée selon laquelle la régulation est un moyen d'obtenir un équilibre entre des impératifs contraires. L'idée d'équilibre est d'ailleurs absolument fondamentale dans le cadre de la pensée d'Hauriou, et la conception selon laquelle la régulation poursuit un équilibre semble ressortir naturellement du sens minimal du mot régulation dans le langage courant²⁷⁹⁸. De ce point de vue, la définition de Martine Lombard est également pertinente puisqu'elle retient aussi l'idée d'un équilibre entre différents impératifs.

Cependant, d'autres composantes de la définition proposée par Marie-Anne Frison-Roche ne semblent pas rendre exactement compte du concept de régulation tel que celui-ci résulte de la

²⁷⁹⁶ TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, PUF, 2008, 2^{ème} Ed., p. 364.

²⁷⁹⁷ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

²⁷⁹⁸ Cf. *Introduction.*

communication entre le droit et la théorie économique.

D'abord, l'accent placé sur la concurrence n'est pas exact car le premier terme de la régulation ne vise pas seulement la concurrence mais plus largement l'ensemble des dispositifs, y compris s'ils ne relèvent pas de la concurrence, qui visent l'efficacité économique. En témoignent les dispositifs de création et de sanction de droits réels, de protection de l'investissement, de coordination des acteurs et de surveillance de ceux-ci, etc. La régulation n'a pas pour objet de promouvoir la seule concurrence mais plus largement l'efficacité économique²⁷⁹⁹. La même remarque peut être faite à propos de la définition de Martine Lombard.

Ensuite, le second terme de la définition est moins critiquable mais la référence à des principes a-concurrentiels ou anti-concurrentiels manque de précision. De ce point de vue, la définition de Martine Lombard est préférable en ce que celle-ci vise d'autres impératifs d'intérêt général que la concurrence.

Enfin, la restriction de la notion de régulation à certains secteurs incapables de produire leur équilibre par eux-mêmes ne peut être réellement appréciée à ce stade de l'analyse. Elle implique en effet d'avoir procédé à une vérification déductive de la pertinence du concept de régulation, en ce que cette dernière permet de déterminer le champ précis de la régulation²⁸⁰⁰.

1060. En second lieu, la définition de Gérard Marcou souffre de moins de critiques au regard de la coévolution entre le droit matériel de la régulation et l'économie néo-institutionnelle, même si on peut vouloir la dépasser sur certains points.

Ainsi, on peut lui reprocher son manque de précision lorsque celle-ci fait appel à des objectifs, et, ceci posant encore plus de problèmes, à des valeurs, économiques et non économiques. Néanmoins, les évolutions récentes de la pensée de Gérard Marcou, qui mettent en avant le concept de politique publique et la notion d'ordre public économique, sont de nature à opérationnaliser davantage sa définition de la régulation²⁸⁰¹.

En outre, on pourrait reprocher à cette définition de donner peut-être trop d'importance aux objectifs sociaux par rapport aux autres objectifs, notamment lorsque l'auteur définit de manière extensive la régulation comme une fonction de la puissance publique visant à satisfaire les besoins collectifs par des activités économiques en régime de concurrence²⁸⁰². Il résulte au contraire de l'analyse que, dans la fonction d'équilibre que poursuit la régulation, le premier terme est la recherche de l'efficacité économique et non l'exécution de politiques publiques, mais il s'agit ici d'une différence de degré plutôt qu'une différence de nature²⁸⁰³.

Enfin, on pourra reprocher à cette définition de ne pas prendre en compte suffisamment

²⁷⁹⁹ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1*.

²⁸⁰⁰ Cf. *Infra*.

²⁸⁰¹ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, pp. 79-103.

²⁸⁰² MARCOU G., « Introduction », *op. cit.*, p. 30.

²⁸⁰³ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1*.

l'objectif de création du marché intérieur qui semble pourtant absolument central, quoique le recours récent à la notion de politique publique soit capable d'intégrer cet objectif et par voie de conséquence de répondre à cette difficulté.

1061. En troisième lieu, la définition de Jean-Yves Chérot souffre pour partie des mêmes difficultés. Si la référence à la gamme de missions n'est pas inexacte, elle manque de précision, tandis que l'accent mis uniquement sur la concurrence est trop partiel. En outre, si la référence aux missions d'intérêt général semble pertinente, elle semble également partielle et exclut la concurrence elle-même alors que celle-ci participe de l'intérêt général.

1062. En quatrième lieu, la définition de Didier Truchet semble proche des résultats de la coévolution du droit matériel de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle. Cependant, elle reste grevée de quelques défauts.

D'abord, cet auteur utilise le concept d'optimum. Or, il s'agit là d'un concept économique, et non juridique, dont la signification en droit n'est pas établie, ce qui nuit à la définition.

Ensuite, il vise par ce concept d'optimum l'effectivité et la loyauté de la concurrence. Cependant, cela n'est pas exact dans la mesure où l'optimum ne se réduit pas à la concurrence mais vise l'efficacité économique qui peut résulter de la concurrence mais aussi d'autres dispositifs.

En outre, l'insertion de la protection des consommateurs au sein de l'optimum ne semble pas pertinente sauf à faire perdre son sens au concept d'optimum, dans la mesure où celui-ci ne s'occupe pas des questions liées à la redistribution, ou alors à donner au concept d'optimum un sens juridique spécifique qu'il serait alors bon d'explicitier, mais qui l'éloignerait alors trop de son domaine d'origine, à savoir la théorie économique.

Enfin, la seule référence à la protection du consommateur apparaît incomplète, dans la mesure où la coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle démontre que figurent également parmi les objectifs pris en compte par le droit matériel de la régulation et la théorie économique le service public pris au sens large ou encore la création du marché intérieur²⁸⁰⁴.

1063. Ainsi, il résulte de la coévolution du droit et de la théorie économique que les doctrines de la conciliation sont pertinentes mais qu'aucune ne rend parfaitement compte de l'aspect matériel de la régulation. Il est alors souhaitable de proposer un nouveau concept de régulation.

b. Le concept juridique de régulation

1064. La coévolution du droit matériel de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle permet de dégager un nouveau concept juridique de régulation. Le concept juridique de régula-

²⁸⁰⁴ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

tion vise alors *la fonction ayant pour objet d'instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques.*

1065. En premier lieu, en tant qu'il se trouve en coévolution principale avec la théorie économique et son objectif d'efficacité économique, le droit matériel de la régulation vise *la recherche de l'efficacité économique*, qui en est le premier et le principal terme.

Cette efficacité économique a pour pilier principal la concurrence, en tant qu'instrument privilégié de la recherche de l'efficacité allocative. Cependant, la concurrence n'est pas l'instrument exclusif de la recherche de l'efficacité économique. De très nombreux dispositifs, ne relevant pas de la seule concurrence, sont utilisés en droit de la régulation, comme l'attribution de droits réels au bénéfice des acteurs économiques, la mise en place de dispositifs de protection face à la concurrence ou de coopération entre les acteurs économiques aux fins de renforcer les efforts d'investissements, la création de droits exclusifs attribués sous forme d'enchères afin d'assurer le service public, etc.²⁸⁰⁵. Au-delà de la concurrence, l'objectif de la régulation est donc bien la poursuite de l'efficacité économique. C'est d'ailleurs ce terme qu'il convient d'utiliser en droit, car s'il permet l'ouverture sur la théorie économique, il ne conduit cependant pas à la confusion des systèmes que pourrait engendrer le choix des termes d'optimum ou d'efficacité²⁸⁰⁶.

1066. En deuxième lieu, la coévolution du droit matériel de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle démontre que la régulation connaît d'autres objectifs que la seule poursuite de l'efficacité économique. Ceux-ci sont particulièrement nombreux et diversifiés.

La régulation doit ainsi tenir compte du service universel et de la protection des consommateurs, c'est-à-dire d'objectifs visant à protéger les individus. Mais elle intègre également des considérations plus vastes, comme l'indique le terme d'obligations de service public, à l'instar de la sécurité d'approvisionnement, de la protection de l'environnement, etc., qui sont également des objectifs de nature non économique. En outre, peuvent être poursuivis des objectifs de nature économique ne relevant pas pour autant de l'efficacité économique, mais plutôt de la mise en œuvre de politiques industrielles, comme le montre l'exemple de la régulation de l'investissement notamment. Enfin, un autre objectif, souvent délaissé par les analyses, doit être mis en avant : l'objectif d'achèvement du marché intérieur. Certes, celui-ci est souvent associé à l'efficacité économique, ces deux objectifs étant souvent considérés comme compatibles et corollaires. Cependant, il s'agit d'objectifs qui ne sont pas identiques, certaines règles pouvant être favorables à l'efficacité économique mais défavorables à la construction du marché intérieur, comme les règles de déconcentration de l'opérateur historique, et inversement, comme le montre l'exemple de la

²⁸⁰⁵ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

²⁸⁰⁶ V., ici de manière générale PÉRÈS C., « Rapport introductif », in S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dirs.), *L'efficacité économique du droit*, Paris, Economica, « *Études juridiques* », 2010, pp. 1-22.

sécurité d'approvisionnement. En outre, si la pertinence de l'ouverture à la concurrence de certains secteurs, comme l'électricité, peut être discutée du point de vue de l'efficacité économique, il reste que le processus de libéralisation trouve également ici sa rationalité, peut-être principale, dans la construction du marché intérieur, qui est une politique publique pour laquelle la mise en œuvre de la concurrence apparaît comme un instrument indispensable, quoique non exclusif²⁸⁰⁷.

La question se pose alors de savoir comment désigner l'ensemble très hétérogène de ces objectifs pris en compte par le droit matériel de la régulation en parallèle de l'efficacité économique. De ce point de vue, il semble que la notion de politique publique mise en avant par Gérard Marcou est pertinente²⁸⁰⁸. En effet, l'ensemble des objectifs ne relevant pas de la poursuite de l'efficacité économique en tant que telle relèvent bien d'objectifs de nature économique ou non économique poursuivis par les autorités publiques par l'intermédiaire du droit. L'exécution de politiques publiques constitue donc le second terme de la régulation.

1067. En troisième lieu, enfin, se pose la question du rapport entre les deux termes de la régulation, la recherche de l'efficacité économique, d'une part, et l'exécution de politiques publiques, d'autre part. Le concept qu'il faut choisir ici est celui d'équilibre, autant parce qu'il est cohérent dans le cadre de la théorie de l'institution que parce qu'il permet de rendre compte de la signification du mot régulation dans le langage courant, assurant ainsi la cohérence du concept juridique par rapport au concept général et donc la cohérence globale du concept de régulation²⁸⁰⁹.

1068. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent la proposition selon laquelle *l'idée d'œuvre de la régulation conçue en tant qu'institution juridique est l'instauration d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. Il s'agit donc ici du concept juridique de régulation.

1069. De ce point de vue, il est significatif de noter qu'un tel concept de la régulation a déjà pu être retenu en droit positif, au moins par une formulation extrêmement proche.

Ainsi, le Conseil d'État a pu estimer à plusieurs reprises, à propos de la mise en place d'un système de *price-cap* par l'ARCEP, que celle-ci « *doit concilier, lorsqu'elle fixe le niveau des plafonds tarifaires, les objectifs d'efficacité économique, de promotion d'une concurrence durable entre les opérateurs et d'optimisation des avantages pour le consommateur* »²⁸¹⁰, formulation qui se rapproche considérablement du concept de régulation retenu précédemment. Dans le même ordre d'idée, le Code de l'énergie définit désormais, depuis mai 2011 et alors que ce n'était pas le cas auparavant, la mission de la CRE en considérant qu'elle « *concourt au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel au bénéfice*

²⁸⁰⁷ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1*.

²⁸⁰⁸ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 85.

²⁸⁰⁹ Cf. *Introduction*.

²⁸¹⁰ Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, *UFC Que Choisir*, du 05 décembre 2005, n°277441, Mentionné aux tables du recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, *UFC Que Choisir*, du 19 mai 2008, n°311197, Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

des consommateurs finals et en cohérence avec les objectifs de la politique énergétique », cette mission consistant notamment à s'assurer que le droit d'accès aux réseaux n'entrave pas la concurrence et à contribuer à garantir l'effectivité des mesures de protection des consommateurs²⁸¹¹. Une telle mission semble bien correspondre au concept de régulation retenu.

En somme, les évolutions les plus récentes du droit positif vont dans le sens, dans le secteur des communications électroniques comme dans celui de l'électricité, du concept de régulation proposé par la présente thèse, ce qui est bien sûr de nature à la soutenir.

1070. Or, le concept de régulation étant ainsi défini, la question se pose de savoir si cette définition permet de dire si la régulation est une institution juridique nouvelle ou non, question de droit qui divise la doctrine. La réponse à cette question est positive et la régulation apparaît alors comme une nouvelle fonction administrative.

B. La spécificité du concept juridique de régulation

1071. Si l'objet du droit administratif est extrêmement hétérogène, la doctrine a cependant fourni un effort de systématisation des fonctions administratives²⁸¹². Le droit administratif connaît alors, dans la présentation traditionnelle qui en est fait, deux types de fonction administrative, la police administrative et le service public²⁸¹³.

Or, la question de savoir si la régulation est une fonction nouvelle, ou si au contraire elle doit être intégrée au sein des fonctions administratives précédentes, divise la doctrine²⁸¹⁴. Ainsi, d'un côté, certains auteurs nient la nouveauté de la régulation notamment par rapport à la police²⁸¹⁵, voire considèrent qu'elle n'existe pas²⁸¹⁶, tandis qu'à l'extrême inverse, d'autres vont jusqu'à ériger la régulation en nouvelle fonction administrative, aux côtés de la police et du service public, faisant de celle-ci une des notions les plus fondamentales du droit administratif²⁸¹⁷.

L'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation permet de répondre à cette question en s'intéressant aux différences d'idées d'œuvre de ces différentes institutions, c'est-à-dire à

²⁸¹¹ Code de l'énergie, article L. 131-1.

²⁸¹² GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif, Tome 2, Droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, 2008, 13^{ème} Ed., p. 845 ; Adde EISENMANN C., *Cours de droit administratif, Tome 2*, Paris, LGDJ, 1983, p. 17.

²⁸¹³ V., parmi d'innombrables exemples HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 1933, 12^{ème} Ed., réédité en 2004, p. ix et pp. 14-15 ; Adde EISENMANN C., *Cours de droit administratif, op. cit.*, pp. 18-30 ; Adde PICARD E., *La notion de police administrative, op. cit.*, pp. 29-30.

²⁸¹⁴ MARCOU G., « Introduction », *op. cit.*, p. 11 ; Adde TRUCHET D., *Droit administratif, op. cit.*, p. 362.

²⁸¹⁵ DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 561-562 ; Adde DUPUIS G., GUÉDON M.-J., CHRÉTIEN P., *Droit administratif*, Paris, Sirey, 2007, 10^{ème} Ed., p. 505 et p. 524 ; Adde ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence de l'Union européenne et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 242, 2006, p. 11.

²⁸¹⁶ V., SÉE A., *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université de Strasbourg, 2010, pp. 71-126.

²⁸¹⁷ TRUCHET D., *Droit administratif, op. cit.*, p. 364 ; Adde GAUDEMET Y., *Droit administratif, op. cit.*, pp. 389-390.

leurs fonctions sociales respectives²⁸¹⁸. De ce point de vue, il apparaît que la régulation se distingue aussi bien de la police administrative (1) que du service public (2).

1. La spécificité de la régulation vis-à-vis de la police administrative

1072. Ce n'est pas tant vis-à-vis de la police administrative générale que se pose la difficulté de la distinction entre police et régulation, tant les deux notions sont étrangères l'une à l'autre²⁸¹⁹, mais bien vis-à-vis de la police économique en tant que police spéciale, c'est-à-dire en tant que police instituée par un texte spécifique et répondant à un ordre public spécial par opposition à l'ordre public général réduit en réalité à la quadrilogie municipale²⁸²⁰. En effet, un certain nombre d'auteurs définissent explicitement la régulation comme une police économique spéciale²⁸²¹. Ces deux notions sont plus généralement souvent confondues²⁸²².

Pourtant, il est possible de distinguer clairement la police et la régulation en se référant aux idées d'œuvres respectives de ces deux institutions. En effet, il apparaît que la police est une institution dont l'idée d'œuvre (a) se différencie nettement de celle de la régulation (b).

a. Le concept juridique de police

1073. Étienne Picard a réalisé une analyse institutionnelle de la police qui continue aujourd'hui de faire autorité. Celui-ci a en effet réalisé un essai d'ontologie de la régulation, c'est-à-dire a cherché à dégager la nature conceptuelle de la police²⁸²³.

Pour Étienne Picard, la police est une catégorie conceptuelle correspondant à la fonction disciplinaire de l'institution primaire libérale, c'est-à-dire de l'État en tant que celui-ci est le garant des libertés²⁸²⁴. Depuis la révolution française en effet, l'État a évolué de sorte qu'il se définit comme un État libéral, c'est-à-dire un État garant des libertés²⁸²⁵, l'idée d'œuvre de l'État tout entier, en tant qu'institution, étant l'idée de liberté²⁸²⁶. La police a alors pour objet de préserver la liberté en la restreignant par exception dans les cas où son abus risquerait de la menacer de ma-

²⁸¹⁸ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 797.

²⁸¹⁹ CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 259, 2008, pp. 142-146.

²⁸²⁰ DELHOSTE M.-F., *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 214, 2001, pp. 7-8.

²⁸²¹ *V.*, par exemple DEVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, *op. cit.*, pp. 561-562 ; Adde GAUDEMET Y., *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 389-391 ; Adde DUPUIS G., GUÉDON M.-J., CHRÉTIEN P., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 505 et 524 ; Adde ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, *op. cit.*, p. 11.

²⁸²² MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, p. 37 ; Adde MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, pp. 97-98 ; Adde TRUCHET D., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 362.

²⁸²³ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 465-466.

²⁸²⁴ *Ibid.*, pp. 477-490.

²⁸²⁵ *Ibid.*, pp. 455-463.

²⁸²⁶ *Ibid.*, p. 490.

nière générale²⁸²⁷. Quant à la notion d'ordre public, elle est non pas le but de la police mais son fondement²⁸²⁸, en tant que norme de nécessité et proposition de droit de l'institution primaire libérale²⁸²⁹, concepts cependant peu explicités dans la thèse d'Étienne Picard²⁸³⁰ sur lesquels il faudra revenir.

Cette thèse emporte la conviction. La police apparaît en effet comme ayant pour fonction de limiter les libertés, aux fins cependant que la liberté puisse de manière générale continuer à s'exercer. Dès lors, la police économique a pour objet de limiter les libertés économiques dans une optique d'État libéral²⁸³¹ et plus généralement de concilier l'exercice des libertés économiques et des libertés non économiques²⁸³².

La police est donc une institution dont la fonction sociale est la protection de la liberté. De ce point de vue, l'institution juridique de régulation, au regard de son idée d'œuvre, apparaît irréductible à l'institution juridique de police.

b. L'irréductibilité du concept de régulation au concept de police

1074. L'institution juridique de régulation n'est pas réductible à celle de police. En effet, si la régulation peut intégrer certaines polices économiques spéciales, comme une part de la police des prix²⁸³³, celle-ci dépasse cependant la seule police économique²⁸³⁴.

En effet, les objectifs de la régulation sont beaucoup plus complexes et diversifiés que la seule protection et conciliation des libertés qui est caractéristique de la police économique²⁸³⁵. La régulation, si elle intègre la liberté en tant que celle-ci permet l'exercice de la concurrence et donc participe de l'efficacité économique, se préoccupe cependant moins des libertés économiques en tant que telles que de l'efficacité économique, comme en témoignent les dispositifs utilisés par la régulation en termes d'autorisation, de modification des droits de propriété, de réglementation, d'incitations, de sanctions, de règlements de différends, etc.²⁸³⁶.

En somme, loin de la fonction d'État gendarme qui caractérise la police de l'État libéral,

²⁸²⁷ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 501-506.

²⁸²⁸ *Ibid.*, p. 533.

²⁸²⁹ *Ibid.*, p. 534 et pp. 541-544.

²⁸³⁰ DELHOSTE M.-F., *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, *op. cit.*, pp. 8-9.

²⁸³¹ DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, p. 34 et s. ; *Adde* MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 88 ; *Adde* DELHOSTE M.-F., *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, *op. cit.*, p. 11.

²⁸³² MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, p. 36 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, pp. 38-39 ; *Adde* MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 97.

²⁸³³ TRUCHET D., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 304.

²⁸³⁴ *Ibid.*, p. 363.

²⁸³⁵ *V.*, MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, p. 36 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, pp. 38-39 ; *Adde* MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 97 ; *Adde* CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 142-146.

²⁸³⁶ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

la régulation met en œuvre au contraire une action extrêmement constructive afin de s'assurer à la fois de l'efficacité économique et de l'exécution de politiques publiques. De ce point de vue, la régulation est caractéristique du fait qu'aujourd'hui, la recherche de l'efficacité économique prime sans doute sur la liberté économique elle-même²⁸³⁷.

En définitive, la régulation ne saurait être confondue avec la police, et ne peut donc être considérée comme une police administrative spéciale. En outre, elle ne se confond pas non plus avec le service public.

2. La spécificité de la régulation vis-à-vis du service public

1075. Si la régulation n'est pas réductible au concept de police administrative, la question se pose de savoir si elle peut être incorporée au concept de service public, ou si au contraire elle a vocation à mettre un terme ou à redéfinir la notion de service public²⁸³⁸. De ce point de vue, il apparaît que le concept de régulation n'est pas réductible au concept de service public (b) tel que cela ressort de l'idée d'œuvre de celui-ci (a).

a. Le concept juridique de service public

1076. Pour savoir si la régulation se distingue du service public, il apparaît d'abord nécessaire de déterminer l'idée d'œuvre du service public lui-même²⁸³⁹. Or, une approche modeste de cette question fondamentale au cœur du droit public suffit pour constater les différences conceptuelles existant entre l'idée de régulation et l'idée de service public²⁸⁴⁰.

1077. Pour déterminer l'idée d'œuvre du service public, il faut revenir aux origines de la notion et notamment de sa conceptualisation par Duguit, chef de file de l'École du service public²⁸⁴¹. Celui-ci avait une conception objective du pouvoir, qui le conduisait à considérer que les gouvernants ne tiraient leur pouvoir que du droit, qui lui-même ne pouvait avoir qu'un fondement objectif²⁸⁴². Or, ce fondement objectif était selon lui la solidarité sociale ou l'interdépendance so-

²⁸³⁷ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 91 ; *Adde* LEPI-NEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, Clermont-Ferrand, LGDJ, « Fondation Varenne », 2007, pp. 23-24.

²⁸³⁸ MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, pp. 11-85.

²⁸³⁹ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 796, aux fins de distinguer police et service public.

²⁸⁴⁰ Pour une synthèse sur ce sujet, *V.*, MARCOU G., « De l'idée de service public au service d'intérêt général », *in* F. Moderne, G. Marcou, (éds.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2001, pp. 365-411 ; *Adde* MODERNE F., « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », *in* F. Moderne, G. Marcou, (éds.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2001, pp. 9-81.

²⁸⁴¹ BRACONNIER S., *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2007, 2^{ème} Ed., p. 121 ; *Adde* PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 96.

²⁸⁴² DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel, Tome premier, La règle de droit, le problème de l'État*, Paris, E. de Boccard, 1927, 3^{ème} Ed., p. 3, pp. 14-22 et pp. 22-65 ; *Adde* DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 1901, réédité en 2003, « Bibliothèque Dalloz », p. 16.

ciale²⁸⁴³. Les gouvernants ont alors le pouvoir mais surtout le devoir²⁸⁴⁴ d'assurer la sécurité des individus, ce qui vise la fonction de police²⁸⁴⁵, mais également de mettre en place tous les moyens pour réaliser positivement la solidarité sociale, par le biais du travail, de la culture, de l'assistance, de l'instruction, etc.²⁸⁴⁶. Ces moyens sont des services publics²⁸⁴⁷, alors définis²⁸⁴⁸ comme « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante »²⁸⁴⁹. En définitive, comme Duguit le souligne lui-même, la philosophie du service public, à l'inverse de la police qui a vocation à mettre en œuvre un idéal libéral, relève d'un idéal « socialiste »²⁸⁵⁰.

En somme, le service public a pour idée d'œuvre la réalisation de l'interdépendance sociale et se traduit donc par une activité de prestation visant à la redistribution des richesses²⁸⁵¹, ou plus généralement, selon le critère proposé par Gérard Marcou, par la détermination de l'offre par les pouvoirs publics²⁸⁵². Le service public est donc aussi caractéristique de l'État providence que la police est caractéristique de l'État libéral²⁸⁵³. Or, la régulation ne correspond pas à cette idée d'œuvre.

b. L'irréductibilité du concept de régulation au concept de service public

1078. L'idée d'œuvre de la régulation ne correspond pas à l'idée d'œuvre du service public (i) et ainsi, à considérer la régulation comme un service public, elle constitue un service public si spécifique qu'il convient de l'entendre comme une fonction administrative à part entière (ii).

²⁸⁴³ DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., pp. 16-18 et pp. 23-79.

²⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 288 et s. ; Adde DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel, Tome premier, La règle de droit, le problème de l'État*, op. cit., pp. 674-680.

²⁸⁴⁵ DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., pp. 288-291 ; Adde DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel, Tome deuxième, La théorie générale de l'État, première partie, éléments, fonctions et organes de l'État*, Paris, E. de Boccard, 1928, 3^{ème} Ed., pp. 63-65 ; Adde DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel, Tome troisième, La théorie générale de l'État, suite et fin*, Paris, E. de Boccard, 1930, 3^{ème} Ed., p. 641 et pp. 649-654.

²⁸⁴⁶ DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., pp. 291-302 ; Adde DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel, Tome deuxième, La théorie générale de l'État, première partie, éléments, fonctions et organes de l'État*, op. cit., p. 65 et s. ; Adde DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel, Tome troisième, La théorie générale de l'État, suite et fin*, op. cit., pp. 641-649.

²⁸⁴⁷ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel, Tome deuxième, La théorie générale de l'État, première partie, éléments, fonctions et organes de l'État*, Paris, E. de Boccard, 1928, 3^{ème} Ed., pp. 59-62.

²⁸⁴⁸ On s'accorde en général sur cette définition comme étant la plus représentative de la pensée de Duguit. V., notamment PICARD E., *La notion de police administrative*, op. cit., p. 97 ; Adde BRACONNIER S., *Droit des services publics*, op. cit., p. 123.

²⁸⁴⁹ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel, Tome deuxième, La théorie générale de l'État, première partie, éléments, fonctions et organes de l'État*, op. cit., p. 61.

²⁸⁵⁰ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel, Tome troisième, La théorie générale de l'État, suite et fin*, op. cit., pp. 642-643.

²⁸⁵¹ PICARD E., *La notion de police administrative*, op. cit., pp. 125-127 ; Adde GAUDEMET Y., *Droit administratif*, op. cit., p. 303 ; Adde WALINE J., *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2008, 22^{ème} Ed., pp. 321-322 ; Adde LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, op. cit., p. 199 et p. 206.

²⁸⁵² MARCOU G., « De l'idée de service public au service d'intérêt général », op. cit., pp. 386-390 ; Adde MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », op. cit., pp. 34-35 ; Adde MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 350.

²⁸⁵³ MODERNE F., « Les usages de la notion de "régulation" dans le droit positif et la doctrine juridique des États de l'Union européenne », op. cit., pp. 9-10 et pp. 77-81.

i. Le dépassement du concept de service public par le concept de régulation

1079. Si le concept de régulation interroge le concept de service public, c'est moins pour y être incorporé que pour remettre en cause son sens, celui-ci tendant à se transformer à son contact²⁸⁵⁴. Si c'est le cas, c'est parce que le service public est un objet de la régulation²⁸⁵⁵, une composante de celle-ci, mais que la régulation le dépasse.

En effet, il a été démontré précédemment que la mise en œuvre du service public constitue une partie de l'objet du droit matériel de la régulation, en tant que ce dernier a notamment pour mission de mettre en œuvre des dispositifs visant la redistribution des richesses et la protection des individus, par l'intermédiaire de mécanismes comme les obligations de service public, le service universel et la protection du consommateur. L'objectif de service public peut d'ailleurs s'opposer frontalement à la concurrence et à l'efficacité économique, la réglementation des tarifs électriques constituant sans doute le meilleur exemple de ce point de vue.

Cependant, la régulation dépasse le service public. D'une part, le service public n'est qu'un des objectifs de politiques publiques poursuivis par la régulation, même si le concept d'obligations de service public permet de recouvrir beaucoup de ces aspects. Par ailleurs, la fonction de régulation se distingue du service public en ce qu'elle ne consiste pas, à la différence de ce dernier, à fournir des services au sens strict²⁸⁵⁶. D'autre part, la régulation vise également, et sans doute en tout premier lieu, la recherche de l'efficacité économique, et ne correspond donc pas à l'idée d'œuvre du service public sur ce point²⁸⁵⁷.

Ainsi, la fonction sociale de la régulation est irréductible à la fonction sociale du service public²⁸⁵⁸. Dès lors, à la considérer néanmoins comme un service public à l'instar de la police, la régulation doit être considérée comme un service public si spécifique qu'il faut la comprendre comme une troisième fonction administrative.

ii. Le dépassement de la qualification de service public

1080. Bien que ne relevant pas de l'idée d'œuvre du service public, la question se pose néanmoins de savoir si la régulation ne pourrait pas elle-même être qualifiée de service public. Le problème ici est identique à celui qui s'est toujours posé en droit administratif concernant les rapports entre le service public et la police.

Classiquement, la police a été considérée par l'école du service public comme un service

²⁸⁵⁴ MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, pp. 11-85 ; Adde DU MARAIS B., « Régulation, service public et démocratie : une décennie de mutations », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, « Thèmes et commentaires », pp. 44-46.

²⁸⁵⁵ TRUCHET D., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 362.

²⁸⁵⁶ LOMBARD M., « Introduction générale », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 2.

²⁸⁵⁷ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

²⁸⁵⁸ MARCOU G., « De l'idée de service public au service d'intérêt général », *op. cit.*, p. 388.

public, dans la mesure où toutes les fonctions de l'État relèvent du service public²⁸⁵⁹, et la doctrine qualifie toujours, de manière générale, l'activité de police d'activité de service public²⁸⁶⁰. En effet, le service public est entendu, du point de vue notionnel, comme une activité d'intérêt général prise en charge directement ou indirectement par une personne publique²⁸⁶¹, ce qui peut viser l'activité de police²⁸⁶². Or, il pourrait en être de même de la régulation, prise en charge par des personnes publiques, constitutive sans nul doute d'une activité d'intérêt général et associée à un régime exorbitant de droit commun.

Cependant, la police est considérée par la doctrine comme un service public si spécifique qu'il convient de la concevoir comme une fonction administrative à part entière²⁸⁶³. Or, il doit en être de même en ce qui concerne la régulation. Si cette solution n'est peut-être pas pleinement satisfaisante, la résoudre ici dépasserait de loin notre propos, dans la mesure où elle constitue sans doute l'une des principales impasses théoriques du droit administratif.

1081. En définitive, ni le concept de police, ni le concept de service public, ne permettent de rendre compte de ce qu'est la régulation. La régulation ne correspond donc à aucune des deux fonctions administratives traditionnelles. Elle constitue par conséquent une nouvelle et troisième fonction administrative, et est à ce titre l'une des institutions juridiques les plus fondamentales du droit administratif.

Un tel résultat implique alors de réintégrer le concept de régulation en droit administratif et donc de proposer une notion juridique de régulation et pour ce faire, à ce stade de l'analyse, de proposer un critère matériel de la régulation.

§2. Proposition d'un critère matériel de la régulation

1082. L'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation conduit, en tant qu'elle repose sur les cadres d'analyse de la théorie de l'institution, à adopter comme critère matériel de la régulation le critère de l'ordre public économique (A). Un tel choix apparaît satisfaisant tant du point de vue du droit de la régulation que du point de vue de la communication entre le droit et la théorie économique (B).

²⁸⁵⁹ *V.*, pour un résumé de cette thèse, PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 96-101.

²⁸⁶⁰ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 802-807 ; *Adde* CHAPUS R., *Droit administratif général. Tome 1*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 697 et p. 700 notamment ; *Adde* DELVOLVÉ P., *Le droit administratif*, Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 2002, 3^{ème} Ed., p. 36 ; *Adde* WALINE J., *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 321-322 et pp. 323-324.

²⁸⁶¹ CHAPUS R., *Droit administratif général. Tome 1*, *op. cit.*, p. 579 ; *Adde* GAUDEMET Y., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 25 ; *Adde* DELVOLVÉ P., *Le droit administratif*, *op. cit.*, pp. 42-44.

²⁸⁶² GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif, Tome 1, Droit administratif général*, Paris, LGDJ, 2001, 16^{ème} Ed., p. 719 ; *Adde* WALINE J., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 324.

²⁸⁶³ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 101-110 et pp. 802-807 ; *Adde* WALINE J., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 321 et p. 324 ; *Adde* DELVOLVÉ P., *Le droit administratif*, *op. cit.*, pp. 35-36 ; *Adde* GAUDEMET Y., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 303 ; *Adde* CHAPUS R., *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 700-701.

A. Définition néo-institutionnelle de l'ordre public

1083. L'analyse néo-institutionnelle du droit est un cadre d'analyse des phénomènes juridiques qui fournit les méthodes nécessaires à la détermination d'un critère matériel de la régulation (1), et qui conduit à placer au cœur de l'analyse le concept d'ordre public (2).

1. Méthodologie institutionnelle de construction d'un critère matériel

1084. La théorie de l'institution permet, en s'intéressant à l'ordre juridique institutionnel et notamment en son sein au droit disciplinaire de l'institution, de passer d'un concept juridique à une notion juridique technique. En effet, la théorie de l'institution considère que de l'idée d'œuvre de l'institution résulte un ordre juridique institutionnel, qui lui-même se compose d'un droit disciplinaire et d'un droit statutaire (a). Le droit disciplinaire désigne alors l'aspect matériel de l'institution juridique considérée (b).

a. La structure de l'ordre juridique institutionnel

1085. Conformément aux définitions de l'institution proposées par Hauriou, l'institution juridique est une idée d'œuvre qui se « réalise juridiquement »²⁸⁶⁴, c'est-à-dire qu'elle constitue « par elle-même un état de droit »²⁸⁶⁵. L'institution juridique est donc un outil d'épistémologie juridique qui part d'une idée pour aboutir à des « ensembles de règles de droit organisées autour » de cette idée²⁸⁶⁶, ce qui permet d'articuler concept juridique et catégorie juridique dans un tout unique, dans un ensemble cohérent et systématique²⁸⁶⁷. L'idée d'œuvre de l'institution donne donc naissance à un ordre juridique institutionnel particulier.

1086. Hauriou avait une conception précise de la structure interne de l'ordre juridique d'une institution. Il considérait en effet que celui-ci était composé de deux branches, de deux types de règles de droit différentes, le droit statutaire d'une part et le droit disciplinaire d'autre part²⁸⁶⁸.

Cette structure duale apparaît dans une définition intermédiaire de l'institution proposée par Hauriou en 1916, selon laquelle l'institution est une « organisation sociale objective qui a réalisé en elle l'état de droit le plus haut, c'est-à-dire qui possède à la fois la souveraineté du pouvoir, l'organisation constitu-

²⁸⁶⁴ HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *op. cit.*, p. 96.

²⁸⁶⁵ HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse, deuxième série, Tome II*, 1906, pp. 135-136 ; *Adde* HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1907, 6^{ème} Ed., p. 8.

²⁸⁶⁶ Brethe de la Gressaye, cité in BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 193.

²⁸⁶⁷ BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, pp. 48-49 ; *Adde* BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 195.

²⁸⁶⁸ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, pp. x-xi, p. 5 et p. 19 ; *Adde* HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *op. cit.*, p. 135 ; *Adde* HAURIOU M., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, 2^{ème} Ed., p. 109 et p. 128.

tionnelle du pouvoir avec statut et l'autonomie juridique »²⁸⁶⁹. Dans cette définition, le droit disciplinaire apparaît par l'expression « *souveraineté du pouvoir* », tandis que le droit statutaire est désigné par l'expression d' « *organisation constitutionnelle du pouvoir avec statut et l'autonomie juridique* ». Ces éléments seront ensuite confirmés par la dernière définition de l'institution d'Hauriou selon laquelle afin que l'institution « *se réalise et dure juridiquement* », d'une part, « *un pouvoir s'organise, qui lui procure des organes* », ce qui vise le droit statutaire de l'institution, et d'autre part, il se produit des manifestations de communion « *dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* »²⁸⁷⁰, ce qui vise le droit disciplinaire de l'institution.

1087. La structure de l'ordre juridique institutionnel est donc toujours duale. Or, ainsi qu'il a déjà été dit²⁸⁷¹, il est frappant de constater que les notions de droit administratif se caractérisent par une structure binaire, c'est-à-dire la réunion d'un critère matériel d'une part et d'un critère organique d'autre part²⁸⁷². Le critère organique d'une institution juridique renvoie alors à son droit statutaire, tandis que le critère matériel d'une institution renvoie à son droit disciplinaire.

À ce stade de l'analyse, c'est donc le droit disciplinaire de l'institution qu'il est pertinent d'étudier afin de disposer des outils méthodologiques permettant de construire un critère matériel de la régulation.

b. Le droit disciplinaire institutionnel

1088. L'idée de la « *souveraineté du pouvoir* », c'est-à-dire le droit disciplinaire institutionnel, était considérée par Hauriou en 1916, c'est-à-dire avant que le concept d'idée d'œuvre ne prenne toute sa place en théorie institutionnelle, comme la composante principale de l'institution²⁸⁷³.

Le droit disciplinaire est alors défini par Hauriou comme l'ensemble des actes et des règles juridiques qui ont pour objet d'imposer aux individus des mesures, de créer des situations opposables ou enfin de réprimer des comportements dans le but d'exécuter l'idée d'œuvre de l'institution, par le moyen de l'usage de la contrainte²⁸⁷⁴. Celui-ci peut alors prendre les formes les plus diverses²⁸⁷⁵. C'est une fonction fondamentale de l'institution qui permet la pérennité de celle-

²⁸⁶⁹ HAURIOU M., *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 111.

²⁸⁷⁰ HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *op. cit.*, p. 96.

²⁸⁷¹ *Cf. Supra*.

²⁸⁷² TRUCHET D., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 67 ; Adde AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, p. 53 ; Adde PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 23-24.

²⁸⁷³ HAURIOU M., *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 112.

²⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 128 ; Adde SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, 1964, p. 155 ; Adde MILLARD E., *Famille et droit public*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 182, 1995, p. 106.

²⁸⁷⁵ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 20 ; Adde HAURIOU M., *Principes de droit public*, *op. cit.*, pp. 129-132.

ci face à l'individu²⁸⁷⁶.

En tant qu'exécution de l'idée d'œuvre, le droit disciplinaire n'est pas posé *a priori* et a au contraire besoin d'une certaine indétermination afin de sanctionner tous les comportements contrariant l'idée d'œuvre de l'institution²⁸⁷⁷. Cependant, il n'est pas pour autant discrétionnaire parce qu'il est en réalité limité par l'idée d'œuvre de l'institution et ne peut agir qu'en fonction d'elle²⁸⁷⁸. Il y a donc un équilibre et une autolimitation objective du pouvoir qui résulte de l'institution elle-même²⁸⁷⁹. Enfin, le droit disciplinaire est propre à l'institution mais reconnu et limité formellement par l'État en tant qu'institution des institutions²⁸⁸⁰.

1089. Or, l'ensemble de ces éléments visent bien l'aspect matériel de la régulation, qui désigne l'objet de celle-ci²⁸⁸¹. Le droit disciplinaire correspond en effet au droit matériel d'une institution et donc au droit matériel de la régulation, en ce que celui-ci désigne l'ensemble des actes et des règles mis en œuvre de façon contraignante afin de réaliser l'idée d'œuvre de celle-ci.

Dès lors, en passant de l'idée d'œuvre de l'institution à son droit disciplinaire, la théorie de l'institution permet de passer du concept juridique de la régulation au droit matériel de la régulation, et par voie de conséquence, de déterminer son critère matériel. La méthode institutionnelle fournit donc les outils méthodologiques et conceptuels aux fins de construire un critère matériel de la régulation. Le concept clé ici est alors le concept d'ordre public.

2. L'ordre public, fondement statutaire du droit disciplinaire

1090. Le concept d'ordre public fait l'objet d'une conceptualisation satisfaisante en théorie institutionnelle qui désigne celui-ci comme le fondement statutaire du droit disciplinaire (a). Cela permet alors de distinguer très nettement ordre public et police (b).

a. La conceptualisation institutionnelle de l'ordre public

1091. La définition institutionnelle de l'ordre public (i) permet d'expliquer pertinemment les différentes caractéristiques de celui-ci (ii).

²⁸⁷⁶ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., pp. 17-19 ; Adde SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, op. cit., p. 154.

²⁸⁷⁷ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., pp. 19-20 ; Adde HAURIOU M., *Principes de droit public*, op. cit., pp. 130-131 ; Adde SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, op. cit., p. 156.

²⁸⁷⁸ CHEVALLIER J., « Droit, ordre, institution », *Droits*, n°10, 1989, p. 21 ; Adde MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 1995, p. 385.

²⁸⁷⁹ HAURIOU M., *Principes de droit public*, op. cit., p. xvi et p. xix.

²⁸⁸⁰ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 21 ; Adde HAURIOU M., *Principes de droit public*, op. cit., pp. 132-134 ; Adde SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, op. cit., p. 157.

²⁸⁸¹ PICARD E., *La notion de police administrative*, op. cit., pp. 23-24.

i. Définition institutionnelle de l'ordre public

1092. L'ordre public peut être compris spécifiquement au sein du cadre d'analyse de la théorie institutionnelle, ce dernier cherchant à déterminer quelle est la fonction de la notion d'ordre public dans l'ordre juridique²⁸⁸². L'ordre public trouve alors une définition nouvelle dans le cadre de la théorie institutionnelle, proposée par Étienne Picard, selon lequel dans « *un ordre juridique donné, la fonction de l'ordre public consiste à garantir, par diverses techniques juridiques appropriées, mais non nécessairement spécifiées à l'avance, que toutes les exigences d'ordre, matériel ou juridique, qui, au sein de cet ordre juridique, apparaissent essentielles aux yeux des autorités qui ont compétence pour ce faire, seront en tout état de cause satisfaites* »²⁸⁸³.

Pour expliquer la fonction de l'ordre public, la théorie institutionnelle a alors recours aux concepts de norme de nécessité et de proposition de droit²⁸⁸⁴, selon lesquels l'ordre public est une norme générale, abstraite, inhérente à l'idée même de l'ordre juridique²⁸⁸⁵, qui lui est nécessaire parce qu'elle a par nature pour fonction de protéger l'ordre juridique auquel elle est intégrée²⁸⁸⁶. Ainsi, tout ordre juridique contient en lui un ordre public déterminé²⁸⁸⁷, car tout ordre juridique est par essence un ordre²⁸⁸⁸. L'ordre public a alors pour conséquence juridique d'être constitutif d'une habilitation implicite permettant d'agir dans le sens de l'idée d'œuvre, c'est-à-dire qu'il donne aux organes les compétences nécessaires pour mettre en œuvre l'idée d'œuvre institutionnelle²⁸⁸⁹. En somme, l'ordre public en théorie institutionnelle, en tant que norme de nécessité, est le fondement statutaire de la fonction disciplinaire de l'institution²⁸⁹⁰.

Or, un tel cadre d'analyse de l'ordre public apparaît tout à fait convaincant dans la mesure où il permet d'expliquer les différentes caractéristiques de l'ordre public qui interrogent la doctrine, quel que soit la matière dans laquelle on se situe.

²⁸⁸² PICARD E., « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit et justice », 2001, pp. 17-61 ; *Adde* HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2004, pp. 391-393 ; *Adde* LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 24-25.

²⁸⁸³ PICARD E., « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 53.

²⁸⁸⁴ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 534 et s. ; *Adde* HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, *op. cit.*, pp. 402-403 ; *Adde* LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, *op. cit.*, p. 8 et pp. 49-55.

²⁸⁸⁵ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 541 ; *Adde* HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, *op. cit.*, pp. 402-403 ; *Adde* LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 53-55.

²⁸⁸⁶ PICARD E., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *article précité*, p. 58.

²⁸⁸⁷ PICARD E., « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 37.

²⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 36.

²⁸⁸⁹ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 558 et p. 563 ; *Adde* PICARD E., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *article précité*, p. 58 ; *Adde* LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 53-54.

²⁸⁹⁰ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 563 ; *Adde* LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, *op. cit.*, p. 8 et pp. 49-51.

ii. Un cadre d'analyse explicatif des caractéristiques de l'ordre public

1093. Le cadre d'analyse de la théorie institutionnelle emporte la conviction dans la mesure où il permet d'expliquer les différentes caractéristiques de l'ordre public et le rend alors pertinent pour servir de critère matériel à une institution juridique donnée.

En premier lieu, l'ordre public est une notion consubstantiellement contingente, indéterminée²⁸⁹¹. Le contenu de l'ordre public dépend en effet des circonstances, du contexte, qui changent continuellement²⁸⁹². Or, la théorie institutionnelle considère que l'ordre public ne saurait avoir de contenu figé, dans la mesure où il doit s'adapter de manière permanente à l'idée d'œuvre de l'institution²⁸⁹³. Ainsi, la conception institutionnelle de l'ordre public permet de saisir sa fonction, qui est unique, au-delà de l'hétérogénéité de son contenu²⁸⁹⁴.

En second lieu, l'analyse institutionnelle permet de rendre compte du caractère impératif de l'ordre public, qui est la seconde caractéristique majeure de cette notion juridique²⁸⁹⁵. En effet, la fonction disciplinaire institutionnelle se caractérise par son caractère nécessairement coercitif, ce qui explique l'impérativité de l'ordre public²⁸⁹⁶.

Il existe donc une définition particulière de l'ordre public en théorie institutionnelle. Celle-ci permet de dépasser le rapport abusif d'exclusivité construit en droit administratif entre l'ordre public et la police, justifiant que l'on puisse utiliser l'ordre public comme critère d'une institution juridique en droit administratif sans pour autant l'assimiler à la police.

b. L'irréductibilité de la notion d'ordre public à la notion de police

1094. Les rapports entre la notion d'ordre public et la notion de police sont très étroits en droit administratif, de sorte qu'on les lie de manière indissociable la plupart du temps²⁸⁹⁷. Pourtant, une telle conception est inexacte, car elle renverse la proposition.

²⁸⁹¹ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 541 ; *Adde* MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 79 ; *Adde* FARJAT G., *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 27-28.

²⁸⁹² PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 533 ; *Adde* PICARD E., « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 23 ; *Adde* MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 79.

²⁸⁹³ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 563.

²⁸⁹⁴ PICARD E., « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 23.

²⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 47 et pp. 53-54. *V.*, également HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, *op. cit.*, pp. 382-384 ; *Adde* MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 81 ; *Adde* FARJAT G., *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p. 13.

²⁸⁹⁶ PICARD E., « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 48 ; *Adde* LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 216-220.

²⁸⁹⁷ LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, *op. cit.*, p. 8, pp. 15-16, pp. 16-17 et pp. 212-213 ; *Adde* HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, *op. cit.*, pp. 379-380 et p. 381 ; *Adde* COMBACAU J., « Conclusions générales », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit et justice », 2001, pp. 420-428.

En effet, c'est la norme d'ordre public qui fonde la police²⁸⁹⁸, et non l'inverse, de sorte que si la police ne peut exister sans l'ordre public qui la fonde, l'ordre public peut au contraire exister sans la police, comme le démontre l'utilisation de la notion d'ordre public dans toutes les disciplines et le sens spécifique qu'elle acquiert dans chaque branche du droit où elle est utilisée²⁸⁹⁹. Ainsi, on retrouve un ordre public pour chaque institution, celui-ci étant le fondement statutaire du droit disciplinaire institutionnel²⁹⁰⁰.

Dès lors, l'ordre public n'est pas nécessairement lié à la liberté car il n'est pas lié uniquement à l'institution libérale²⁹⁰¹, comme l'attestent d'ailleurs les différents usages historiques de la notion²⁹⁰². Dès lors, la conception de l'ordre public comme étant nécessairement rattaché à la police et à la liberté tient sans doute à l'hypothèse contestable selon laquelle l'État, en tant qu'institution primaire, aurait pour seule tâche la préservation des libertés²⁹⁰³. Au contraire, si toutes les institutions connaissent l'ordre public, celui-ci peut tout aussi bien être orienté sur d'autres idées d'œuvre, au sein desquelles peut figurer l'efficacité économique²⁹⁰⁴.

1095. En somme, la théorie institutionnelle fournit un cadre d'analyse dans lequel l'ordre public tient une place fondamentale en tant que fondement du droit disciplinaire de l'institution. Dès lors, dans le cas spécifique de la régulation, il conduit à adopter le critère matériel de l'ordre public économique sans pour autant conduire à rattacher la régulation à la police administrative.

B. L'adoption de l'ordre public économique comme critère matériel de la régulation

1096. Les éléments qui précèdent permettent de repenser la notion d'ordre public économique (1) puis de démontrer en quoi celui-ci peut servir de critère matériel à la notion juridique de régulation (2).

1. La définition néo-institutionnelle de l'ordre public économique

1097. La conception classique de l'ordre public économique défendue par la doctrine apparaît aujourd'hui dépassée (a) et doit être repensée dans une perspective néo-institutionnelle (b).

a. Le dépassement des conceptions classiques de l'ordre public économique

²⁸⁹⁸ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, pp. 533-534 et pp. 541-544 ; Adde DELHOSTE M.-F., *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, *op. cit.*, pp. 8-9.

²⁸⁹⁹ PICARD E., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *article précité*, pp. 56-57 ; Adde LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 4-5.

²⁹⁰⁰ PICARD E., « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 20.

²⁹⁰¹ LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 23-24.

²⁹⁰² GENEVOIS B., « Remarques sur l'ordre public », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit et justice », 2001, p. 406.

²⁹⁰³ LEPINEUX B., *Approche institutionnelle de l'ordre public*, *op. cit.*, p. 199.

²⁹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 23-24.

1098. Les conceptions classiques de l'ordre public économique, en droit privé comme en droit public (i) doivent aujourd'hui être dépassées (ii).

i. Les conceptions classiques de l'ordre public économique

1099. La notion d'ordre public économique est une notion profondément enracinée dans la méthode du droit économique, dont on a vu précédemment qu'elle était sans doute nécessaire mais également insuffisante²⁹⁰⁵.

Dans cette optique, l'ordre public économique a d'abord été conceptualisé par Ripert, en droit privé, visant alors l'ensemble des normes auxquelles les volontés individuelles ne peuvent déroger en matière économique²⁹⁰⁶. Cette définition a par la suite été reprise par Gérard Farjat qui a fait de l'ordre public économique le sujet de sa thèse²⁹⁰⁷. C'est donc d'abord en droit privé que la notion d'ordre public économique s'est développée, ce dernier constituant alors essentiellement un ordre public de protection²⁹⁰⁸.

1100. Néanmoins, le développement des interventions des personnes publiques a conduit au déplacement de la notion du droit privé au droit public, d'un ordre public de protection des individus à un ordre public de protection et de direction du marché²⁹⁰⁹. L'ordre public économique en droit public a alors pour objet de mettre en œuvre des politiques constructives destinées à créer de nouveaux ordres et non seulement de préserver l'ordre préexistant²⁹¹⁰. De ce point de vue, en tant que fondement des politiques économiques, l'ordre public économique est alors considéré comme le fondement des différentes polices économiques²⁹¹¹.

Cependant, pour certains auteurs, et notamment du fait du recul de l'interventionnisme étatique, l'on constaterait, aujourd'hui, un déclin de l'ordre public de direction au bénéfice de l'ordre public de protection, à l'exception notable du droit de la concurrence²⁹¹².

²⁹⁰⁵ Cf. Introduction.

²⁹⁰⁶ RIPERT G., « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1977, tome II, pp. 347-353 et spécialement p. 348. Il semble que ce soit cet auteur qui ait utilisé le premier le concept d'ordre public économique. V., notamment FARJAT G., *L'ordre public économique*, *op. cit.*, pp. 10-11.

²⁹⁰⁷ FARJAT G., *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p. 32.

²⁹⁰⁸ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 79 et p. 84 ; Adde MESTRE J., « L'ordre public dans les relations économiques », in T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1996, pp. 35-38.

²⁹⁰⁹ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 81 ; Adde COM-BACAU J., « Conclusions générales », *op. cit.*, pp. 420-421.

²⁹¹⁰ PICARD E., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *article précité*, pp. 57-58 et pp. 65-66.

²⁹¹¹ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 81 et p. 84.

²⁹¹² MESTRE J., « L'ordre public dans les relations économiques », *op. cit.*, pp. 38-40 ; Adde CATALA P., « Rapport de synthèse », in *L'ordre public, Journées Libanaises*, Paris, LGDJ, « Travaux de l'Association Henri Capitant », 1998, pp. 5-7. V., également, constatant un recul de l'ordre public interventionniste des États, PICARD E., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *article précité*, p. 66.

ii. Des conceptions critiquables

1101. Cependant, ces différentes conceptions de l'ordre public économique sont aujourd'hui contestables et doivent être dépassées. En premier lieu, la régulation consacre le retour en force de l'ordre public économique et remet en cause l'hypothèse du déclin de l'ordre public de direction²⁹¹³. En second lieu, l'ordre public économique doit être distingué de la notion de police dans la mesure où il est parfaitement clair qu'un tel ordre public n'a pas seulement pour objet la protection des libertés aujourd'hui²⁹¹⁴ mais bien d'autres impératifs, autant en termes de direction qu'en termes de protection. En somme, la notion d'ordre public économique doit être considérée aujourd'hui comme une notion autonome de celle d'ordre public au sens classiquement entendu en droit administratif général²⁹¹⁵.

Dès lors, à l'inverse des conceptions traditionnellement admises, la notion d'ordre public économique permet de différencier la régulation de la police²⁹¹⁶ et non de les confondre. En effet, la police économique, en ce qu'elle met en œuvre la protection des libertés, relève bien davantage d'un ordre public libéral plutôt que d'un ordre public économique²⁹¹⁷.

b. L'acception néo-institutionnelle de l'ordre public économique

1102. L'ordre public économique peut alors faire l'objet d'une réinterprétation en termes d'analyse néo-institutionnelle du droit. De ce point de vue, il apparaît que l'ordre public économique peut désigner le fondement notionnel du droit matériel d'une institution à vocation économique et se caractérise par la qualité de couplage structurel entre le droit et l'économie.

D'une part, du point de vue institutionnel, en tant qu'ordre public, l'ordre public économique vise le fondement statutaire de la fonction disciplinaire d'une institution spécifique ayant une vocation économique. Dès lors, la notion d'ordre public économique peut valablement désigner le droit matériel d'une institution à vocation économique et par voie de conséquence servir de critère matériel technique à une telle institution.

D'autre part, l'analyse néo-institutionnelle du droit conduit à réaliser une analyse systémique de l'ordre public²⁹¹⁸ qui permet de le concevoir comme un couplage structurel du droit et du reste de la société²⁹¹⁹. En ce qui concerne spécifiquement l'ordre public économique, et à

²⁹¹³ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 84 ; Adde FARJAT G., *Pour un droit économique*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 2004, pp. 46-47.

²⁹¹⁴ PICARD E., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *article précité*, p. 66.

²⁹¹⁵ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 86.

²⁹¹⁶ *Ibid.*, pp. 80-81.

²⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 87.

²⁹¹⁸ TERRÉ F., « Rapport introductif », in T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1996, p. 10.

²⁹¹⁹ CARBONNIER J., « Exorde », in T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1996, p. 2.

l'instar de Gérard Farjat qui y voit une notion juridique tout à fait indépendante de l'économie²⁹²⁰ mais qui permet dans le même temps de ne pas négliger les implications économiques de la règle de droit²⁹²¹, l'analyse néo-institutionnelle le conçoit comme une notion juridique servant de couplage structurel vis-à-vis du système économique²⁹²².

1103. En définitive, il résulte de l'analyse néo-institutionnelle du droit que l'ordre public économique constitue le fondement du droit matériel d'une institution dont l'idée d'œuvre a une vocation économique, tout en s'analysant comme un couplage structurel du droit et de l'économie. Or, une telle définition de l'ordre public économique conduit à trouver dans celui-ci le critère matériel de la régulation.

2. L'ordre public économique, critère matériel de la régulation

1104. Il résulte de ce qui précède que l'ordre public économique peut servir de critère matériel à la régulation (a). Ce résultat est confirmé par la doctrine et, mieux encore, par le droit positif lui-même (b).

a. La justification théorique du choix de l'ordre public économique

1105. L'analyse néo-institutionnelle du droit conduit nécessairement au choix de l'ordre public économique comme critère de la régulation, dans la mesure où celui-ci rend le mieux compte du droit matériel de la régulation pris en lui-même (i) et du processus de coévolution du droit et de l'économie qui le caractérise (ii).

i. L'ordre public économique, fondement du droit matériel de la régulation

1106. L'ordre public économique peut donc exister de manière autonome dès lors qu'il correspond à un champ normatif spécifique²⁹²³, c'est-à-dire dès lors qu'il vise le fondement statutaire du droit disciplinaire d'un ordre juridique institutionnel particulier, qui lui-même résulte de l'idée d'œuvre de l'institution dont il doit alors être capable de rendre compte. Dès lors, ainsi que le souligne Gérard Marcou, le concept d'ordre public économique permet de rendre compte parfaitement du droit matériel de la régulation et de son idée d'œuvre, ce qui permet de l'utiliser

²⁹²⁰ FARJAT G., *L'ordre public économique*, *op. cit.*, pp. 78-79 ; *Adde* FARJAT G., « La notion de droit économique », *op. cit.*, p. 21.

²⁹²¹ FARJAT G., *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p. 79.

²⁹²² V., dans le même sens TERRÉ F., « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 10.

²⁹²³ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 86.

comme critère matériel de la régulation²⁹²⁴.

En effet, il faut noter d'abord que la régulation est une institution à vocation économique dans la mesure où l'une de ses composantes est la recherche de l'efficacité économique. En outre, l'ordre public économique présente à la fois des aspects relevant de l'ordre public de direction, et notamment la construction d'un marché concurrentiel et efficace²⁹²⁵ et des aspects relevant d'un ordre public de protection²⁹²⁶, comme le démontrent les dispositifs de protection de l'intérêt général et les dispositifs de protection du consommateur²⁹²⁷. Dès lors, l'ordre public économique a ceci de spécifique, ou au moins est-ce particulièrement net dans son cas²⁹²⁸, qu'il tend au dépassement de l'opposition entre ordre public de protection et ordre public de direction²⁹²⁹, ce qui correspond tant à l'idée d'œuvre qu'au droit matériel de la régulation.

Ainsi, l'ordre public économique peut servir de critère matériel à la régulation du point de vue juridique. En outre, ce critère permet également de rendre compte de la communication entre le droit et l'économie caractéristique de la régulation.

ii. L'ordre public économique, couplage structurel du droit et de l'économie

1107. Pour une majeure partie de la doctrine, la régulation se spécifie par un rapport particulièrement étroit entre le droit et l'économie²⁹³⁰. Ce constat est tout à fait exact, le droit de la régulation se caractérisant par une communication constante avec l'ensemble du système économique, faits économiques comme théorie économique²⁹³¹.

Or, le critère de l'ordre public économique permet de rendre compte de ce processus de communication entre le droit et l'économie et de le poursuivre, dans la mesure où il constitue un couplage structurel du droit et de l'économie. Dès lors, s'il est choisi comme critère matériel de la régulation, il permet de justifier théoriquement l'existence d'un processus de coévolution entre le

²⁹²⁴ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 86. *V.*, également dans le même sens GUENOD C., *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel. Modèles communautaire et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit, Université Paris – Dauphine, 2009, pp. 35-39.

²⁹²⁵ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 86 et p. 88.

²⁹²⁶ FARJAT G., *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p. 17 ; *Adde* MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 84.

²⁹²⁷ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, pp. 84-85.

²⁹²⁸ Pour certains auteurs, de manière générale, la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection est sans doute à relativiser, au moins sur le plan conceptuel. *V.*, HAGE-CHAHINE F., « Rapport général », in *L'ordre public, Journées Libanaises*, « Paris, LGDJ, Travaux de l'Association Henri Capitant », 1998, pp. 29-31 ; *Adde* CATALA P., « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 8.

²⁹²⁹ PICARD E., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *article précité*, p. 61 ; *Adde* MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, pp. 83-85.

²⁹³⁰ *V.*, notamment FRISON-ROCHE M.-A., « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, p. 19 ; *Adde* RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 2007, p. 285 ; *Adde* RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, p. 2521.

²⁹³¹ *Cf. Supra.*

droit et la théorie économique et de qualifier les autorités de régulation d'institutions intersystémiques²⁹³². La coévolution du droit et de la théorie économique qui caractérise la régulation implique donc de choisir comme critère matériel l'ordre public économique.

1108. En définitive, il résulte donc de l'analyse néo-institutionnelle du droit que la régulation a pour critère matériel *la mise en œuvre d'un ordre public économique* particulier, lié à l'idée d'œuvre de l'institution de régulation, cet ordre public économique visant alors la réalisation d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques. La régulation se définit ainsi comme *la fonction administrative ayant pour objet la mise en œuvre d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. Or, cette analyse théorique est confirmée par la doctrine et surtout par le droit positif.

b. La consécration de l'ordre public économique comme critère matériel de la régulation

1109. Le choix théorique de l'ordre public économique comme critère matériel de la régulation est conforté par une partie de la doctrine (i) mais surtout par le droit positif lui-même qui utilise la notion d'ordre public économique pour rendre compte de l'objet de la régulation (ii).

i. La consécration doctrinale du critère de l'ordre public économique

1110. En premier lieu, certains œuvres de définition ont proposé l'adoption de l'ordre public économique comme critère matériel de la régulation. Ainsi, si Gérard Farjat a considéré que les autorités de régulation avaient pour objet la mise en œuvre d'un « *ordre économique* »²⁹³³, c'est sans doute Claude Champaud qui a le mieux utilisé cette notion pour rendre compte de la régulation, considérant que la régulation du point de vue matériel vise « *à assurer, dans une situation économique donnée, le maintien des équilibres correspondant à un ordre public économique défini par la loi qui régit le marché considéré* »²⁹³⁴. On peut noter enfin que les travaux les plus récents de Gérard Marcou tendent également à faire de l'ordre public économique le critère matériel de la régulation²⁹³⁵.

ii. La confirmation du critère de l'ordre public économique en droit positif

²⁹³² FARJAT G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, pp. 26-41 et spécialement p. 29.

²⁹³³ FARJAT G., « La notion de droit économique », *op. cit.*, p. 35.

²⁹³⁴ CHAMPAUD C., « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, p. 31.

²⁹³⁵ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 86.

1111. En second lieu, l'ordre public économique apparaît comme un critère d'autant plus pertinent qu'il fait l'objet d'une reconnaissance progressive en droit positif. Cette reconnaissance est a d'abord été le fait du juge judiciaire et s'impose aujourd'hui, comme l'attestent leurs décisions les plus récentes, auprès des autorités de régulation elles-mêmes.

1112. La reconnaissance de l'ordre public économique comme critère de la régulation a été le fait principal du juge judiciaire, la régulation s'opposant très souvent à la liberté contractuelle. Toutefois, c'est à une conception large de l'ordre public économique que fait référence ce dernier, qui a en outre établi un lien direct entre l'ordre public économique et la régulation.

En premier lieu, le juge judiciaire a consacré la notion d'ordre public économique comme contrepoids à la liberté contractuelle. Cette notion a ainsi été utilisée pour justifier les pouvoirs de l'Autorité de régulation des télécommunications par la Cour d'Appel de Paris dès 1998, cette dernière considérant que les restrictions apportées à la liberté contractuelle de France Télécom, « *ont été voulues par le législateur qui, pour des motifs d'ordre public économique, a confié à l'Autorité de régulation, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d'imposer aux parties qui la saisissent, des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunication* »²⁹³⁶. Ainsi, la conception de l'ordre public économique, au regard de la formulation utilisée, semblait déjà plus large que la seule référence aux limites à la liberté contractuelle dans la mesure où elle désignait les motifs qui ont guidé le législateur. Cette conception s'est précisée par la suite puisque l'ordre public économique a été rattaché à la régulation.

En effet, la Cour d'Appel a plus tard relié directement la notion d'ordre public économique à la régulation, en considérant en 2004 que « *la mission régulatrice que la loi a conféré à l'A.R.T. lui donne notamment le pouvoir d'imposer aux opérateurs relevant de son autorité des prescriptions et des injonctions ayant une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution de leurs conventions, et de restreindre ainsi, pour des motifs d'ordre public économique, le principe de la liberté contractuelle dont ils bénéficient* »²⁹³⁷. Ce principe a été confirmé exactement dans les mêmes termes par un arrêt rendu à la fin de l'année 2006²⁹³⁸. Cette jurisprudence a par ailleurs été confirmée et généralisée par la Cour d'appel de Paris qui a utilisé en 2006 une formule englobant toutes les autorités de régulation, considérant que « *les autorités de régulation, seules, ont la charge* » de la « *défense d'un ordre public économique* »²⁹³⁹.

En somme, le choix du critère de l'ordre public économique en tant que critère matériel

²⁹³⁶ Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 28 avril 1998 relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 97-0210 de l'autorité de régulation des télécommunications réglant un différend entre la Compagnie générale de vidéocommunication (CGV) et France Telecom.

²⁹³⁷ Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 20 janvier 2004 relatif au recours formé par la SA Completel contre la décision n° 03-0701 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 5 juin 2003 se prononçant sur un différend entre les sociétés France Télécom et Completel.

²⁹³⁸ Arrêt de la Cour d'appel de Paris par un arrêt en date du 12 septembre 2006 *TDF SA c/ ANTALYS-TV SA*.

²⁹³⁹ Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 21 mars 2006 relatif au recours formé par la société ILIAD contre la décision n° 05-D-421 du Conseil de la concurrence en date du 19 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services télématiques relatifs aux résultats et aux corrigés d'examens.

de la régulation semble aujourd'hui s'imposer du fait même de la jurisprudence judiciaire. Il faut en outre ajouter aujourd'hui à celle-ci les solutions adoptées par l'ARCEP.

1113. En effet, l'ARCEP a fait sienne l'adoption de ce critère dans une formulation de principe qu'il faut retenir. Ainsi, dans une décision de novembre 2010, l'autorité de régulation a considéré, pour distinguer sa mission de celle du juge du contrat, qu' « *en tant que manifestation de l'ordre public économique, la régulation poursuit un objectif de défense de l'intérêt général économique, décliné dans les principes mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE* »²⁹⁴⁰. Ainsi l'autorité de régulation fait référence au concept d'ordre public économique en se considérant elle-même comme une manifestation de celui-ci, conformément aux principes de l'analyse néo-institutionnelle du droit.

Enfin, cette solution a été confirmée plus récemment encore, notamment dans une décision de règlement de différends de juillet 2011 qui a fait référence à la notion d'« *ordre public économique* »²⁹⁴¹, qui a d'ailleurs pour objet selon l'ARCEP, et il est significatif de le souligner, un objectif d'« *efficacité économique* »²⁹⁴². Le concept d'ordre public économique est donc bien aujourd'hui consacré par l'ARCEP elle-même.

En somme, il est tout à fait significatif de souligner que les conclusions auxquelles conduit l'analyse néo-institutionnelle du droit, à savoir le choix de l'ordre public économique comme critère matériel de la régulation, se trouvent confirmées par le droit positif lui-même.

1114. En définitive, il résulte de l'application de l'analyse néo-institutionnelle du droit que l'on peut induire, sur la base de la coévolution du droit matériel de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle, la définition selon laquelle *la régulation est la fonction administrative ayant pour objet de mettre en œuvre un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques.*

En somme, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet donc de construire une définition juridique de la régulation qui soit également pertinente économiquement. Cependant, pour que cette définition soit réellement valable, il faut qu'elle puisse s'appliquer à l'ensemble des domaines objets de régulation.

Section II. Vérification déductive de la définition matérielle de la régulation

²⁹⁴⁰ Décision n° 2010-1179 de l'Arcep en date du 4 novembre 2010 se prononçant sur deux demandes de règlement de différend opposant, d'une part, la société FRANCE TELECOM à la société NC NUMERICABLE, d'autre part, la société FRANCE TELECOM à la société NUMERICABLE SAS, p. 14.

²⁹⁴¹ Décision n° 2011-0809 de l'Arcep en date du 12 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Towercast et TDF, p. 14.

²⁹⁴² *Ibid.*, p. 15.

1115. La notion de régulation est utilisée dans des champs toujours plus nombreux. Dès lors, pour prétendre être valable, la définition matérielle de la régulation proposée ci-dessus doit pouvoir s'appliquer à l'ensemble des champs dits régulés (§1). Une attention particulière sera ici portée au droit commun de la concurrence dans la mesure où sa qualification continue de faire l'objet d'intenses controverses doctrinales et pose un certain nombre de difficultés (§2).

§1. Vérification de la définition matérielle de la régulation dans les secteurs régulés

1116. La pertinence de la définition matérielle de la régulation ci-dessus proposée se trouve confirmée par son application aux secteurs qui font traditionnellement l'objet de la qualification de secteurs régulés, comme la régulation financière et la régulation de l'audiovisuel (A). En outre, elle s'applique également aux secteurs nouvellement régulés, comme les secteurs des activités ferroviaires et des jeux en ligne (B).

A. Vérification de la définition matérielle de la régulation dans les secteurs classiquement qualifiés de secteur régulés

1117. Le critère matériel proposé ci-dessus trouve à s'appliquer pour la régulation des marchés financiers d'une part (1) et pour la régulation du secteur de l'audiovisuel d'autre part (2).

1. Vérification de la définition matérielle de la régulation dans la régulation financière

1118. Le secteur des marchés financiers est, avec le secteur des communications électroniques et le secteur électrique, celui dont on s'accorde le plus facilement à dire qu'il fait l'objet d'une régulation (a). Or, une telle qualification peut être expliquée par le recours à l'analyse néo-institutionnelle du droit et confirme la définition matérielle de la régulation retenue (b).

a. La qualification du droit des marchés financiers de régulation

1119. Le secteur des marchés financiers est considéré très majoritairement comme un secteur régulé, tant de la part de la doctrine que du droit positif lui-même.

1120. D'une part, la doctrine universitaire utilise très souvent le terme de régulation pour qualifier l'autorité des marchés financiers, dans le cadre d'articles les plus divers²⁹⁴³, de thèses qui ont

²⁹⁴³ *V.*, parmi de nombreux autres exemples DELION A., « La crise financière et les régulations », *in* T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Éditions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, pp. 105-160 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », *op. cit.*, pp. 58-59 ; *Adde* VALETTE J.-P., « La régulation des marchés financiers », *RDP*, 2005, pp. 183-211.

alors la régulation pour intitulé²⁹⁴⁴, de manuels²⁹⁴⁵, certains ayant même adopté le terme de « *régulation des marchés financiers* » comme titre²⁹⁴⁶. Il en de même, d'ailleurs, en économie²⁹⁴⁷. Certains auteurs vont jusqu'à considérer que le secteur des marchés financiers a pu servir de modèle aux autres en termes de régulation²⁹⁴⁸.

Par ailleurs, l'AMF utilise également très couramment le concept de régulation pour qualifier sa propre action dans ses rapports annuels²⁹⁴⁹. Enfin, le terme de régulation est consacré dans le cadre de la coopération internationale et notamment dans le cadre des déclarations finales des différents sommets du G20²⁹⁵⁰.

Au contraire, seule une part très minoritaire de la doctrine considère le droit des marchés financiers comme ne relevant pas de la régulation mais bien de la police, dans la mesure où le droit financier ne viserait qu'à limiter les libertés économiques²⁹⁵¹. Ce n'est pourtant pas le sens du droit positif.

1121. D'autre part, le droit positif tend également à intégrer la notion de régulation pour qualifier le droit des marchés financiers. On peut en donner plusieurs exemples.

Ainsi, le Code monétaire et financier dispose que l'autorité des marchés financiers « *apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international* »²⁹⁵². En outre, le Conseil d'État a considéré, à propos du Conseil des marchés financiers puis de l'Autorité des marchés financiers, que le principe de personnalité des peines ne faisait pas obstacle à l'adoption d'une sanction contre une société pour des agissements commis par une autre société absorbée, « *en*

²⁹⁴⁴ CONAC P.-H., *La régulation des marchés boursiers par la Commission des opérations de bourse (COB) et la Securities and exchange commission (COB)*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 2002, 543 p. ; *Adde* TEYSSIER D., *La régulation des marchés financiers*, Paris, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2008, 448 p.

²⁹⁴⁵ BONNEAU T., DRUMMOND F., *Droit des marchés financiers*, Paris, Economica, 2001, pp. 792-798 ; *Adde* DE VAUPLANE H., BORNET J.-P., *Droit des marchés financiers*, Paris, Litec, 3^{ème} Ed., 2001, pp. 117-119.

²⁹⁴⁶ VALETTE J.-P., *Droit de la régulation des marchés financiers*, Paris, Galino éditeur, « Mémentos LMD », 2005, 174 p.

²⁹⁴⁷ LE GALL P., « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », in N. Thirion (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 21-43 ; *Adde* MARTIN F., « Concurrence et régulation dans l'industrie de la gestion d'actifs », in N. Thirion (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 45-66.

²⁹⁴⁸ LE GALL P., « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », *op. cit.*, pp. 22-23.

²⁹⁴⁹ *V.*, par exemple AMF (Autorité des marchés financiers), *Rapport annuel*, 2003, p. 5 ; *Adde* AMF (Autorité des marchés financiers), *Rapport annuel*, 2004, p. 205 et s. ; *Adde* AMF (Autorité des marchés financiers), *Rapport annuel*, 2005, p. 6 ; *Adde* AMF (Autorité des marchés financiers), *Rapport annuel*, 2006, p. 7 et p. 277 et s. ; *Adde* AMF (Autorité des marchés financiers), *Rapport annuel*, 2007, p. 102 et s.

²⁹⁵⁰ Déclaration du sommet sur les marchés financiers et l'économie mondiale, Washington, 15 novembre 2008, § 3, 4, 5, 8, 9, 10, 12 ; *Adde* Déclaration sur le renforcement du système financier, sommet de Londres, G20, 2 avril 2009, où les termes de régulation et régulateurs sont utilisés de manière systématique ; *Adde* Déclaration des chefs d'État et de gouvernement, sommet de Pittsburgh, G20, 24-25 septembre 2009, § 7, 16 et 19 du préambule, § 10, 11 et 13.

²⁹⁵¹ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, pp. 90-91 et pp. 96-98.

²⁹⁵² C. Mon. Fin., article L. 621-1.

égard à la mission de régulation des marchés » dont l'autorité était investie²⁹⁵³.

En somme, le secteur des marchés financiers est qualifié de secteur régulé. Or, cette qualification vient confirmer la définition matérielle de la régulation ici retenue.

b. La confirmation de la pertinence de la définition matérielle de la régulation retenue

1122. Il ne s'agit pas ici d'élaborer une nouvelle théorie de la régulation des marchés financiers, une telle ambition dépassant largement le cadre de notre propos, notamment dans le contexte de la crise financière²⁹⁵⁴. Néanmoins, il est intéressant de montrer en quoi le modèle d'analyse néo-institutionnelle peut être étendu aux marchés financiers et a donc une vocation générale.

D'une part, il faut souligner, notamment dans le contexte actuel, que l'économie néo-institutionnelle cherche à s'appliquer au secteur des marchés financiers et constitue donc une alternative aux théories néoclassiques (i). D'autre part, il faut retenir que la définition matérielle de la régulation proposée ci-dessous trouve une confirmation dans son application au secteur financier (ii).

i. L'économie néo-institutionnelle de la régulation des marchés financiers

1123. L'économie néo-institutionnelle considère la régulation des marchés financiers comme un de ses domaines d'application²⁹⁵⁵. Celle-ci cherche en effet aujourd'hui à se substituer aux théories économiques traditionnelles qui ne permettent plus de rendre compte des différentes défaillances qui grèvent ces marchés²⁹⁵⁶.

Elle place alors au cœur de son analyse l'efficacité des marchés financiers au regard no-

²⁹⁵³ Arrêt du Conseil d'État, Section, du 22 novembre 2000, *Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux* n°207697, publié au recueil Lebon, à propos du Conseil des marchés financiers ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, Section du Contentieux, du 06 juin 2008, *Société Tradition Securities and Futures*, n°299203, Publié au recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 17 décembre 2008, *Société Oddo et Compagnie*, n°316000, Publié au recueil Lebon, concernant l'Autorité des marchés financiers.

²⁹⁵⁴ Sur cette question voir par exemple DELION A., « La crise financière et les régulations », *op. cit.*, pp. 105-160 *Adde* LOMBARD M., « La crise : une parenthèse ? Plutôt un tournant... », *RJEP*, n°660, 2009, pp. 1-2.

²⁹⁵⁵ SPILLER P., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », in C. Menard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, p. 517 ; *Adde* PICARD J., *Analyse économique de la régulation des marchés financiers*, Paris, Mémoire de DEA décisions publiques, institutions et organisations, Mémoire de DEA Décisions publiques, institutions et organisations, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2003, 110 p.

²⁹⁵⁶ V., LE GALL P., « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », *op. cit.*, pp. 24-25 et pp. 32-34 ; *Adde* GILLET P., *L'efficacité des marchés financiers*, Paris, Economica, 2006, 2^{ème} Ed., p. 7, p. 9, p. 13, p. 19 et p. 44 ; *Adde* JAWADI F., SAHUT J.-M., *Inefficacité et dynamique des marchés financiers*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 11 et pp. 19-21. Aujourd'hui, la théorie économique dominante des marchés financiers est fondée sur le modèle de la concurrence, et plus précisément, sur l'hypothèse de l'efficacité des marchés. En vertu de ce modèle, établi en 1965 par l'économiste Fama, les marchés sont efficaces en ce que les informations sont immédiatement intégrées dans le prix pratiqué sur le marché. Un marché efficace permet alors d'atteindre une allocation optimale des ressources.

tamment des coûts de transaction²⁹⁵⁷, ce qui la conduit à s'intéresser prioritairement aux dispositifs de régulation²⁹⁵⁸ et à la pertinence de ceux-ci au regard des spécificités d'actifs dans les marchés financiers, qui relèvent aussi bien de spécificités d'actifs de type économique²⁹⁵⁹ que de spécificités d'actifs de type non économique, comme la protection des investisseurs, la protection des épargnants, la lutte contre le risque systémique²⁹⁶⁰.

L'application du cadre d'analyse néo-institutionnel conduit alors ces économistes à voir dans la régulation des marchés financiers la nécessité d'un équilibre entre l'exercice de la concurrence et la recherche de l'efficacité économique, et la volonté de limiter les effets néfastes de celle-ci²⁹⁶¹. Or, une telle appréciation, non seulement va dans le sens de la confirmation de la communication entre le droit matériel de la régulation et l'économie néo-institutionnelle, mais vient également confirmer la pertinence de la définition matérielle de la régulation ici retenue.

ii. La confirmation de la définition néo-institutionnelle de la régulation

1124. La définition matérielle de la régulation proposée ici trouve d'abord une confirmation dans le droit de la régulation des marchés financiers. Ainsi que le dispose le Code monétaire et financier, l'autorité des marchés financiers « *veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers* »²⁹⁶².

Cette formulation générale, confirmée par l'analyse détaillée du droit positif, renvoie au concept juridique de régulation en ce qu'elle cherche à favoriser un équilibre entre l'efficacité économique d'une part²⁹⁶³ et l'exécution de politiques publiques d'autre part à travers la protec-

²⁹⁵⁷ GILLET P., *L'efficacité des marchés financiers*, *op. cit.*, pp. 30-31.

²⁹⁵⁸ LE GALL P., « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », *op. cit.*, p. 33 ; Adde MARTIN F., « Concurrence et régulation dans l'industrie de la gestion d'actifs », *op. cit.*, pp. 48-60 ; Adde PICARD J., *Analyse économique de la régulation des marchés financiers*, *op. cit.*, pp. 87-108.

²⁹⁵⁹ LE GALL P., « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », *op. cit.*, p. 22, p. 28, p. 36 et pp. 37-41 ; Adde STÉPHAN P., « L'évolution du cadre d'exercice des marchés réglementés et de leurs autorités en Europe. Bilan et perspectives », in N. Thirion (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 69-70 et pp. 74-77 ; Adde PICARD J., *Analyse économique de la régulation des marchés financiers*, *op. cit.*, pp. 16-18.

²⁹⁶⁰ LE GALL P., « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », *op. cit.*, p. 21 et p. 36 ; Adde STÉPHAN P., « L'évolution du cadre d'exercice des marchés réglementés et de leurs autorités en Europe. Bilan et perspectives », *op. cit.*, pp. 74-77 ; Adde MARTIN F., « Concurrence et régulation dans l'industrie de la gestion d'actifs », *op. cit.*, p. 47.

²⁹⁶¹ LE GALL P., « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », *op. cit.*, p. 22.

²⁹⁶² C. Mon. Fin., article 621-1.

²⁹⁶³ STÉPHAN P., « L'évolution du cadre d'exercice des marchés réglementés et de leurs autorités en Europe. Bilan et perspectives », *op. cit.*, p. 68 et s. ; Adde PRAT J.-F., « Les contrats sur les marchés bousier et les impératifs de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 223-229.

tion de l'épargne, des mécanismes d'évitement des risques systémiques, etc.²⁹⁶⁴. La doctrine estime ainsi que la régulation des marchés financiers a pour objet de trouver un équilibre entre le bon fonctionnement des marchés financiers d'une part et la protection de l'intérêt général d'autre part²⁹⁶⁵. Dès lors, dans la mesure où l'idée d'œuvre de la régulation des marchés financiers correspond à l'idée d'œuvre de la régulation, il est justifié que celle-ci soit ainsi qualifiée²⁹⁶⁶.

1125. En outre, la notion d'ordre public économique peut également être mobilisée pour rendre compte de la régulation des marchés financiers du point de vue matériel.

Ainsi, il a été récemment démontré l'existence d'un ordre public financier²⁹⁶⁷. Celui-ci a pour objet d'une part, la poursuite de l'intérêt des marchés financiers²⁹⁶⁸ et donc, du moins en théorie, de l'efficacité économique de manière générale²⁹⁶⁹ sans d'ailleurs se restreindre aux règles de la concurrence²⁹⁷⁰, et d'autre part, la protection de la partie faible²⁹⁷¹ notamment le non professionnel ou les actionnaires minoritaires par exemple²⁹⁷². Cet ordre public relève donc à la fois de l'ordre public de direction et de l'ordre public de protection²⁹⁷³.

En somme, cet ordre public financier est un ordre public spécifique de l'ordre public économique en ce qu'il en présente les caractéristiques²⁹⁷⁴. De ce point de vue, l'existence d'un ordre public financier vient confirmer la définition de la régulation retenue ci-dessus.

1126. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que le droit des marchés financiers relève de la régulation dans la mesure où il vise la mise en œuvre d'un ordre public économique particulier, l'ordre public financier, celui-ci ayant pour objet l'instauration d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques. Le critère proposé par induction ci-dessus se voit donc confirmé déductivement s'agissant des marchés financiers. Il est en de même en ce qui concerne la régulation de l'audiovisuel.

²⁹⁶⁴ *V.*, notamment Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 5 octobre 2004, *Caixa Bank France c. Min. de l'économie, des finances et de l'industrie*, C-442/02 (grande chambre), § 23, selon lequel la protection de l'épargne est une exigence impérieuse d'intérêt général permettant éventuellement de limiter la liberté de circulation des capitaux. *V.*, en outre CE, *Société Tradition Securities and Futures*, n°299203, précité, selon lequel il existe des « exigences d'intérêt général relatives au bon fonctionnement du marché, à la transparence des opérations et à la protection des épargnants ».

²⁹⁶⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », *op. cit.*, pp. 58-59 ; Adde REYNIER H., « Le cas de l'Autorité de régulation des marchés financiers », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, p. 96 ; Adde DE BOISSIEU C., « L'articulation entre régulation et crise dans le secteur bancaire et financier », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2005, « Thèmes et commentaires », pp. 19-27.

²⁹⁶⁶ MÉADEL J., *Les marchés financiers et l'ordre public*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », Tome 478, 2007, pp. 350-351.

²⁹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 151-152.

²⁹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 7-11.

²⁹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 21-22 et pp. 29-30.

²⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 16.

²⁹⁷¹ *Ibid.*, pp. 23-25.

²⁹⁷² *Ibid.*, pp. 151-152.

²⁹⁷³ *Ibid.*, p. 21.

²⁹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 151-152.

2. Vérification de la définition matérielle de la régulation dans la régulation de l'audiovisuel

1127. Le secteur de l'audiovisuel a fait l'objet d'une qualification précoce de secteur régulé (a). Celle-ci vient confirmer aujourd'hui la proposition de définition matérielle résultant de l'application de l'analyse néo-institutionnelle du droit (b).

a. La qualification du droit de l'audiovisuel de régulation

1128. Le droit de l'audiovisuel mis en œuvre par le Conseil supérieur de l'audiovisuel a d'abord été qualifié de régulation en droit positif avant que ce terme ne soit repris par la doctrine.

1129. D'une part, le droit positif qualifie expressément l'action du CSA de régulation, et ce de manière particulièrement significative puisque cette qualification résulte des plus hautes autorités juridictionnelles du pays, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État.

En premier lieu, la particularité du CSA est sans doute d'avoir été directement qualifié d'autorité de régulation, à deux reprises et dès le début des années quatre-vingt, par le Conseil constitutionnel. C'est ainsi que le CSA a été qualifié d'« instance de régulation de l'audiovisuel »²⁹⁷⁵, et d'« organe de régulation de l'audiovisuel »²⁹⁷⁶.

En second lieu, à la suite du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État a également opéré à de nombreuses reprises, et de façon tout à fait prétorienne, la qualification du CSA d'autorité de régulation²⁹⁷⁷. Ainsi le terme d'« autorité de régulation » est expressément utilisé pour désigner le CSA dès 1991²⁹⁷⁸, cette jurisprudence ayant été confirmée de multiples fois par la suite²⁹⁷⁹. En 2000, par exemple, le Conseil a reconnu « l'exercice du pouvoir de régulation » du CSA qui lui avait été reconnu par la loi²⁹⁸⁰.

1130. D'autre part, la doctrine qualifie l'activité du CSA d'activité de régulation de façon quasi-unanime. En premier lieu, le CSA se qualifie lui-même dans ses rapports annuels, et de manière

²⁹⁷⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, considérants n° 2 à 6 ; *Adde* Décision du Conseil constitutionnel n° 91-304 DC du 15 janvier 1992, *Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, considérants n° 13 et 15.

²⁹⁷⁶ Cons. Const., n°88-248 DC précitée, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, considérants n° 3 et 41.

²⁹⁷⁷ V., CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 111-112.

²⁹⁷⁸ Arrêt du Conseil d'État, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, du 27 septembre 1991, S.A.R.L Société Diffusion Rhône-Alpes, n°105232, 106244 et 106301, publié au recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, du 16 octobre 1991, S.A.R.L Société Diffusion Rhône-Alpes, n°106247, inédit au recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} sous-section, du 13 novembre 1991, S.A TF1, n°117819, inédit au recueil Lebon.

²⁹⁷⁹ V., CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 111, pour de nombreux exemples de jurisprudences.

²⁹⁸⁰ Arrêt du Conseil d'État, du 28 février 2000, *Société Edepis*, n°198114, inédit au recueil Lebon.

systématique, d'autorité de régulation²⁹⁸¹ et qualifie indifféremment sa mission de mission de régulation, d'activité de régulation ou de régulation de l'audiovisuel²⁹⁸². En second lieu, la doctrine universitaire qualifie également l'activité du CSA d'activité de régulation, de nombreuses références pouvant être ici citées, sans que l'utilisation de cette notion ne soit toujours explicitée²⁹⁸³.

Seule une part extrêmement minoritaire de la doctrine, et désormais ancienne, contesta cette qualification au motif que l'utilisation du terme de régulation ne cachait en réalité qu'une police²⁹⁸⁴. Il faut cependant noter qu'une telle analyse était opérée au prix d'une extension très large de la notion de police, entendue comme l'ensemble des interventions ponctuelles destinées à garantir le bon fonctionnement d'une activité sociale²⁹⁸⁵.

Or, il est significatif de noter que le recours à la notion de régulation, notamment par opposition à la notion de police, peut faire l'objet d'une analyse en termes néo-institutionnels, venant confirmer la proposition de définition matérielle de la régulation ici retenue.

b. La confirmation de la pertinence de la définition matérielle proposée

1131. La qualification de régulation de l'audiovisuel trouve une justification dans le cadre de l'analyse néo-institutionnelle du droit, comme le montre l'évolution du droit positif d'une part (i) et de la doctrine d'autre part (ii).

i. La confirmation de la pertinence de la définition matérielle proposée en droit positif

1132. À première vue, le cœur de la mission du CSA semble être de fixer des limites à la liberté de communication, au nom de la liberté de communication elle-même, ainsi que le CSA l'a lui-

²⁹⁸¹ V., parmi de très nombreux autres exemples CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2000, p. 216 ; *Adde* CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2001, pp. 35, 51, 93, *Adde* CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2002, pp. 39, 85, 93, 146 ; *Adde* CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2007, pp. 50, 51, 169 ; *Adde* CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2008, pp. 92, 137, 157, 161, etc.

²⁹⁸² V., parmi de très nombreux autres exemples CSA, *Rapport d'activité*, 2000, p. 182 ; *Adde* CSA, *Rapport d'activité*, 2001, pp. 9, 122, etc. ; *Adde* CSA, *Rapport d'activité*, 2008, pp. 47, 160, 161, 163, etc.

²⁹⁸³ V., par exemple TRUCHET D., « L'institution régulatrice de l'audiovisuel en France : de la Haute autorité au Conseil supérieur de l'audiovisuel », in C. Debbasch, C. Gueydan (dirs), *La régulation de la liberté de la communication audiovisuelle*, Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, pp. 19-28 ; *Adde* GUILLOU B., PADIOLEAU J-G., *La régulation de la télévision*, Paris, La documentation française, « Les études de la CNCL », 1988, p. 11 ; *Adde* JONGEN F., *La police de l'audiovisuel, Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1994, p. 43.

²⁹⁸⁴ JONGEN F., *La police de l'audiovisuel, Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, op. cit., pp. 3-4, pp. 38-43, p. 48 et p. 75.

²⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 50

même régulièrement souligné au début des années de 2000²⁹⁸⁶. Or, cette mission relève plutôt de la police, l'utilisation du concept de régulation par les autorités juridictionnelles étant alors interprétée à l'époque, suite notamment aux décisions du Conseil constitutionnel, comme essentiellement liée à la présence d'une autorité administrative indépendante²⁹⁸⁷.

Cependant, la mission du CSA a évolué et relève bien aujourd'hui de la régulation et non de la police. En effet, ainsi que le pose la doctrine du CSA, sa mission a pour objet, non pas seulement la sauvegarde des libertés, mais également la prise en compte de deux types d'objectifs corollaires, de types économique et social²⁹⁸⁸, qu'il s'agit de concilier²⁹⁸⁹.

1133. D'une part, du point de vue économique, la mission de « *régulation économique* » mise en œuvre par le Conseil supérieur de l'audiovisuel²⁹⁹⁰ prend de plus en plus d'importance et, en tendant à promouvoir l'efficacité économique, la distingue de la police.

Au départ, cette mission a été créée par la loi de 1986 qui a, suite à l'ouverture à la concurrence de ce secteur²⁹⁹¹ et à la privatisation de TF1²⁹⁹², fait de la promotion de la concurrence une des missions de l'autorité²⁹⁹³. La régulation économique s'est ensuite renforcée et diversifiée suite au phénomène de convergence et de développement du numérique²⁹⁹⁴. Ainsi, à partir de 2004, le CSA va considérer qu'il « *dispose désormais de compétences renforcées en matière de régulation économique* » pour désigner les compétences dont il dispose concernant la TNT ou le règlement des litiges opposant les éditeurs de services et les distributeurs²⁹⁹⁵. En 2007, le CSA va opérer un renforcement de son travail de conceptualisation en considérant que la « *régulation audiovisuelle est entrée dans une phase où les considérations d'ordre technologique et économique occupent une place croissante* »²⁹⁹⁶ et qu'ainsi « *l'autorité de régulation accroît la prise en compte de la dimension économique dans ses activités* »²⁹⁹⁷, le Conseil considérant explicitement que ses méthodes se rapprochent de celles des autres autorités de régulation²⁹⁹⁸.

²⁹⁸⁶ CSA, *Rapport d'activité*, 2001, p. 8, selon lequel si « *le marché doit être ouvert, le Conseil doit faire respecter un certain nombre de règles, garanties de la liberté de communiquer dans notre pays* » ; *Adde* CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2003, p. 9 ; *Adde* CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2005, p. 10, selon lequel la « *finalité de la régulation audiovisuelle par une autorité administrative indépendante du pouvoir politique et économique découle du principe de la liberté de communication* ».

²⁹⁸⁷ MIAILLE M., « La régulation : enjeu d'un choix », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, p. 13 ; *Adde* JOBART J.-C., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *RRJ*, 2004-1, p. 52 ; *Adde* MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 347.

²⁹⁸⁸ CSA, *Rapport d'activité*, 2007, p. 24.

²⁹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 45-47.

²⁹⁹⁰ CSA, *Rapport d'activité*, 2001, p. 8 ; *Adde* CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2004, p. 7 ; *Adde* CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2006, p. 26 et p. 45.

²⁹⁹¹ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 1^{er}.

²⁹⁹² *Ibid.*, articles 58 à 65.

²⁹⁹³ *Ibid.*, article 3.

²⁹⁹⁴ CSA, *Rapport d'activité*, 2004, p. 7.

²⁹⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁹⁶ CSA, *Rapport d'activité*, 2007, pp. 45-47.

²⁹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 51-52.

²⁹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 45-47 et s.

En effet, les dispositifs juridiques mis en œuvre par le CSA sont désormais proches de ceux des autres autorités de régulation, qu'il s'agisse de la délivrance des autorisations d'occupation du spectre hertzien²⁹⁹⁹, de l'obligation de regroupement des opérateurs dans le cadre de l'attribution des fréquences afin de favoriser le passage au numérique³⁰⁰⁰, du pouvoir d'émettre des recommandations afin de permettre le développement de la concurrence³⁰⁰¹, du pouvoir d'avis et de saisine en matière de contrôle des concentrations³⁰⁰², et enfin, du pouvoir de règlement de litiges entre les éditeurs de services et les distributeurs destiné notamment à sanctionner le droit d'accès des premiers aux réseaux des seconds³⁰⁰³, qualifié de « *nouvel outil de régulation* » économique faisant appel à l'« *expertise économique du Conseil* »³⁰⁰⁴.

En somme, le CSA s'éloigne de la police pour se rapprocher de la régulation en ce que la mission de promotion de l'efficacité économique, qui le caractérise dès le départ³⁰⁰⁵, fait aujourd'hui l'objet d'un très grand renforcement.

1134. D'autre part, le CSA exerce un grand nombre de missions relevant de l'exécution de politiques publiques, détaillées par l'article 1^{er} de la loi de 1986³⁰⁰⁶. Ainsi, la régulation de l'audiovisuel se distingue de la police en ce qu'elle poursuit des objectifs qui vont au-delà du maintien de la liberté de communication.

Ceux-ci intègrent en effet la diversité culturelle et le pluralisme, considérés comme des objectifs fondamentaux de la régulation³⁰⁰⁷ justifiant le renforcement de la « *régulation économique* » du secteur audiovisuel³⁰⁰⁸. Le CSA doit également prendre en compte le service public, la protection de l'enfance, la lutte contre les discriminations, etc., autant d'objectifs considérés comme relevant d'une régulation sociale mise en œuvre par le Conseil³⁰⁰⁹. En somme, l'action du CSA se distingue effectivement de la police au regard de la variété d'objectifs pris en compte, la protection de la liberté étant intégrée, mais également dépassée, par cette régulation.

1135. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que le choix de la qualification de régulation apparaît justifiée au regard du droit positif. Celui-ci, en effet, relève bien de la recherche d'un équilibre entre l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques. C'est ce que viennent confirmer les doctrines universitaires et institutionnelles.

²⁹⁹⁹ Loi n°86-1067 précitée, articles 21 et 22.

³⁰⁰⁰ *Ibid.*, article 25.

³⁰⁰¹ *Ibid.*, article 17.

³⁰⁰² *Ibid.*

³⁰⁰³ Loi n°86-1067 précitée, article 17-1.

³⁰⁰⁴ CSA, *Rapport d'activité*, 2007, pp. 26-27 et p. 46.

³⁰⁰⁵ REGOURD S., *Droit de la communication audiovisuelle*, Paris, 2001, PUF, « Droit », pp. 133-180.

³⁰⁰⁶ Loi n°86-1067 précitée, article 1^{er}.

³⁰⁰⁷ CSA, *Rapport d'activité*, 2002, p. 26 et p. 156.

³⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 157.

³⁰⁰⁹ CSA, *Rapport d'activité*, 2008, p. 22.

ii. La confirmation doctrinale de la pertinence de la définition matérielle proposée

1136. En ce qui la concerne, la doctrine met de plus en plus l'accent sur la mission de conciliation entre des impératifs économiques et non économiques pour justifier l'utilisation du terme de régulation à propos du CSA.

C'est d'abord le cas de la doctrine universitaire, qui considère que la régulation du CSA se caractérise précisément par cette recherche d'équilibre entre des impératifs économiques et des impératifs non économiques³⁰¹⁰. La doctrine considère alors qu'il existe un ordre public audiovisuel³⁰¹¹, le meilleur moyen de mettre en œuvre celui-ci étant la fonction de régulation³⁰¹².

C'est également le cas de la doctrine du CSA, qui considère que la loi tend à « *confier à une seule instance une mission de régulation globale du secteur, portant de manière équilibrée et indissociable sur les aspects techniques, éditorial et culturel, et économique et financier* »³⁰¹³, et qu'il « *mène de front une régulation à la fois technologique, sociale et culturelle, économique* »³⁰¹⁴.

Or, ces conceptualisations confirment la définition matérielle de la régulation résultant de l'analyse néo-institutionnelle du droit, en tant que celle-ci conçoit la régulation comme la mise en œuvre d'un ordre public économique ayant pour objet l'instauration d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques.

1137. En définitive, la définition matérielle de la régulation proposée ici se trouve confirmée déductivement par son application aux secteurs traditionnellement qualifiés de secteurs régulés, comme le secteur financier et le secteur de l'audiovisuel. Ceci démontre donc sa vocation à la généralisation. Celle-ci peut par ailleurs être confirmée s'agissant des secteurs faisant nouvellement l'objet d'une régulation.

B. Vérification de la définition matérielle de la régulation dans les secteurs nouvellement régulés

1138. Le modèle de l'analyse néo-institutionnelle du droit trouve également à s'appliquer s'agissant des secteurs qui font l'objet d'une régulation récente. Certes, la logique de la régulation n'est pas parfaitement appliquée sur tous les points dans l'ensemble de ces textes, mais ceci est dû aux hésitations et incohérences du droit positif et non à la cohérence de la définition proposée, et en toute hypothèse, n'empêche pas de démontrer que cette dernière se trouve vérifiée positive-

³⁰¹⁰ DEBBASCH C., « La régulation de l'audiovisuel », in C. Debbasch, C. Gueydan (dirs), *La régulation de la liberté de la communication audiovisuelle*, Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, p. 13 ; Adde MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, pp. 33-34.

³⁰¹¹ CLUZEL J., « L'audiovisuel et l'ordre public » in R. Polin (dir.), *L'ordre public*, Paris, PUF, 1996, pp. 67-83.

³⁰¹² *Ibid.*, p. 80.

³⁰¹³ CSA, *Rapport d'activité*, 2000, pp. 45-46.

³⁰¹⁴ CSA, *Rapport d'activité*, 2007, p. 24 ; Adde CSA, *Rapport d'activité*, 2008, p. 21.

ment, s'agissant de l'installation d'un certain nombre d'autorités de régulation nouvelles (1), autant que négativement, concernant un certain nombre d'autorités nouvellement mises en place mais n'ayant pas été qualifiées d'autorités de régulation (2).

1. Vérification positive de la définition matérielle de la régulation dans les secteurs nouvellement régulés

1139. La définition matérielle de la régulation proposée par l'analyse néo-institutionnelle du droit trouve d'abord une confirmation attendue dans les secteurs nouvellement régulés. Il en est ainsi de la régulation des activités ferroviaires (a) et de la régulation des jeux en ligne (b).

a. Vérification de la définition matérielle de la régulation dans la régulation des activités ferroviaires

1140. C'est à propos de la nouvelle régulation du transport ferroviaire que l'extension du modèle néo-institutionnel aux nouveaux secteurs régulés est la plus aisée dans la mesure où il s'agit ici d'une industrie de réseau en voie d'ouverture à la concurrence³⁰¹⁵. Ce secteur est explicitement considéré comme un secteur régulé (i) ce que justifie son idée d'œuvre tel que celle-ci résulte du droit positif (ii).

i. La qualification de régulation des activités ferroviaires

1141. Le secteur des activités ferroviaires est désormais un secteur régulé, la loi elle-même utilisant la qualification de régulation. Ainsi, la loi du 8 décembre 2009, aujourd'hui largement abrogée par une ordonnance d'octobre 2010 relative à la partie législative du Code des transports la reprenant³⁰¹⁶, était relative à l'organisation et à la « régulation » des transports ferroviaires³⁰¹⁷. Elle contenait un titre III, intitulé « de la régulation des activités ferroviaires », qui avait pour objet de décrire l'organisation et les missions de l'« autorité de régulation des activités ferroviaires »³⁰¹⁸.

Cette régulation est désormais codifiée dans le Code des transports³⁰¹⁹, selon lequel compte parmi les outils de la politique globale des transports³⁰²⁰, et aux fins de mettre en œuvre une concurrence loyale et non discriminatoire, la mise en œuvre des « outils de régulation nécessaires »,

³⁰¹⁵ V., pour un résumé du processus d'ouverture à la concurrence, PEYLET R., « La nouvelle régulation ferroviaire. À propos de la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 », *RJEP*, n°672, février 2010, pp. 3-7.

³⁰¹⁶ Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports.

³⁰¹⁷ Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

³⁰¹⁸ Loi n° 2009-1503 précitée, articles 11 et s.

³⁰¹⁹ Code des transports, articles L. 2131-1 et s.

³⁰²⁰ *Ibid.*, article L. 1211-1.

sans préciser cependant en quoi ils consistent³⁰²¹. Toutefois, ceux-ci visent sans doute les outils mis en œuvre par l'ARAF dans la mesure où le terme de régulation n'est utilisé dans le Code des transports que pour la désigner³⁰²².

La régulation désigne donc dans le secteur ferroviaire l'action mise en œuvre par l'autorité de régulation afin d'ouvrir à la concurrence ce secteur. Cependant, la gamme de ses missions est en réalité plus large et celles-ci viennent confirmer la définition matérielle de la régulation tel que proposé par l'analyse néo-institutionnelle du droit.

ii. La confirmation de la définition matérielle proposée par l'analyse néo-institutionnelle du droit

1142. Selon la loi, l'ARAF « *concourt au bon fonctionnement du service public et des activités concurrentielles de transport ferroviaire, au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire* »³⁰²³. Or, une telle mission correspond à l'idée d'œuvre de la régulation dans l'ensemble de ses éléments.

1143. Du point de vue économique, la régulation a donc pour objet de veiller au bon fonctionnement des activités concurrentielles de transport ferroviaire³⁰²⁴. Pour ce faire, elle a vocation à garantir l'accès au réseau³⁰²⁵, tout en s'assurant, et l'on trouve ici une analyse tout à fait intéressante en termes de spécificité d'actifs, de la « *cohérence* » des dispositions économiques, contractuelles, techniques, et juridiques, dans le cadre du droit d'accès³⁰²⁶.

Ainsi, si la concurrence reste l'objet principal de l'ARAF, il ne fait guère de doutes, notamment au regard des spécificités d'actifs qui grèvent le secteur des chemins de fer, que la régulation des activités ferroviaires connaîtra le même processus de coévolution du droit et de l'économie que les autres secteurs d'industries de réseau, et qu'ainsi la concurrence apparaîtra seulement comme un moyen parmi d'autres d'atteindre l'objectif d'efficacité économique.

1144. Du point de vue non économique, la régulation ferroviaire a pour objet la mise en œuvre de la politique publique des transports décidée par les pouvoirs publics³⁰²⁷. Ainsi, du point de vue du service public, l'autorité peut protéger les contrats de service public³⁰²⁸, surveiller les tarifs des entreprises de service public qui n'ont pas été mises en concurrence³⁰²⁹, etc.

Ainsi, si les missions de l'ARAF, du point de vue de la mise en œuvre des politiques publiques, sont pour l'instant réduites au service public, il ne fait guère de doute que celles-ci sont

³⁰²¹ Code des transports, article L. 2111-3.

³⁰²² *Ibid.*, par exemple articles L. 2121-12, L. 2123-6, L. 2133-1, etc.

³⁰²³ *Ibid.*, article L. 2131-1.

³⁰²⁴ *Ibid.*

³⁰²⁵ *Ibid.*, articles L. 2131-3 et L. 2131-7.

³⁰²⁶ *Ibid.*, article L. 2131-5.

³⁰²⁷ *Ibid.*, articles L. 2111-1 et L. 2111-3.

³⁰²⁸ *Ibid.*, article L. 2133-1.

³⁰²⁹ *Ibid.*, article L. 2133-7.

destinées à évoluer dans le même sens que l'ARCEP ou la CRE, concernant la prise en compte de l'investissement ou de la protection des consommateurs.

1145. En somme, le droit de la régulation des activités ferroviaires vient confirmer la pertinence du critère matériel proposé ci-dessus, d'autant qu'il s'agit ici de la régulation d'une industrie de réseau. Il sera sans doute particulièrement intéressant de suivre, en cette matière, la coévolution du droit matériel de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle.

b. Vérification de la définition matérielle de la régulation par la régulation des jeux en ligne

1146. La régulation des jeux en ligne est apparue récemment à la suite de l'ouverture à la concurrence de ce secteur et fait l'objet d'une qualification explicite de secteur régulé (i). Cette nouvelle régulation vient confirmer la pertinence du critère matériel proposé ci-dessus, même si, à ce stade de l'ouverture du marché, celle-ci s'apparente encore assez largement à une police (ii).

i. La qualification de régulation des jeux en ligne

1147. Le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne a été récemment ouvert à la concurrence et à la régulation comme l'indique le titre même de la loi du 12 mai 2010³⁰³⁰. Ce texte fait référence à la politique de l'État en matière de jeu d'argent et de hasard, qui a pour objet d'encadrer et de limiter l'offre de ce type de jeux³⁰³¹, au sein de laquelle on trouve la mise en place d'un comité consultatif placé auprès du Premier ministre qui a notamment pour mission « *d'assurer la cohérence de la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard au regard des objectifs généraux* » de la loi³⁰³², sans que la loi ne précise de quels types de dispositifs il s'agit.

Cependant, il s'agit sans doute d'une référence aux dispositifs mis en œuvre par l'autorité de régulation des jeux en ligne, instituée par cette loi sous la forme d'une autorité administrative indépendante³⁰³³. En effet, les autres articles de cette loi n'utilisent le terme de régulation que pour désigner l'ARJEL³⁰³⁴. Or, cette qualification peut être justifiée au regard de la définition néo-institutionnelle du critère matériel de la régulation.

³⁰³⁰ Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

³⁰³¹ *Ibid.*, article 3.I.

³⁰³² *Ibid.*, article 3.III.

³⁰³³ *Ibid.*, article 34.

³⁰³⁴ *Ibid.*, par exemple articles 12, 15, 16, 17, 20, etc.

ii. La confirmation de la définition matérielle proposée par l'analyse néo-institutionnelle du droit

1148. La régulation des jeux d'argent et de hasard vient confirmer la définition de la régulation retenue précédemment, tant du point de vue économique que non économique.

D'une part, celle-ci a pour objet de permettre l'ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, ainsi que l'indique le titre même de la loi. Or, en premier lieu, l'ouverture à la concurrence de ce secteur peut être motivée par des considérations tenant à la réalisation du marché intérieur, la jurisprudence européenne considérant la réglementation des jeux de hasard comme une restriction aux libertés de circulation des marchandises et des services ainsi qu'à la liberté d'établissement, même si un certain nombre de dérogations à ces principes, pouvant même aller jusqu'à l'acceptation d'un monopole, peuvent être justifiées pour des motifs d'ordre public dans certains cas³⁰³⁵. En second lieu, l'ouverture à la concurrence³⁰³⁶ peut être motivée pour des raisons d'efficacité économique au-delà de la mise en place d'un régime de concurrence. Ainsi, l'un des objectifs de la politique des jeux consiste, selon la loi, à veiller au développement équilibré et équitable des différents types de jeu, aux fins d'éviter que les filières économiques concernées ne soient déstabilisées³⁰³⁷. Par ailleurs, l'ARJEL est chargée de rendre possible l'exercice de la concurrence en délivrant les agréments nécessaires à l'exercice de cette activité commerciale³⁰³⁸, la délivrance de ceux-ci ne pouvant être refusée que pour les motifs prévus par la loi³⁰³⁹. Or, ces agréments sont considérés par la loi comme autant de droits exclusifs délivrés par l'État³⁰⁴⁰. Une telle structure peut faire l'objet d'une analyse en termes de droit de propriété, au sens de la coévolution entre le droit et l'économie néo-institutionnelle, plutôt qu'en termes de concurrence, celle-ci ne justifiant pas l'existence d'autorisations préalables.

D'autre part, la régulation des jeux en ligne, et il s'agit là de son objet principal selon la loi, a pour objet de veiller au respect des objectifs de la politique des jeux, de surveiller les opérations de jeux, de participer à la lutte contre les sites illégaux et contre la fraude, etc.³⁰⁴¹. Cela conduit cette autorité à avoir pour objectifs principaux la prévention du jeu excessif ou pathologique, la protection des mineurs, la garantie de l'intégrité, la fiabilité et la transparence du jeu, etc.³⁰⁴². Or, le

³⁰³⁵ *V.*, pour un résumé de la jurisprudence en droit de l'Union européenne BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., note sous CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, Affaires jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *AJDA*, 2007, pp. 1122-1123 ; *Adde* LE ROY M., note sous CJCE, 8 novembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd c / Departamento de jogos da Santa Casa*, *AJDA*, 2009, pp. 2184-2187.

³⁰³⁶ Loi n° 2010-476 précitée, article 39. S'il est fait référence à la concurrence dans le titre de la loi, il n'y est fait référence dans le corps de la loi que dans l'article 39 concernant les cas où l'ARJEL devrait renvoyer à l'autorité de la concurrence les pratiques entrant dans le champ de ses compétences.

³⁰³⁷ *Ibid.*, article 3.I. 4°.

³⁰³⁸ *Ibid.*, articles 21.I et 34.II.

³⁰³⁹ *Ibid.*, article 21.II.

³⁰⁴⁰ *Ibid.*, article 3.II.

³⁰⁴¹ *Ibid.*, article 34.I.

³⁰⁴² *Ibid.*, article 3.I.

renvoi à la politique publique des jeux et la volonté de protéger les consommateurs et les populations vulnérables démontrent bien le rôle de cette autorité dans l'exécution de politiques publiques, ce qui relève de l'idée d'œuvre de la régulation.

En somme, il est possible de considérer que le secteur des jeux en ligne relève bien de l'idée d'œuvre de la régulation au regard de la double recherche de l'efficacité économique et de la réalisation de politiques publiques.

1149. Toutefois, force est de constater que la régulation des jeux en ligne est une forme de régulation particulièrement proche de la police, comme le montre l'article 1^{er} de la loi qui fait référence aux « enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé et des mineurs »³⁰⁴³ ou encore à la volonté de prévenir les activités frauduleuses ou criminelles, le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme, etc.³⁰⁴⁴. En outre, s'il a été considéré que ce secteur relevait de la régulation et qu'il a été mis en place une autorité administrative indépendante, c'est sans doute au regard de la nécessité de séparer l'activité de délivrance des autorisations et l'action gouvernementale, beaucoup d'entreprises de pari continuant d'appartenir à l'État³⁰⁴⁵.

Dès lors, eu égard à la faible intensité de la promotion de la concurrence et de l'efficacité économique vis-à-vis des mécanismes de protection de l'ordre public, et plus généralement au regard du régime juridique posé par la loi, la question se pose de savoir s'il ne faudrait pas davantage considérer cette régulation comme une forme de police. La décision du Conseil constitutionnel relative à la loi sur la régulation des jeux en ligne semble aller dans ce sens. En effet, le Conseil considère que la loi opère une conciliation, non manifestement déséquilibrée, « entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public », par l'intermédiaire d'une loi « créant une offre légale sous le contrôle de l'État », contrôle qui se manifeste par l'existence d'un agrément préalable, par la mise en œuvre d'un contrôle par l'ARJEL des opérateurs de jeux, par la mise en place de dispositifs visant à prévenir l'accoutumance et à protéger les publics vulnérables, et enfin par une restriction des jeux ouverts à la concurrence³⁰⁴⁶. La logique mise en œuvre semble donc relever encore assez largement de la fonction classique de police.

En réalité, tout dépendra de l'évolution du droit positif selon que l'objectif de promotion de l'efficacité économique et plus généralement l'intensité du marché se développeront, ou non, face aux limitations à l'exercice de l'activité économique imposée par les pouvoirs publics. Pour le moment, la régulation des jeux en ligne est surtout potentielle, mais il n'est pas du tout exclu que celle-ci devienne réelle en accompagnant le développement de ce marché.

³⁰⁴³ Loi n° 2010-476 précitée, article 1.

³⁰⁴⁴ *Ibid.*, article 3.I.

³⁰⁴⁵ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.*

³⁰⁴⁶ Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, considérant n° 24.

1150. En définitive, il résulte des éléments précédents que la définition matérielle proposée par l'analyse néo-institutionnelle du droit est confirmée dans le cadre des secteurs nouvellement régulés, ce qui prouve sa capacité à la généralisation et sa résistance aux situations nouvelles.

En outre, cette définition matérielle se trouve confirmée négativement, concernant les secteurs qui n'ont finalement pas été appréhendés en termes de régulation. Ceci permet ainsi de démontrer que la régulation présente un champ précis car déterminé.

2. Vérification négative de la définition matérielle de la régulation dans les cas limites non qualifiés de régulation

1151. De nouvelles autorités indépendantes ont été créés récemment dans des secteurs proches des secteurs régulés sans pour autant qu'elles ne soient qualifiées d'autorités de régulation. Or, il est possible de trouver dans ce phénomène une confirmation négative de la définition de la régulation proposée, tant en ce qui concerne la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (a) qu'en ce qui concerne l'Autorité de contrôle prudentiel (b).

a. Vérification négative par l'absence de régulation du marché de la diffusion des œuvres sur internet

1152. La Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet a été créée afin de remplacer une autorité qui avait été qualifiée par la loi d'autorité de régulation, l'autorité de régulation des mesures techniques (i). La mission de régulation des mesures techniques se trouve depuis intégrée à un ensemble plus vaste de missions de l'HADOPI, dont l'objet se rapproche davantage de celui de la police, ce qui semble expliquer que le terme de régulation n'ait pas été choisi (ii).

i. L'ancienne autorité de régulation des mesures techniques

1153. Avant la création par une loi de 2009 de l'HADOPI³⁰⁴⁷, existait depuis 2006 une autorité qualifiée d'autorité de régulation, l'autorité de régulation des mesures techniques, l'ARMT³⁰⁴⁸.

Celle-ci était une autorité administrative indépendante qui avait pour mission, selon la loi, la protection des droits d'auteur et la conciliation de celle-ci avec les droits des tiers³⁰⁴⁹. L'autorité de régulation devait en effet exercer deux types de mission relevant de finalités différentes³⁰⁵⁰ qui étaient d'une part la protection des exceptions au droit d'auteur pour des raisons d'intérêt géné-

³⁰⁴⁷ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, article 18.III. V., désormais Code de la propriété intellectuelle, articles L. 331-12 et s.

³⁰⁴⁸ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

³⁰⁴⁹ Code de la propriété intellectuelle, anciens articles L. 331-6 et L. 331-17.

³⁰⁵⁰ ARMT (Autorité de régulation des mesures techniques), *Rapport annuel*, 2008, p. 31.

ral³⁰⁵¹ et d'autre part la protection des droits d'auteur et la garantie de l'interopérabilité des services³⁰⁵² notamment par le biais d'un pouvoir de règlement de différends³⁰⁵³, aux fins d'éviter des limitations supplémentaires non prévues par les titulaires des droits³⁰⁵⁴.

Or, pour l'autorité, cette mission relevait bien d'une mission de « *veille et de régulation* »³⁰⁵⁵, en ce qu'elle consistait à mettre en œuvre la « *traditionnelle balance des intérêts qui caractérise depuis l'origine la notion de droit d'auteur* », l'autorité de régulation étant alors la garante de ce « *délicat équilibre* »³⁰⁵⁶. Ainsi, dans son effort de conceptualisation de sa mission, l'ARMT mettait en avant l'idée d'équilibre entre les différents intérêts à l'œuvre dans ce secteur, d'une part la protection de l'intérêt général et d'autre part la garantie du bon fonctionnement général du secteur, sans doute dans un but, *in fine*, d'efficacité. Or, une telle conceptualisation se rapproche de la définition matérielle de la régulation proposée.

Cependant, l'ARMT a été supprimée, sans qu'ait pour autant été remise en cause la fonction de régulation des mesures techniques, puisque cette dernière est désormais exercée, parmi d'autres, par l'HADOPI, qui n'a toutefois pas été qualifiée d'autorité de régulation.

ii. La substitution de la police de l'internet à la régulation des mesures techniques

1154. La loi de 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet a transformé l'ARMT en Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, l'HADOPI, et ce, selon l'exposé des motifs de la loi, afin de mieux rendre compte de ses nouvelles compétences³⁰⁵⁷.

Cette autorité, qui est une autorité publique indépendante disposant donc de la personnalité morale³⁰⁵⁸, est désormais en charge de trois missions différentes. La première est une mission d'encouragement au développement de l'offre légale, et d'observation de l'utilisation licite, et surtout illicite, des œuvres obtenues sur internet³⁰⁵⁹. La seconde est une mission de protection de ces œuvres et des droits d'auteurs y afférant³⁰⁶⁰. La troisième, enfin, est la reprise de l'ancienne mission de l'ARMT c'est-à-dire la « *mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin* »³⁰⁶¹.

³⁰⁵¹ ARMT, *Rapport annuel*, 2008, pp. 31-35.

³⁰⁵² Code de la propriété intellectuelle, ancien article L. 331-5.

³⁰⁵³ *Ibid.*, ancien article L. 331-7.

³⁰⁵⁴ ARMT, *Rapport annuel*, 2008, p. 31.

³⁰⁵⁵ *Ibid.*, pp. 2-3.

³⁰⁵⁶ *Ibid.*

³⁰⁵⁷ Loi n° 2009-669 précitée, exposé des motifs.

³⁰⁵⁸ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-12.

³⁰⁵⁹ *Ibid.*, article L. 331-13 1°.

³⁰⁶⁰ *Ibid.*, article L. 331-13 2°.

³⁰⁶¹ *Ibid.*, article L. 331-13 3°.

Ainsi, les missions de l'HADOPI sont plus larges que celles de l'ARMT. Or, il apparaît que les missions ne relevant pas de la régulation des mesures techniques sont des missions relevant plus simplement de la police administrative. Ainsi l'HADOPI doit surveiller les méthodes de téléchargement illicite et proposer des solutions pour y remédier au titre de sa mission d'observation³⁰⁶², et enjoindre les auteurs d'infractions à la loi de cesser leur manquement au titre de sa mission de protection des droits³⁰⁶³. La mission de régulation des mesures techniques n'est plus qu'une mission secondaire de l'HADOPI³⁰⁶⁴.

Dès lors, la création de l'HADOPI peut être interprétée comme confirmant négativement la définition matérielle de la régulation proposée ci-dessus. En effet, la mission de régulation des mesures techniques, conforme au concept de régulation retenu ici, n'est plus centrale au regard des nouvelles compétences de l'HADOPI qui s'analysent davantage en termes de police, ce qui explique sans doute que l'HADOPI n'ait pas été qualifiée d'autorité de régulation au contraire de l'ARAF ou de l'ARJEL également nouvellement créées. C'est en tout cas le sens de l'exposé des motifs de la loi selon lequel la qualification de Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet rend mieux compte des missions de l'autorité³⁰⁶⁵.

En somme, la substitution de l'HADOPI à l'ARMT vient donc confirmer négativement la pertinence de la définition matérielle de la régulation retenue. Il en est de même s'agissant de la création de l'Autorité de contrôle prudentiel, la nouvelle ACP.

b. Vérification négative par l'absence de régulation prudentielle

1155. Une nouvelle autorité née de la fusion de la Commission bancaire et de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles a été créée récemment, l'Autorité de contrôle prudentiel, dite ACP (i). Cette autorité n'a pas été qualifiée d'autorité de régulation, ce qui peut être expliqué au regard de ses compétences qui relèvent essentiellement de l'exercice d'une mission de police et non d'une mission de régulation (ii).

i. La création de l'Autorité de contrôle prudentiel

1156. La crise financière mondiale a accéléré les projets de fusion de la Commission bancaire et de l'Autorité de contrôle des assurances et de mutuelle, l'ACAM, dont la réalisation était depuis longtemps préconisée³⁰⁶⁶. A ainsi été créée, par une loi d'octobre 2010 relative à la régulation ban-

³⁰⁶² Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-23.

³⁰⁶³ *Ibid.*, article L. 331-25.

³⁰⁶⁴ *Ibid.*, articles L. 331-31 à L. 331-37.

³⁰⁶⁵ *Ibid.*, exposé des motifs de la loi.

³⁰⁶⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », *op. cit.*, pp. 58-59 ; Adde REYNIER H., « Le cas de l'Autorité de régulation des marchés financiers », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, p. 96 ; Adde STOUFFLET J., « Rôles normatif et de surveillance de la Commission bancaire », in B. Bouloc (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 27-31.

caire et financière³⁰⁶⁷, l'Autorité de contrôle prudentiel³⁰⁶⁸, dite ACP.

La doctrine s'était précédemment posé la question de savoir si l'ACAM ne pouvait pas se voir qualifiée d'autorité de régulation. En effet, dans un arrêt rendu en 2007, le Conseil d'État avait apprécié de manière souple l'intérêt à agir des requérants contre les décisions de l'ACAM en considérant, s'agissant d'une « *autorité administrative indépendante qui dispose en vertu de la loi d'un pouvoir de sanction* », que cette autorité devait prendre en compte « *l'ensemble des intérêts généraux dont elle a la charge* », et que les pouvoirs de sanction dont elle disposait avaient « *pour principal objet de garantir, dans l'intérêt notamment des assurés, la sécurité du marché des produits d'assurance* »³⁰⁶⁹. Cette motivation spécifique, entraînant un régime particulier en termes de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, a conduit une certaine partie de la doctrine à voir dans cet arrêt l'émergence d'une catégorie juridique d'autorité de régulation³⁰⁷⁰. On peut cependant noter que le Conseil d'État a préféré ne pas utiliser le terme de régulation ici, à la différence notable de sa jurisprudence relative à l'autorité des marchés financiers³⁰⁷¹, de sorte que le doute concernant la qualification exacte de la mission prise en charge par cette autorité pouvait subsister.

Or, il apparaît significatif de souligner que, quoique mise en œuvre par une loi relative à la régulation bancaire et financière, cette autorité n'a pas été qualifiée d'autorité de régulation, alors que l'Autorité des marchés financiers est régulièrement qualifiée d'autorité de régulation³⁰⁷². Or, ceci peut s'expliquer au regard du critère matériel de la régulation proposé par l'analyse néo-institutionnelle du droit. En effet, la mission et les compétences de l'ACP en font pour le moment une autorité de police.

ii. L'exercice actuel d'une mission de police

1157. En vertu de la loi, l'autorité de contrôle prudentiel est une autorité administrative indépendante qui « *veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle* »³⁰⁷³. C'est donc bien une mission de contrôle qui est exercée par l'ACP, et celle-ci a une vocation exclusive. De ce point de vue, la fonction de l'ACP relève plus de la police que de l'exercice de la régulation, comme le confirme l'examen plus détaillé de ses compétences.

L'autorité est ainsi chargée d'accorder les demandes d'autorisations ou de dérogations

³⁰⁶⁷ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

³⁰⁶⁸ C. Mon. Fin., article L. 612-1.I.

³⁰⁶⁹ Arrêt du Conseil d'État, Section du contentieux, du 30 novembre 2007, *Tinez et autres*, n°293952, Publié au recueil Lebon.

³⁰⁷⁰ COLLET M., *Autorités de régulation économique : l'émergence d'une catégorie nouvelle ?*, note sous CE, Section du contentieux, du 30 novembre 2007, *Tinez et a.*, n°293952, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, n°651, mars 2008, pp. 11-14.

³⁰⁷¹ Cf. *Supra*.

³⁰⁷² Cf. *Supra*.

³⁰⁷³ C. Mon. Fin., article L. 612-1.I.

individuelles, de prendre les décisions relatives aux personnes placées sous son contrôle³⁰⁷⁴, d'exercer une surveillance permanente de leur situation financière³⁰⁷⁵, et de veiller au respect des règles destinées à protéger leur clientèle³⁰⁷⁶. Pour ce faire, elle dispose d'un pouvoir de contrôle, du pouvoir de prendre des mesures de police administrative et d'un pouvoir de sanction³⁰⁷⁷, les mesures de police administrative désignant ici de manière étroite les mesures préventives pouvant intervenir avant la prise de sanction aux fins éventuellement de les éviter³⁰⁷⁸.

Ainsi, les missions de cette autorité relèvent bien de la police, en ce qu'elles ont pour objet de limiter la liberté des opérateurs économiques afin de s'assurer du maintien de l'ordre public, et ne relèvent pas de la régulation, dans la mesure où cette autorité n'a aucune compétence pour organiser le fonctionnement du marché et promouvoir l'efficacité économique. Cela justifie donc que cette autorité soit qualifiée d'autorité de contrôle prudentiel et non pas de régulation. Ce constat vient donc confirmer négativement la pertinence de la définition matérielle de la régulation que nous avons proposée.

1158. Cependant, il n'est pas impossible que l'Autorité de contrôle prudentiel évolue progressivement vers une mission de régulation, dans l'hypothèse où ses compétences s'étendraient et qu'elle ne serait plus seulement en charge d'une mission de contrôle mais également d'une mission d'organisation et de promotion de l'efficacité économique dans ce secteur, à l'image de l'AMF. Ce n'est pas pour le moment le choix qui a été fait par les pouvoirs publics, qui ont préféré mettre en place un contrôle limité de la puissance publique sur ces marchés.

1159. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que le critère de la régulation qui a été induit des données résultant de la coévolution entre le droit et la théorie économique trouve une confirmation dans son application déductive aux autres secteurs qualifiés de secteurs régulés, permettant ainsi de couvrir l'ensemble des champs entrant dans la régulation.

Enfin, ce critère peut trouver à s'appliquer concernant le droit de la concurrence qui, au regard de son importance dans le débat doctrinal relatif à la régulation, mérite de faire l'objet d'un traitement spécifique. Son étude conduit à un résultat nuancé s'agissant de sa qualification de secteur régulé. De ce point de vue, il apparaît que le droit de la concurrence s'éloigne de la police pour se rapprocher toujours davantage de la régulation.

§2. Application de la définition matérielle de la régulation au droit de la concurrence

³⁰⁷⁴ C. Mon. Fin., article L. 612-1. II 1°.

³⁰⁷⁵ *Ibid.*, article L. 612-1. II 2°.

³⁰⁷⁶ *Ibid.*, article L. 612-1. II 3°.

³⁰⁷⁷ *Ibid.*, article L. 612-1. II, dernier alinéa.

³⁰⁷⁸ *Ibid.*, articles L. 612-30 à L. 612-37.

1160. La question de savoir si la mission de l'Autorité de la concurrence doit être considérée comme relevant de la régulation est une question très importante qui divise la doctrine universitaire concernant la définition de la régulation, mais celle-ci semble désormais tranchée en faveur de la qualification de régulation par le droit positif et la doctrine institutionnelle (1). L'analyse néo-institutionnelle de la régulation permet de comprendre et de justifier cette qualification, en démontrant que le droit de la concurrence se situe aujourd'hui dans un entre-deux, ne relevant plus de la fonction sociale de la police et se rapprochant toujours davantage de la fonction sociale de la régulation, cette évolution n'étant sans doute pas achevée (2).

A. La qualification du droit de la concurrence de régulation

1161. Si la qualification du droit de la concurrence de régulation continue de diviser la doctrine universitaire (1), la doctrine institutionnelle et le droit positif semblent avoir tranché en faveur d'une telle qualification (2).

1. Le débat universitaire relatif à la qualification de régulation concurrentielle

1162. La qualification du droit de la concurrence de régulation divise la doctrine universitaire et n'a pas à ce jour trouvé de réponse définitive, ce qui s'oppose encore à l'élaboration d'une définition de la régulation. Une première partie de la doctrine se prononce en faveur de cette qualification (a) tandis qu'une seconde s'y oppose (b).

a. Les doctrines favorables à la qualification de régulation

1163. Pour une grande partie de la doctrine, le droit de la concurrence relève d'une forme de régulation³⁰⁷⁹, que l'on qualifie parfois de régulation « générale » par opposition à « spéciale » ou « sectorielle »³⁰⁸⁰, ou de régulation « horizontale » par opposition à « verticale »³⁰⁸¹. Cette doctrine semble aujourd'hui majoritaire.

³⁰⁷⁹ *V.*, parmi de nombreux autres exemples, FICHER C., « De la régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », *LPA*, 17 octobre 2003, n° 208, pp. 3-7 ; *Adde* GOSSET-GRAINVILLE A., « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, p. 151 ; *Adde* CHEVALLIER J., « État et Ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 63.

³⁰⁸⁰ *V.*, parmi de nombreux autres exemples COLSON L.-P., *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 2001, 3^{ème} Ed., pp. 518-519 ; *Adde* FARJAT G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 135 ; *Adde* POÉSY R., « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 347 ; *Adde* NICINSKI S., « L'Autorité de la concurrence », *RFDA*, 2009, p. 1239.

³⁰⁸¹ *V.*, parmi de nombreux autres exemples TRUCHET D., *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 363-364 ; *Adde* BOY L., « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *JCP G*, pp. 1733-1738 ; *Adde* GALLOT J., « Qu'est-ce que la régulation ? Contribution pour une définition », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n°119, 2001, pp. 5-6 ; *Adde* DELION A., « Notion de régulation et droit de l'économie », *op. cit.*, p. 22.

Cependant, elle pêche en ce qu'elle ne prend pas la peine de définir précisément ce qu'elle entend par régulation et donc de justifier pourquoi elle soutient que cette qualification peut s'appliquer au droit de la concurrence. Or, cela pose d'autant plus de problèmes qu'un certain nombre des plus grands spécialistes du droit de la régulation considèrent au contraire que le droit de la concurrence n'en relève pas.

b. Les doctrines défavorables à la qualification de régulation

1164. Pour l'autre partie de la doctrine, le droit de la concurrence ne relève pas du droit de la régulation. Cette opinion est fondée sur des arguments différents selon les auteurs.

1165. D'une part, la plupart des auteurs distinguent régulation et droit de la concurrence sur le fondement de la distinction entre régulation *ex ante* et régulation *ex post*. Sans qu'il soit ici nécessaire de revenir sur ces éléments, on peut rappeler que ces auteurs se fondent sur les différences de finalité du droit de la concurrence et de régulation sectorielle d'une part, qui est dans le premier cas de maintenir la concurrence en l'état et dans le second cas de construire un nouveau marché³⁰⁸², et sur les différences de régimes, concernant leurs aspects temporels et méthodologiques respectifs, d'autre part³⁰⁸³.

En somme, cette position fonde la distinction entre le droit de la concurrence et la régulation sur une réception explicite ou implicite du modèle de la théorie de l'économie des réseaux, ainsi qu'il a été précédemment démontré³⁰⁸⁴. Une autre partie de la doctrine fonde cependant son argumentation sur d'autres arguments.

1166. D'autre part, une position plus originale, et qui pose plus de difficultés au regard du droit positif, est parfois défendue. Ainsi, Gérard Marcou fonde la distinction entre la régulation et le droit de la concurrence sur la différence d'objectifs poursuivis. Pour cet auteur, en effet, le droit de la concurrence ne relève pas de la régulation mais bien de la police économique dans la mesure

³⁰⁸² V., parmi de nombreux autres exemples FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *article précité*, pp. 610-616 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, pp. 3-7 ; *Adde* COHEN-TANUGI L., « L'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence », LPA, 10 juillet 1998, n°82, p. 26 ; *Adde* BAZEX M., « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 119, 2001, pp. 37-44.

³⁰⁸³ V., parmi de nombreux autres exemples FRISON-ROCHE M.-A., « Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *op. cit.*, p. 38 ; *Adde* CREMER J., « Le retour à la régulation ordinaire au sortir de la crise », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2005, p. 60 ; *Adde* CRAMPES C., « Les outils des régulations économiques *ex ante* et *ex post* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 130 ; *Adde* NOGUELLOU R., « Le Conseil d'État du 27 avril 2009, *Société Bouygues Télécom* et du 24 juillet 2009, *Société Orange France et Société française de radiotéléphonie* », RDP, 3-2010, pp. 836-837.

³⁰⁸⁴ Cf. *Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.*

où il a pour objet de protéger les libertés commerciales³⁰⁸⁵ et non de trouver un équilibre entre des impératifs économiques et non économiques³⁰⁸⁶.

1167. En somme, il existe un débat universitaire important s'agissant de la qualification du droit de la concurrence de régulation, qui n'a pas encore été résolu. Cependant, cette controverse semble tranchée par l'Autorité de la concurrence, qui se prononce en faveur de la qualification de régulation, et plus encore par le droit positif, qui a à plusieurs reprises qualifié le Conseil de la concurrence d'autorité de régulation.

2. Un débat tranché en faveur de la qualification de régulation

1168. Il semble que la qualification de régulation de l'activité mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence tende aujourd'hui à s'imposer. En effet, celle-ci est aujourd'hui acquise dans la doctrine institutionnelle (a). En outre, elle semble désormais consacrée en droit positif, notamment par la Cour d'appel de Paris (b).

a. La qualification de régulation dans la doctrine institutionnelle

1169. La qualification d'autorité de régulation pour désigner le Conseil de la concurrence puis l'Autorité de la concurrence semble aujourd'hui s'imposer d'abord par le biais de la doctrine institutionnelle de l'Autorité de la concurrence elle-même. D'abord hésitante à adopter cette qualification (i), l'Autorité de la concurrence l'utilise désormais de manière systématique (ii).

i. Les hésitations initiales du Conseil de la concurrence

1170. Le Conseil de la concurrence a d'abord hésité à utiliser la qualification de régulation. Sa doctrine se caractérisait donc par une grande fluctuation.

En 1997, en plus de désigner les « *régulations sectorielles* » et notamment l'autorité de régulation des télécommunications de l'époque, le Conseil de la concurrence a qualifié les autorités en charge du droit de la concurrence d'« *autorités de régulation du marché* »³⁰⁸⁷. Cette formulation était cependant unique dans ce rapport. Le rapport de 1998 est un peu différent. Il réitère la qualification de régulation à propos du Conseil de la concurrence³⁰⁸⁸, mais utilise également le terme de régulation pour désigner d'autres autorités comme Aéroports de Paris, chargée de la « *surveillance et de la régulation des trafics* »³⁰⁸⁹, ou pour désigner une « *décision de régulation ministérielle* »³⁰⁹⁰. À ce stade,

³⁰⁸⁵ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 96.

³⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 90.

³⁰⁸⁷ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport d'activité*, 1997, deuxième partie, chapitre 2, C.

³⁰⁸⁸ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport d'activité*, 1998, p. 40.

³⁰⁸⁹ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport d'activité*, 1998, pp. 14-15.

³⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 78.

l'utilisation par le Conseil de la concurrence de la qualification de régulation ne semble donc pas stabilisée.

Par la suite, la doctrine du Conseil de la concurrence va se révéler particulièrement instable. Le rapport de 1999 marque un certain recul, dans la mesure où l'on trouve opposés le droit de la concurrence et la régulation, laissant entendre que la dernière n'englobe pas le premier³⁰⁹¹. Le rapport de 2000 est allé dans le même sens³⁰⁹². Au contraire, en 2001, les références à la régulation pour qualifier le droit de la concurrence se multiplient par le biais de formulations comme la « *régulation concurrentielle des marchés* »³⁰⁹³, la « *régulation de la concurrence* »³⁰⁹⁴, ou encore la « *régulation des marchés* »³⁰⁹⁵. Néanmoins, le rapport de 2002 marque un nouveau recul de cette qualification, dans la mesure où celle-ci n'est utilisée que pour désigner l'action du Conseil de la concurrence dans les communications électroniques lorsque celui-ci se substitue à l'ART dans la mise en œuvre d'un droit d'accès au réseau³⁰⁹⁶, tendance que l'on pourra retrouver partiellement dans le rapport de 2004³⁰⁹⁷.

La doctrine du Conseil de la concurrence a donc été particulièrement hésitante de 1997 à 2002. Cependant, à partir de 2003, la qualification de régulation va se stabiliser.

ii. Une doctrine désormais établie de l'Autorité de la concurrence

1171. La qualification de régulation est reprise de façon systématique à partir du rapport de 2003, qui utilise le concept de « *régulation concurrentielle* »³⁰⁹⁸. Surtout, par un avis rendu au cours de cette année à propos d'un projet de loi relatif aux communications électroniques, le Conseil de la concurrence se qualifia lui-même, et de manière significative, de « *régulateur de droit commun* »³⁰⁹⁹.

Une telle conceptualisation sera confirmée par la suite. Dans son rapport de 2004, le Conseil considéra que le droit de la concurrence vise « *la défense d'un ordre public économique et la régulation du marché* »³¹⁰⁰. Le rapport de 2005 confirma cette doctrine en visant « *la mission de régulation des autorités de marchés* »³¹⁰¹ et le « *pouvoir de régulation des marchés* »³¹⁰² du Conseil de la concurrence, tan-

³⁰⁹¹ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport d'activité*, 1999, p. 104.

³⁰⁹² CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport d'activité*, 2000, pp. 9-10.

³⁰⁹³ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2001, p. 109.

³⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 112.

³⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 118.

³⁰⁹⁶ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2002, pp. 75-77.

³⁰⁹⁷ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2004, p. 40. En effet, le rapport de 2004 fait référence à la « *régulation ex post* » pour l'opposer à la « *régulation ex ante* », le mot régulation *ex ante* étant utilisé pour désigner l'action mise en œuvre à travers la théorie des facilités essentielles (p. 152).

³⁰⁹⁸ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2003, p. 4.

³⁰⁹⁹ Avis n° 03-A-07 du Conseil de la concurrence du 21 mai 2003 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication et de la ministre déléguée à l'industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques, § 9.

³¹⁰⁰ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2004, p. 175.

³¹⁰¹ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2005, p. 107.

³¹⁰² *Ibid.*, p. 143.

dis que ses outils sont qualifiés d' « *outils de régulation* »³¹⁰³. Le rapport de 2006 va dans le même sens puisque le Conseil se qualifie de « *régulateur de la concurrence sur le marché* »³¹⁰⁴ et qualifie sa mission de « *régulation de la concurrence* »³¹⁰⁵.

Le rapport de 2007 poursuit et approfondit ce mouvement en faisant référence aux « *impératifs d'une régulation moderne de la concurrence* »³¹⁰⁶, à « *notre système de régulation de la concurrence* »³¹⁰⁷, ainsi qu'à la « *mission transversale de régulation concurrentielle* »³¹⁰⁸, entre autres³¹⁰⁹. Il faut noter cependant, mais cela ne fait pas obstacle à ce stade à la qualification d'autorité de régulation du Conseil de la concurrence, que le terme de régulation apparaît également souvent pour qualifier l'action des pouvoirs publics en général³¹¹⁰.

Enfin, le rapport de 2008, marqué par l'apparition de la nouvelle autorité de la concurrence, constitue sans doute la consécration de cette qualification puisque le terme de régulation est désormais utilisé de manière systématique pour désigner la régulation de la concurrence³¹¹¹. Le rapport publié de 2009³¹¹² et, en dernière analyse, celui de 2010³¹¹³, confirment cette assertion.

Ainsi, il apparaît que la doctrine institutionnelle de l'autorité s'est clairement prononcée en faveur de la qualification de régulation. En outre, et surtout, le droit positif lui-même a adopté cette qualification, ce qui doit conduire à la retenir.

b. La qualification de régulation en droit positif

1172. La qualification de régulation pour désigner le droit de la concurrence semble aujourd'hui s'imposer du fait que, non seulement déjà majoritaire en doctrine, elle a été reconnue par le droit positif. Il semble donc qu'il faille la retenir.

En effet, dès 1998, la Cour d'Appel de Paris a qualifié le Conseil de la concurrence de « *régulateur du marché* »³¹¹⁴. Cette jurisprudence a été confirmée en 2006 puisque la Cour d'Appel a estimé que « *les autorités de régulation, seules, ont la charge* » de la « *défense d'un ordre public économique* » en visant notamment le Conseil de la concurrence³¹¹⁵. Le Conseil ne manqua d'ailleurs pas par la suite, dans ses rapports, de se prévaloir de cette jurisprudence pour se prévaloir de sa qualité

³¹⁰³ *Ibid.*, p. 144.

³¹⁰⁴ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2006, p. 3.

³¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 5.

³¹⁰⁶ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2007, p. 3.

³¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 6.

³¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 7.

³¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 70, 73, 121, etc.

³¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 132, 194, 235, 278, etc. *Cf. Infra*.

³¹¹¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2008, pp. 1, 7, 9, 10, 11, 12, 14, etc.

³¹¹² AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, pp. 1, 3, 4, 89, etc.

³¹¹³ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2010, pp. 1, 2, 3, 33, 69, 76, 102, etc.

³¹¹⁴ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 septembre 1998 relatif au recours formés par les sociétés Coca-Cola Entreprise, Orangina France et Igloo Post Mix.

³¹¹⁵ Arrêt de la cour d'appel de Paris *Société ILLAD* du 21 mars 2006 précité.

d'autorité de régulation³¹¹⁶.

Enfin, cette qualification a trouvé une consécration certaine dans l'ordonnance adoptée suite à la loi de modernisation de l'économie³¹¹⁷ intitulée ordonnance « *portant modernisation de la régulation de la concurrence* »³¹¹⁸. La qualification de régulation semble donc bien définitivement actée s'agissant du droit de la concurrence.

1173. En définitive, il semble que la qualification du droit de la concurrence de régulation s'impose, malgré les opinions doctrinales s'opposant à cette qualification. Or, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet d'expliquer et de justifier ce recours au concept juridique de régulation, même si celle-ci conduit à des résultats nuancés. Cependant, c'est finalement moins le cadre théorique qui se trouve ici interrogé que le choix, pour l'instant imparfaitement déterminé, de la conception que la société retient du but de la concurrence et de son droit, qui s'est éloigné de la police pour rejoindre progressivement la régulation.

B. L'applicabilité de la définition matérielle de la régulation à la dynamique du droit de la concurrence

1174. Le recours à l'analyse néo-institutionnelle du droit matériel de la régulation trouve dans le débat relatif à la qualification du droit de la concurrence une nouvelle preuve de sa pertinence. En effet, cette méthode permet de démontrer que la dynamique de l'évolution du droit de la concurrence conduit celui-ci à relever toujours plus avant du concept juridique de régulation (1) ce qui justifie que celui-ci admette le même critère que les autres autorités de régulation, l'ordre public économique, ici l'ordre public concurrentiel (2).

1. Le concept de régulation de la concurrence

1175. L'analyse néo-institutionnelle permet de résoudre le débat doctrinal relatif à la qualification du droit de la concurrence de régulation. Elle permet en effet de répondre aux auteurs qui s'opposent à une telle qualification, que ceux-ci s'appuient sur la distinction entre les régulations *ex ante* et *ex post* (a) ou que ceux-ci s'appuient sur la distinction entre police et régulation pour qualifier le droit de la concurrence de police (b).

a. La réfutation de la doctrine opposant les régulations *ex ante* et *ex post*

³¹¹⁶ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2006, p. 339.

³¹¹⁷ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

³¹¹⁸ Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

1176. Sans qu'il soit besoin ici de revenir sur ces éléments, il a été largement démontré, négativement comme positivement, qu'il n'était pas pertinent de distinguer, directement ou indirectement, explicitement ou implicitement, le droit de la concurrence et la régulation sur le fondement de la distinction entre régulation *ex ante* et régulation *ex post*. Si cette distinction peut être valable pour désigner des différences dans les procédures mises en œuvre et certaines caractéristiques respectives des autorités de régulation sectorielle et de l'Autorité de concurrence, elle ne saurait être capable de rendre compte d'une opposition de nature entre elles³¹¹⁹.

Dès lors, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de démontrer qu'il n'est pas possible de rejeter la qualification de régulation de la concurrence sur ce fondement. En outre, elle permet de démontrer que le droit de la concurrence relève de moins en moins de la fonction sociale de la police pour rejoindre celle de régulation.

b. La réfutation de la doctrine qualifiant le droit de la concurrence de police

1177. Concernant la distinction entre le droit de la concurrence et la régulation, Gérard Marcou défend une position plus originale, dans la mesure où il considère que le droit de la concurrence relève de la police et non de la régulation, en ce qu'il a pour objet que de protéger les libertés économiques et non de concilier des impératifs économiques et non économiques³¹²⁰.

Or, force est de constater que cet argument est très fort, le Conseil ayant lui-même longtemps considéré n'être en charge que d'une régulation strictement économique le distinguant des autorités de régulation sectorielle³¹²¹.

Néanmoins, il est possible de démontrer que la façon d'aborder le droit de la concurrence connaît actuellement une évolution profonde qui ne cesse de l'éloigner du concept de police pour le rapprocher du concept de régulation. D'une part, l'objectif du droit de la concurrence est désormais la promotion de l'efficacité économique et non la seule limitation des libertés économiques (i). D'autre part, le droit de la concurrence intègre toujours davantage des objectifs de politique publique, même si la promotion de ceux-ci est sans doute plus résiduelle en droit de la concurrence que dans les autres secteurs régulés (ii).

i. La substitution de la promotion de l'efficacité économique au contrôle des abus de libertés économiques

³¹¹⁹ Cf. *Supra* et *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2*.

³¹²⁰ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 90 et p. 96.

³¹²¹ Cons. Conc., Avis n°03-A-07 précité, § 6.

1178. Si le droit de la concurrence pouvait valablement être interprété dans le passé comme une police économique dans le sens où, en contrôlant les abus de marché, il se contentait de limiter les abus de libertés économiques³¹²², tel n'est plus le cas aujourd'hui.

En effet, le rôle du Conseil de la concurrence ne cesse d'évoluer et de s'étendre de sorte que son rôle n'est plus seulement de contrôler les abus de liberté économique, voire même de s'assurer du respect de la concurrence. Il va désormais beaucoup plus loin, le Conseil de la concurrence considérant explicitement que son rôle est de « *garantir le fonctionnement efficace des marchés* »³¹²³, c'est-à-dire, en reprenant d'ailleurs à son compte un article de doctrine³¹²⁴, que « *la régulation à laquelle il participe et l'efficacité économique qu'il vise est celle permettant d'atteindre le maximum de bien-être du consommateur, ou, plus précisément, de son surplus* »³¹²⁵. La référence à l'« *efficacité économique* » est ainsi régulièrement rappelée par l'Autorité de concurrence³¹²⁶. L'action de celle-ci s'éloigne donc d'une intervention négative uniquement destinée à préserver les libertés économiques, au profit d'une action positive en faveur de l'efficacité économique.

1179. Ainsi, en ce qui concerne la sanction des abus de position dominante, la théorie des facilités essentielles et la sanction des pratiques de ciseau tarifaire n'ont pas pour seul objet de limiter l'abus de liberté, ou de protéger la concurrence. Il s'agit au contraire d'une pratique active ayant un objet structurant sur le marché et visant à l'efficacité économique³¹²⁷.

En outre, le Code de commerce prévoit désormais que l'interdiction des abus de position dominante et des ententes, cette dernière hypothèse étant également prévue en droit de l'Union européenne³¹²⁸, peut être levée dès lors que celles-ci permettent un « *progrès économique* »³¹²⁹, c'est-à-dire dans l'hypothèse où celles-ci apportent, comme l'a relevé l'Autorité de la concurrence, des « *gains d'efficacité économique* »³¹³⁰.

Cela est également significatif en matière de contrôle des concentrations, dans la mesure où la concentration doit être autorisée *a priori* par l'autorité de concurrence³¹³¹ et qu'elle peut l'être même si elle entraîne des effets anticoncurrentiels dès lors qu'elle apporte au progrès économique

³¹²² MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 91.

³¹²³ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2003, p. 79.

³¹²⁴ V., NASSE P., « L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, « Droit et économie », 2006, pp. 341-361.

³¹²⁵ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2005, p. 104.

³¹²⁶ V., récemment AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2008, pp. 1, 2, 27, 28, 251, etc. ; *Adde* AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, pp. 16, 44, 105, 117, etc. ; *Adde* AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2010, pp. 74, 90, 117, 119, 120, etc.

³¹²⁷ BOY L., « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *article précité*, pp. 1737-1738.

³¹²⁸ TFUE, article 101§3.

³¹²⁹ C. Com, article L. 420-4.I 2°.

³¹³⁰ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, p. 44.

³¹³¹ C. Com, article L. 430-4.

une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence³¹³², ce qui s'analyse également, comme l'a relevé l'Autorité, comme une question d'« efficacité économique »³¹³³.

1180. La régulation des industries de réseau est d'ailleurs un cas d'application tout à fait manifeste de cette évolution. Sans qu'il soit nécessaire de revenir de manière détaillée sur ces éléments, il apparaît très clairement que la mise en œuvre d'une régulation *ex ante* par l'autorité de concurrence, par l'intermédiaire de la théorie des facilités essentielles, de la sanction des pratiques de ciseau tarifaire, du contrôle des ententes ou du contrôle des concentrations, ainsi que la mise en œuvre pour ce faire de nouveaux outils, a très largement participé de cette évolution dans le cadre des communications électroniques³¹³⁴. Ce fut également le cas dans le secteur de l'électricité³¹³⁵ où, loin de se contenter de ne sanctionner que les abus de marché, l'autorité de concurrence a participé très activement à l'ouverture à la concurrence du secteur par l'intermédiaire du contrôle des concentrations et des abus de position dominante³¹³⁶.

Dès lors, il est tout à fait significatif de souligner que, plutôt qu'une évolution des autorités de régulation sectorielle vers les autorités de droit commun de la concurrence, on constate au contraire une évolution de l'Autorité de concurrence vers la forme de l'autorité de régulation sectorielle, produisant un mouvement finalement inverse à celui qui avait été prévu au départ³¹³⁷. L'autorité de la concurrence relève donc de la régulation du point de vue économique.

1181. En somme, le droit de la concurrence relève bien de la régulation d'abord en ce qu'il a pour objet de promouvoir l'efficacité économique. En outre, l'Autorité de la concurrence ne cesse de se rapprocher de la régulation en ce qu'elle tend toujours davantage à l'exécution de politiques publiques, même si cet aspect de la régulation concurrentielle est plus émergent.

ii. Le droit de la concurrence comme outil émergent de mise en œuvre de politiques publiques

³¹³² C. Com, article L. 430-6.

³¹³³ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, p. 16.

³¹³⁴ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2*.

³¹³⁵ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1*.

³¹³⁶ LEMAIRE C., « La protection de la concurrence (ententes, abus de position dominante, concentrations et aides d'État) », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 371-372 ; *Adde* SENAC DE MONSEMBERNARD M., « La Commission de Régulation de l'Énergie : la transition vers le marché ouvert de l'électricité », *Cahier de droit de l'entreprise, JCP Entreprises et affaires*, n°3/2004, 2004, p. 17.

³¹³⁷ RAPP L., « Le droit de la concurrence dans le secteur des communications électroniques, entre modernité et modernisation », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, « Droit et économie », 2006, pp. 457-458 ; *Adde* GOSSET-GRAINVILLE A., « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », *op. cit.*, pp. 157-159.

1182. Certes, il est exact de noter que dans le cas du droit de la concurrence, les éléments concurrentiels restent marginaux par rapport aux éléments concurrentiels³¹³⁸. Cependant, la dynamique du droit positif est l'accroissement de la prise en charge, par le droit de la concurrence, d'éléments relevant de l'exécution de politiques publiques.

1183. En premier lieu, il est possible d'examiner d'abord le droit de la concurrence de l'Union européenne, et ce d'autant plus que les règles de coordination de la Commission européenne et de l'Autorité de concurrence conduisent à concevoir cette dernière comme une autorité « déconcentrée » davantage qu'une autorité « décentralisée » vis-à-vis des instances européennes³¹³⁹. Or, la poursuite de politiques publiques se manifeste dans le cadre du droit de la concurrence de l'Union européenne à plusieurs titres³¹⁴⁰. Ainsi, les auteurs communautaristes, et certains s'en émeuvent, admettent que le droit de la concurrence est aujourd'hui un instrument d'une politique de la concurrence qui est elle-même un instrument de politique publique³¹⁴¹.

Tout d'abord, les objectifs de politique publique sont présents dans le cadre du contrôle des ententes, dans lequel ils peuvent se manifester par les exemptions fondées sur la promotion du progrès technique et économique réservant une part de ses profits aux consommateurs³¹⁴². La nécessité de réserver une part du progrès économique aux consommateurs confine en effet à l'objectif de protection du consommateur et donc à la réalisation d'objectifs d'intérêt général³¹⁴³. En outre, certaines jurisprudences, dont la doctrine discute le caractère de principe ou le caractère exceptionnel³¹⁴⁴, ont pris en compte l'intérêt général afin de refuser la qualification d'entente³¹⁴⁵ ou d'accepter une dérogation au principe d'interdiction³¹⁴⁶.

Ensuite, l'intérêt général est également présent dans le contrôle des concentrations, celles-ci pouvant être autorisées si elles accroissent le bien-être des consommateurs³¹⁴⁷, tandis

³¹³⁸ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, p. 90 ; Adde M.-A. FRISON-ROCHE., « Définition du droit de la régulation économique », *op. cit.*, p. 7.

³¹³⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, p. 455.

³¹⁴⁰ MET-DOMESTICI A., *Le droit communautaire de la concurrence et l'intérêt général*, Thèse pour le doctorat en droit, 2004, Université Aix-Marseille III, pp. 15-16 ; Adde CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2006, p. 375.

³¹⁴¹ GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, Thessalonique, Athènes, Bruxelles, Éditions Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2010, pp. 921-950.

³¹⁴² TFUE, article 101§3.

³¹⁴³ MET-DOMESTICI A., *Le droit communautaire de la concurrence et l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 255 ; Adde DUBOUIS L., BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 5^{ème} Ed., 2009, p. 525.

³¹⁴⁴ MET-DOMESTICI A., *Le droit communautaire de la concurrence et l'intérêt général*, *op. cit.*, pp. 256-258. Pour cet auteur, il s'agit d'une solution de principe et non d'une position isolée.

³¹⁴⁵ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (sixième chambre) du 5 octobre 1995, *Centro Servizi Speditoporto Srl contre Spedizioni Marittima del Golfo Srl*, C-96/94 ; Adde Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (deuxième chambre) du 1er octobre 1998, *Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C. contre Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl*, C638/97.

³¹⁴⁶ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contre Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, C-309/99.

³¹⁴⁷ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03), § 76 à 88.

que la théorie de l'entreprise défaillante peut permettre de poursuivre indirectement des objectifs de politique économique³¹⁴⁸.

En outre, la mise en œuvre d'objectifs de politiques publiques et la poursuite de l'intérêt général sont réalisées par l'intermédiaire du SIEG qui permet, sans qu'il soit ici utile d'y revenir, des dérogations à l'application des règles de la concurrence lorsque celles-ci sont nécessaires à la réalisation d'une mission d'intérêt général³¹⁴⁹.

Enfin, l'intérêt général est également présent dans le cadre du contrôle des aides d'État puisque l'existence d'un service public permet à certaines conditions, soit d'échapper au régime des aides d'État³¹⁵⁰, soit de considérer des aides d'État compatibles avec le marché commun³¹⁵¹.

En définitive, en droit de l'Union européenne, le droit de la concurrence relève de la régulation en ce sens qu'il promeut l'efficacité économique mais dans le même temps cherche à concilier celle-ci avec la réalisation de politiques publiques. Ce rapport entre droit de la concurrence et politique industrielle n'en est qu'à ses balbutiements et seules les évolutions postérieures du droit positif permettront d'approfondir ce mouvement en faveur d'une véritable politique industrielle européenne³¹⁵².

1184. En second lieu, en droit interne, le droit de la concurrence évolue vers la prise en considération croissante d'objectifs non concurrentiels en tant que tels, et donc d'objectifs relevant de la mise en œuvre de politiques publiques.

À la différence du droit de l'Union européenne, la prise en compte de l'intérêt général dans le cadre du droit de la concurrence ne s'opère cependant ni par l'intermédiaire des SIEG, la légalité de ceux-ci étant en France jugée en principe par la juridiction administrative³¹⁵³, ni par l'intermédiaire du contrôle des concentrations, le ministre disposant désormais seul du pouvoir d'autoriser une concentration pour des motifs d'intérêt général par le biais d'un pouvoir d'évocation³¹⁵⁴. De ce point de vue, la moindre prise en compte des objectifs de politiques pu-

³¹⁴⁸ MET-DOMESTICI A., *Le droit communautaire de la concurrence et l'intérêt général*, op. cit., pp. 298-301.

³¹⁴⁹ V., par exemple DUBOUIS L., BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 613-624.

³¹⁵⁰ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, C-280/00.

³¹⁵¹ Décision 2005/842/CE de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ; *Adde* Décision sur l'encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public (2005/C 297/04).

³¹⁵² GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, op. cit., pp. 942-948.

³¹⁵³ En effet, dans la mesure où la qualification de service d'intérêt économique général résulte nécessairement d'un acte de la puissance publique présentant un caractère expresse (Arrêt de la Cour du 27 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*), l'appréciation de la légalité du service d'intérêt économique général reviendra, conformément aux règles de répartition du contentieux en droit français, au juge administratif et non à l'autorité de la concurrence (Tribunal des conflits, arrêt du 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris*, n°03174, publié au recueil Lebon).

³¹⁵⁴ C. Com. article L. 430-7-1, selon lequel le ministre dispose d'un pouvoir d'évocation lui permettant, de manière exclusive, d'autoriser une concentration sur le fondement de « motifs d'intérêt général », et « notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi ».

bliques dans le cadre du droit français résulte moins de la nature même du droit de la concurrence que de caractéristiques spécifiques au système juridique français. Néanmoins, différentes hypothèses permettent de mettre en œuvre des politiques publiques dans le cadre du droit de la concurrence français.

Tout d'abord, l'Autorité de la concurrence tend à accepter l'existence de pratiques anticoncurrentielles sur le fondement de l'intérêt général, concernant notamment les codes de déontologie de certaines professions, reprenant ainsi les solutions du droit communautaire³¹⁵⁵.

Ensuite, certains accords ou catégories d'accords ayant des effets anticoncurrentiels peuvent être acceptés, depuis l'adoption de la loi de modernisation de l'économie, lorsqu'ils ont pour objet « *d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites* », par décret pris après avis conforme de l'autorité de la concurrence³¹⁵⁶, ce qui constitue un objectif de politique publique.

Enfin, et surtout, le Code de commerce prévoit depuis l'adoption de la loi de modernisation de l'économie une nouvelle exception au principe d'interdiction des ententes et des abus de position dominante³¹⁵⁷, visant l'hypothèse où les auteurs de pratiques anticoncurrentielles « *peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* »³¹⁵⁸. Ainsi, loin de ne pas prendre en compte les impératifs d'intérêt général, la loi prévoit désormais, au contraire, une exception générale aux interdictions des pratiques anticoncurrentielles sur le fondement d'un progrès de type économique mais également de type social, en ce qu'il vise la création ou le maintien d'emplois et la protection du consommateur.

En définitive, il apparaît que quoique de façon minoritaire, le droit de la concurrence intègre en son sein des problématiques relevant de l'exécution de politiques publiques.

1185. D'ailleurs, cette évolution du rôle de l'Autorité de la concurrence a conduit celle-ci à réaliser un changement significatif dans sa doctrine. En effet, elle ne se considère plus aujourd'hui comme un simple gardien de la concurrence mais bien comme un acteur ayant pour vocation de mettre en œuvre une véritable politique de la concurrence. Ainsi, l'autorité de la concurrence a considéré en 2008, suite à la réforme de la régulation de la concurrence opérée par la loi de modernisation de l'économie, qu' « *il ne lui revient (...) pas uniquement d'appliquer le droit de la concurrence, mais également, et de plus en plus, de définir une vraie politique de la concurrence. Cela implique que l'Autorité devra déterminer la stratégie, le calendrier et les projets à accomplir en priorité pour atteindre les objectifs fixés par*

³¹⁵⁵ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2008, p. 137.

³¹⁵⁶ C. Com, article L. 420-4.

³¹⁵⁷ *Ibid.*, articles L. 420-1 et L. 420-2.

³¹⁵⁸ *Ibid.*, article L. 420-4, I, 2°.

la réforme »³¹⁵⁹. L'Autorité de la concurrence est donc bien en train de se transformer pour prendre une nouvelle dimension, une dimension matérielle de régulation de la concurrence.

1186. Ainsi, en définitive, la qualification de régulation de l'Autorité de la concurrence semble justifiée dans la mesure où le rôle de celle-ci évolue d'une fonction de police, c'est-à-dire de gardien de l'abus de libertés économiques, à une fonction de régulation, c'est à une fonction visant à l'instauration d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques. Cette transformation de la fonction sociale du droit de la concurrence se traduit d'ailleurs, conformément aux principes de l'analyse néo-institutionnelle du droit, par une évolution des aspects organiques et formels de la régulation concurrentielle dans le sens d'un rapprochement avec la régulation sectorielle³¹⁶⁰.

Dès lors, il est justifié que le droit de la concurrence connaisse le même critère matériel que la régulation sectorielle, c'est à dire la mise en œuvre d'un ordre public économique, conformément à la définition matérielle de la régulation de l'analyse néo-institutionnelle du droit.

2. Le critère matériel de la régulation concurrentielle

1187. Répond enfin au concept de régulation de la concurrence le critère matériel de la mise en œuvre d'un ordre public économique commun à toutes les régulations (a), qui a été conceptualisé par la doctrine sous le terme d'ordre public concurrentiel, conduisant celle-ci à admettre la qualification de régulation de la concurrence au sens de l'analyse néo-institutionnelle du droit (b).

a. L'ordre public économique, critère matériel de la régulation concurrentielle

1188. L'ordre public économique peut être considéré comme le critère matériel de la régulation concurrentielle en vertu du droit positif (i), confirmé et systématisé postérieurement par la doctrine institutionnelle (ii).

i. La consécration de l'ordre public économique comme critère matériel de la régulation concurrentielle en droit positif

1189. Le critère de l'ordre public économique a d'abord été consacré par le droit positif lui-même. En 1996, la Cour d'Appel de Paris qualifiait déjà les injonctions prononcées par le Conseil de la concurrence de « *prérogatives de puissance publique lui permettant de faire prévaloir une mesure de rétablissement de l'ordre public économique sur des dispositions contractuelles* »³¹⁶¹. Mais c'est surtout à partir de

³¹⁵⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2008, pp. 1-2.

³¹⁶⁰ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2*.

³¹⁶¹ CA Paris, 10 septembre 1996, société méditerranéenne de béton. *V.*, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2007, p. 87.

1997 que de véritables efforts de conceptualisation du droit de la concurrence en termes d'ordre public économique ont été réalisés en droit positif.

Ainsi, dans une décision rendue à la fin de l'année 1997, le Conseil se qualifia lui-même d'« *autorité administrative indépendante chargée de la protection de l'ordre public économique* »³¹⁶². L'utilisation de la notion d'ordre public économique sera confirmée à de nombreuses reprises par le Conseil, sans qu'il soit nécessaire ici de multiplier les exemples³¹⁶³.

Par ailleurs, cette qualification a été confirmée par la Cour d'Appel de Paris. À l'instar du Conseil et de l'Autorité de la concurrence, la Cour d'Appel de Paris utilise souvent la dénomination d'ordre public économique pour qualifier le droit de la concurrence³¹⁶⁴. Cependant, de façon plus significative, la Cour d'Appel de Paris a explicitement rattaché à la défense de l'ordre public économique la notion de régulation, considérant que le Conseil de la concurrence est un « *organisme qui remplit une mission ayant pour finalité la défense d'un ordre public économique (...)* » qui « *sanctionne les pratiques anticoncurrentielles dont le Conseil, régulateur du marché, a pu établir l'existence* »³¹⁶⁵. Le rapport ainsi établi par la Cour d'Appel de Paris entre ordre public économique et régulation fut confirmé par une décision du Conseil de 2005 selon laquelle la constatation et la sanction de pratiques anticoncurrentielles sont « *effectuées pour la défense d'un ordre public économique et la régulation du marché* »³¹⁶⁶. Le rapport entre régulation et ordre public économique a enfin été repris dans un arrêt de 2006 selon lequel « *les autorités de régulation, seules, ont la charge* » de la « *défense d'un ordre public économique* », visant le Conseil de la concurrence³¹⁶⁷.

En somme, le lien entre régulation et ordre public économique est établi par le droit positif. En outre, une telle consécration de la notion d'ordre public économique et son rattachement à la régulation a été confirmée par la doctrine institutionnelle de l'Autorité.

ii. La confirmation du critère de l'ordre public économique dans la doctrine institutionnelle

³¹⁶² Décision n° 97-D-75 du Conseil de la concurrence du 21 octobre 1997 relative à une saisine du Syndicat national des discothèques et divers, p. 3.

³¹⁶³ Décision n° 01-D-30 du Conseil de la concurrence du 22 mai 2001 relative à la qualification AP-MIS délivrée aux entreprises assurant l'installation et la maintenance de systèmes de détection incendie, p. 7 ; *Adde* Décision n° 05-D-19 du Conseil de la concurrence du 12 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A 84, dite "Route des Estuaires", dans le département de la Manche, § 69 et 72 ; *Adde* Décision n° 05-D-72 du Conseil de la concurrence du 20 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments, § 216 ; *Adde* Décision n° 06-D-24 du Conseil de la concurrence du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, § 100.

³¹⁶⁴ *V.*, récemment par exemple CA Paris, 19 janvier 2010, *Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes* ; *Adde* CA Paris, 16 septembre 2010, *Raffalli & Cie. V.*, AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2010, pp. 404 et 460.

³¹⁶⁵ CA Paris, *Coca-Cola Entreprise, Orangina France et Igloo Post Mix*, du 8 septembre 1998 précité.

³¹⁶⁶ Décision n° 05-D-42 du Conseil de la concurrence du 19 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services télématiques relatifs aux résultats ou aux corrigés d'examen, § 35 et 36.

³¹⁶⁷ CA Paris, *Société ILLAD*, du 21 mars 2006, précité.

1190. Dans la doctrine institutionnelle, le recours à la notion d'ordre public économique par le Conseil a été confirmé systématiquement à partir du rapport de 2002³¹⁶⁸, celui-ci faisant notamment référence à la « *mission de prévention attribuée au Conseil chargé d'assurer la défense d'un ordre public économique* »³¹⁶⁹. L'adoption d'un tel critère a par la suite été réitérée, comme le démontrent les rapports de 2003³¹⁷⁰, de 2004³¹⁷¹, où est utilisée notamment l'expression intéressante selon laquelle le « *droit de la concurrence protège, [...] l'intérêt général des marchés et vise à garantir l'ordre public économique ainsi qu'un fonctionnement concurrentiel du marché* »³¹⁷², ou encore de 2005³¹⁷³. Le rapport de 2006 confirme les rapports précédents³¹⁷⁴ et qualifie dès l'éditorial le Conseil de « *garant de l'ordre public économique* »³¹⁷⁵. Le rapport de 2007 vient ensuite confirmer les rapports précédents³¹⁷⁶.

Ces solutions ont été confirmées à la suite du changement de statut du Conseil de la concurrence. Ainsi, le rapport de 2008, premier rapport de l'Autorité de la concurrence, confirme les solutions précédentes³¹⁷⁷, mais surtout qualifie l'Autorité de la concurrence de « *clé de voûte de l'ordre public économique, comme l'était déjà le Conseil* »³¹⁷⁸. Le rapport de 2009 va dans le même sens puisqu'il considère notamment qu'« *en tant que manifestation de l'ordre public économique, le droit de la concurrence poursuit un objectif de défense de l'intérêt général* »³¹⁷⁹. Le critère de l'ordre public économique est donc régulièrement utilisé par l'Autorité de la concurrence pour désigner son action.

En outre, le rapport direct entre régulation et ordre public économique est également confirmé dans la doctrine du Conseil, celui-ci considérant qu'il a été mis en place « *pour la défense d'un ordre public économique et la régulation du marché* »³¹⁸⁰. Récemment, dans son rapport de 2009, l'Autorité de la concurrence a en outre estimé que « *[d]estinées à défendre l'ordre public économique, les décisions des autorités de concurrence répondent à une logique de régulation ou de sanction* »³¹⁸¹. Le lien est donc établi entre le concept juridique de régulation et la notion juridique d'ordre public économique.

1191. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que la définition matérielle de la régulation proposée par l'analyse néo-institutionnelle du droit permet d'expliquer et de justifier la qualification du droit de la concurrence de régulation concurrentielle, et de lui attribuer, conformément au droit positif et à la doctrine institutionnelle, le critère matériel notionnel

³¹⁶⁸ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2002, p. 118 et p. 232.

³¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 245.

³¹⁷⁰ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2003, pp. 74, 283 et 298.

³¹⁷¹ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2004, pp. 148, 196 et 245.

³¹⁷² *Ibid.*, p. 113.

³¹⁷³ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2005, pp. 30, 100, 102, 132, 290.

³¹⁷⁴ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2006, pp. 26, 287, 298.

³¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 6.

³¹⁷⁶ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2007, pp. 45, 67, 87, 241, 262.

³¹⁷⁷ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2008, pp. 193, 260, 278, 518.

³¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 10.

³¹⁷⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, p. 59.

³¹⁸⁰ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2004, p. 175 ; *Adde* CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2005, p. 198.

³¹⁸¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, p. 80.

de l'ordre public économique.

Enfin, on peut noter que l'on rejoint ici la doctrine qui a développé à propos du droit de la concurrence le concept d'ordre concurrentiel, qui permet également de rattacher le droit de la concurrence à la qualification de régulation au sens de l'analyse néo-institutionnelle du droit.

b. L'ordre concurrentiel, ordre public économique de la régulation concurrentielle

1192. La doctrine confirme en effet l'existence d'un ordre public de la concurrence³¹⁸², conçu comme une sous-catégorie de la notion plus générale d'ordre public économique³¹⁸³. C'est l'école du droit économique, et notamment Antoine Pirovano³¹⁸⁴, qui a conceptualisé l'existence d'un ordre public concurrentiel³¹⁸⁵, surtout, d'ailleurs, pour dénoncer son expansion au détriment de l'intérêt général³¹⁸⁶. Or, le concept d'ordre concurrentiel répond au concept d'ordre public économique au sens de l'analyse néo-institutionnelle du droit.

D'une part, l'ordre concurrentiel est un ordre public de direction qui a notamment pour objet la recherche de l'efficacité économique³¹⁸⁷ et également, derrière cet objectif, l'achèvement du marché commun³¹⁸⁸. Dès lors, il ne s'agit pas ici de mettre en œuvre une police, mais bien une véritable politique de concurrence, car de nombreux aspects de la concurrence relèvent d'une volonté politique³¹⁸⁹.

³¹⁸² TERRÉ F., « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 4 ; *Adde* RACINE J.-B., « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 432-433 ; *Adde* BOY L., « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 36.

³¹⁸³ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, pp. 88-89 et pp. 98-99 ; *Adde* FARJAT G., *Pour un droit économique, op. cit.*, pp. 121-122.

³¹⁸⁴ PIROVANO A., « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », in R. Charvin et A. Guesmi (dirs.), *L'Algérie en mutation : les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, Paris, L'Harmattan, 2001, pp. 129-142.

³¹⁸⁵ BOY L., « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », *op. cit.*, p. 23 ; *Adde* ULLRICH H., « L'ordre concurrentiel : rapport de synthèse ou "Variations sur un thème de Nice" », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 663 ; *Adde* SERRA Y., « Non-concurrence et ordre concurrentiel ou la non-concurrence au service de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 579-586 ; *Adde* RIEM F., « Droits de la concurrence et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 518.

³¹⁸⁶ FARJAT G., « L'ordre concurrentiel et la formation des hommes », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 361-369 ; *Adde* QUIOT G., « Ordre concurrentiel et Service Public », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 73-108 ; *Adde* RACINE J.-B., « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 419-449.

³¹⁸⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 278 ; *Adde* LEITAO MARQUES M., « L'accès aux marchés non réglementés et l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 551.

³¹⁸⁸ AZOULAY L., « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 279-281 ; *Adde* ULLRICH H., « L'ordre concurrentiel : rapport de synthèse ou «Variations sur un thème de Nice» », *op. cit.*, p. 672.

³¹⁸⁹ FARJAT G., *Pour un droit économique, op. cit.*, pp. 125-126 et pp. 135-137 ; *Adde* ULLRICH H., « L'ordre concurrentiel : rapport de synthèse ou «Variations sur un thème de Nice» », *op. cit.*, pp. 670-673 ; *Adde* RIEM F., « Droits de la concurrence et ordre concurrentiel », *op. cit.*, p. 660.

D'autre part, l'ordre concurrentiel est également un ordre public de protection en ce qu'il est nécessaire de concilier l'efficacité économique avec des objectifs d'intérêt général³¹⁹⁰ comme l'environnement³¹⁹¹, le service public³¹⁹², ou encore les droits de l'homme³¹⁹³.

En somme, l'ordre public concurrentiel répond à la définition de l'ordre public économique et à l'idée d'œuvre de la régulation, d'autant qu'il permet l'interdisciplinarité entre droit et économie en droit de la concurrence³¹⁹⁴. Le concept d'ordre concurrentiel permet alors de considérer que le droit de la concurrence est progressivement devenu un droit de la régulation³¹⁹⁵, dans le sens du résultat obtenu par l'analyse néo-institutionnelle du droit.

³¹⁹⁰ BOY L., « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », *op. cit.*, pp. 40-41 et pp. 47-50 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », *op. cit.*, pp. 227-232 ; *Adde* RIEM F., « Droits de la concurrence et ordre concurrentiel », *op. cit.*, pp. 645-648.

³¹⁹¹ AZOULAY L., « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », *op. cit.*, p. 295 ; *Adde* MARTIN G., « L'ordre concurrentiel et la protection de l'environnement », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 471-481.

³¹⁹² AZOULAY L., « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », *op. cit.*, pp. 296-298 ; *Adde* ULLRICH H., « L'ordre concurrentiel : rapport de synthèse ou «Variations sur un thème de Nice» », *op. cit.*, pp. 680-681 ; *Adde* QUIOT G., « Ordre concurrentiel et Service Public », *op. cit.*, pp. 75-89 et pp. 99-108.

³¹⁹³ RACINE J.-B., « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 439-448.

³¹⁹⁴ WITTERWULGHE R., « Réflexions à propos de la décentralisation du droit de la concurrence communautaire », in C. Nourissat, R. Witterwulghe, *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 3-20 ; *Adde* KIRAT T., « L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 339-349 ; *Adde* RAINELLI M., « L'ordre concurrentiel : approche d'un économiste », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 13-22.

³¹⁹⁵ FARJAT G., *Pour un droit économique*, *op. cit.*, pp. 135-136 ; *Adde* ULLRICH H., « L'ordre concurrentiel : rapport de synthèse ou «Variations sur un thème de Nice» », *op. cit.*, p. 685 ; *Adde* BOY L., « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », *op. cit.*, pp. 53-56 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », *op. cit.*, p. 232 ; *Adde* AZOULAY L., « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », *op. cit.*, pp. 306-307 ; *Adde* CHEVALLIER J., « État et Ordre concurrentiel », *op. cit.*, p. 63.

Conclusion du Chapitre 2nd

1193. Sur la base des données juridiques résultant de la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle, l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation permet de proposer une définition matérielle de la régulation juridique. Pour ce faire, il a été procédé en deux temps, de manière inductive d'abord et de manière déductive ensuite, suivant le raisonnement utilisé classiquement par la doctrine pour élaborer des catégories juridiques.

En premier lieu, l'analyse a induit des éléments de droit résultant de la coévolution entre le droit et l'économie néo-institutionnelle l'idée d'œuvre de l'institution juridique de régulation, c'est-à-dire le concept juridique de régulation. Les définitions de la régulation les plus pertinentes sont alors celles qui conçoivent la régulation comme une fonction ayant pour objet la recherche d'un équilibre entre des impératifs économiques et non économiques, doctrines que l'on peut améliorer en proposant de définir le concept de régulation comme *la fonction ayant pour objet d'instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. Une fois le concept de régulation déterminé, l'étude a procédé à sa réintégration au sein du droit administratif français en opérant sa traduction en termes notionnels, par le biais des notions de *fonction administrative* et d'*ordre public économique*. L'ensemble conduit alors à définir la régulation matériellement comme *la fonction administrative ayant pour objet la mise en œuvre d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*.

En second lieu, l'analyse a démontré la vocation à la généralisation d'une telle définition de la régulation en vérifiant déductivement sa pertinence concernant les autres secteurs régulés. Or, cette définition apparaît pertinente tant en ce qui concerne la régulation des marchés financiers, dont l'objet est d'obtenir un équilibre entre l'efficacité économique des marchés et la prévention des risques systémiques et la protection des épargnants, que la régulation de l'audiovisuel, qui ne cesse de se rapprocher des autres régulations sectorielles du point de vue économique. Elle est également pertinente pour les nouveaux secteurs régulés, même si l'un d'entre eux, la régulation des jeux en ligne, semble encore relever largement de la fonction de police. C'est enfin le cas en ce qui concerne le droit de la concurrence, dont la qualification de secteur régulé appelle une appréciation nuancée. En effet, le droit de la concurrence, qui a longtemps relevé de la catégorie de police, se rapproche très nettement de la régulation. Ce processus de convergence, qui n'est peut-être pas achevé, justifie qu'on qualifie le droit de la concurrence de régulation.

En définitive, l'analyse néo-institutionnelle du droit a démontré que l'on pouvait définir matériellement la régulation comme *la fonction administrative ayant pour objet la mise en œuvre d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. Cette définition matérielle de la régulation permet alors, conformément aux principes de l'analyse néo-institutionnelle du droit, de proposer une définition formelle celle-ci.

Conclusion du Titre 1^{er}

1194. L'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation permet donc d'abord de proposer une définition matérielle de la régulation. La méthode suivie consiste à rechercher, sur la base des éléments résultant de la communication entre le droit et la théorie économique, la rationalité et la nature de l'idée d'œuvre de l'institution juridique de régulation, puis, sur la base de ce concept juridique, de proposer un critère matériel de la régulation, et enfin de réunir ces différents aspects.

En premier lieu, l'analyse a démontré qu'il existe une dynamique de communication entre le droit positif et l'économie néo-institutionnelle, qui semble relever de l'ordre spontané plutôt que de l'ordre construit, d'une coévolution plutôt que d'une transcription. D'une part, tandis que l'économie néo-institutionnelle prend en compte en son sein les impondérables du système juridique comme la construction du marché intérieur ou le service public, le droit concorde avec les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle comme le monopole naturel, les coûts de transaction et les spécificités d'actifs. D'autre part, économie néo-institutionnelle et droit de la régulation évoluent de concert s'agissant des solutions à mettre en œuvre dans le cadre des réformes des industries de réseau, tant en ce qui concerne le démantèlement de l'opérateur historique et le développement des marchés concurrentiels qu'en ce qui concerne les solutions à mettre en œuvre pour garantir le service public efficacement. En somme, la fonction de la régulation se caractérise par un processus de convergence du droit et de la théorie économique néo-institutionnelle, qui permet d'en dégager l'étendue et la rationalité juridique et économique.

En second lieu, l'analyse permet, sur la base des éléments de droit résultant de cette communication, de dégager une définition matérielle de la régulation. Procédant d'abord par induction, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de dégager un critère matériel de la régulation rendant compte du concept juridique de régulation, conduisant alors à définir la régulation comme *la fonction administrative ayant pour objet la mise en œuvre d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. La régulation s'analyse alors comme une troisième fonction administrative, distincte des fonctions administratives traditionnelles de police et de service public. Dans un second temps, l'analyse permet de démontrer la vocation à la généralisation de cette définition, puisque celle-ci trouve à s'appliquer à l'ensemble des secteurs régulés, y compris au droit de la concurrence dont la qualification de secteur régulé se trouve justifié par la démonstration d'un processus de rapprochement de la fonction du droit de la concurrence et de la fonction de la régulation.

En somme, l'analyse néo-institutionnelle du droit matériel de la régulation permet bien de proposer une définition matérielle de celle-ci. Il est alors possible, conformément au modèle de l'analyse néo-institutionnelle du droit, d'en proposer une définition formelle, c'est-à-dire d'en dégager le critère organique et le régime juridique.

Titre 2nd

Analyse néo-institutionnelle du droit formel de la régulation

1195. Conformément aux principes de l'analyse néo-institutionnelle du droit, la définition matérielle de la régulation permet d'en proposer une définition formelle, c'est-à-dire de déterminer les autorités compétentes d'une part et les procédures qui sont mises en œuvre par celles-ci d'autre part³¹⁹⁶. Une fois définie matériellement et formellement, la régulation peut prétendre au statut d'authentique institution juridique du droit administratif français.

1196. En premier lieu, il est nécessaire de rechercher le critère organique de la régulation. En effet, ainsi que le prévoit la théorie de l'institution d'Hauriou, pour la réalisation de l'idée d'œuvre de l'institution « *un pouvoir s'organise, qui lui procure des organes* »³¹⁹⁷. De ce point de vue, la théorie de l'institution est en accord avec la doctrine pour laquelle les catégories fondamentales du droit administratif connaissent en général un double critère, d'une part un critère matériel, qui vise l'objet, et d'autre part un critère organique, qui vise la personne³¹⁹⁸.

Cependant, l'importance respective de ces deux critères divise la doctrine, une partie de celle-ci considérant qu'il existe une crise du critère organique au profit du critère matériel³¹⁹⁹. La régulation est une illustration de cette thèse, la majorité de la doctrine considérant la régulation comme une notion fonctionnelle³²⁰⁰. Certes, une partie de celle-ci voit dans la régulation une fonction de la puissance publique, et il serait donc inexact de soutenir qu'elle ne donne aucun critère organique à la régulation. Néanmoins, celui-ci est banalisé, les autorités de régulation pouvant être des autorités indépendantes comme des autorités ministérielles³²⁰¹, voire le législateur lui-même dans les conceptions les plus extensives³²⁰².

³¹⁹⁶ PICARD E., *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 146, 1984, pp. 23-24.

³¹⁹⁷ HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in M. Hauriou., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 96.

³¹⁹⁸ TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, PUF, 2008, 2^{ème} Ed., p. 67 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, p. 53 ; *Adde* SABOURIN P., « Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle », *AJDA*, 1983, p. 290.

³¹⁹⁹ YOLKA P., *La propriété publique, Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 191, 1997, p. 9 ; *Adde* SACHS O., « Le droit administratif a-t-il encore besoin d'un critère organique ? », *RJEP*, n°681, 2010, pp. 1-2.

³²⁰⁰ CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 259, 2008, p. 71 et s. et p. 91.

³²⁰¹ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 348 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, p. 4 et p. 7.

³²⁰² TRUCHET D., *Droit administratif, op. cit.*, p. 363 et pp. 365-366.

Il est à noter qu'une telle position tranche avec la doctrine plus ancienne où régulation et autorités indépendantes étaient systématiquement, et sans doute excessivement, liées³²⁰³. Désormais, la position selon laquelle la régulation admet un critère spécifique, l'existence d'une autorité de régulation spéciale, semble en passe de devenir une position presque minoritaire³²⁰⁴.

C'est pourtant cette thèse qui résulte de l'analyse néo-institutionnelle du droit, qui conduit à considérer que la régulation est prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique disposant de pouvoirs normatifs et contentieux. Cette position permet alors d'obtenir une notion juridique complète de régulation, celle-ci s'analysant comme *la fonction administrative prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante ayant pour objet la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques* (Chapitre 1^{er}).

1197. En second lieu, il apparaît alors possible de clore l'analyse de la catégorie juridique de régulation en proposant un régime juridique attaché à l'institution de régulation. En effet, ainsi que le prévoit la théorie de l'institution, l'institution se compose d'une idée d'œuvre, pour laquelle sont mis en place des organes et au sein de laquelle « *entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* »³²⁰⁵, ce qui vise le régime juridique spécifique à l'institution en question.

De ce point de vue, seule l'appréhension d'un critère organique spécifique à la régulation, l'existence d'une autorité de régulation, permet de définir un régime juridique commun attaché à une notion unique³²⁰⁶ de régulation. La régulation est en effet particulièrement hétérogène du point de vue matériel, puisqu'elle est différente selon les champs où elle s'applique, diversité dont permet de rendre compte la notion d'ordre public économique³²⁰⁷. En revanche, à rebours des conceptions selon lesquelles la régulation ne saurait renvoyer à une institution unique³²⁰⁸, il peut être démontré que la régulation présente une réelle unité du point de vue organique, dans la mesure où un ensemble de règles communes ou convergentes trouvent à s'appliquer à propos de l'autorité en charge de la mission de régulation (Chapitre 2nd).

³²⁰³ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 347 ; *Adde* CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 71 et s.

³²⁰⁴ *V.*, par exemple AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *op. cit.*, pp. 53-55 ; *Adde* LOMBARD M., « Introduction générale », *in* M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 2-3 ; *Adde* CHÉROT J.-Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, 2^{ème} Ed., pp. 318-319 ; *Adde* CHAMPAUD C., « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, pp. 23-66 ; *Adde* VALETTE J.-P., *Droit de la régulation des marchés financiers*, Paris, Galino éditeur, « Mémentos LMD », 2005, pp. 5-6.

³²⁰⁵ HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *op. cit.*, p. 96.

³²⁰⁶ WALINE M., « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *in* *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Sirey, 1963, p. 363.

³²⁰⁷ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.*

³²⁰⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 7.

Chapitre 1^{er}

Analyse néo-institutionnelle du critère organique de la régulation

1198. L'analyse néo-institutionnelle du droit permet de résoudre le débat opposant la doctrine à propos du critère organique de la régulation. Elle conduit à définir la régulation comme une fonction administrative prise en charge par des autorités spécifiques, les autorités de régulation, qui en l'état du droit positif peuvent être soit des autorités administratives indépendantes soit des autorités publiques indépendantes exerçant des pouvoirs normatifs et contentieux.

Cette solution est satisfaisante du point de vue juridique, mais au-delà elle est nécessaire, car toute autre solution risquerait, au regard de la définition matérielle retenue de la régulation, d'entraîner une confusion entre la catégorie juridique de régulation et, plus généralement, le droit public de la concurrence, qui consiste à concilier la concurrence avec d'autres impératifs d'intérêt général³²⁰⁹. Ainsi, l'absence de critère organique spécifique à la régulation aurait finalement pour conséquence de conduire à une quasi-synonymie entre régulation et droit public économique, et il serait alors difficile de voir dans la régulation une catégorie juridique précise³²¹⁰.

1199. En toute hypothèse, la démonstration de l'existence d'un critère organique spécifique à la régulation résulte d'une méthodologie identique à celle suivie précédemment à propos du critère matériel de la régulation fondée sur le modèle de l'analyse néo-institutionnelle du droit.

En premier lieu, il peut être démontré que l'économie néo-institutionnelle, qui prévoit en matière de réforme des industries de réseau un *Regulatory Design*³²¹¹, et le droit de la régulation convergent en ce qu'ils prévoient de confier à des autorités indépendantes la mise en œuvre de la fonction de régulation. Cela permet de démontrer que la mise en œuvre de ce type d'institutions constitue la solution juridiquement exacte et la solution économiquement efficace (Section I).

En second lieu, il est alors possible, sur la base de cette communication entre le droit et la théorie économique, de proposer un critère organique précis de la régulation. Celle-ci, en effet, permet de dégager un concept bien déterminé d'autorité de régulation, auquel répond aujourd'hui encore une construction notionnelle inachevée n'empêchant toutefois pas de proposer une définition complète de la régulation (Section II).

³²⁰⁹ V., dans le même sens SÉE A., *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université de Strasbourg, 2010, pp. 117-125.

³²¹⁰ V., reflétant cette situation, NICINSKI S., *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2010, 2^{ème} Ed., pp. 11-12 et plus généralement tout au long de l'ouvrage ; Adde CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2006, pp. 711-716 ; Adde DU MARAIS B., « Régulation, service public et démocratie : une décennie de mutations », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 42-43.

³²¹¹ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 262.

Section I. La coévolution de l'économie néo-institutionnelle et de l'aspect organique de la régulation

1200. Le droit de la régulation et l'économie néo-institutionnelle se caractérisent par un processus de coévolution s'agissant de l'existence d'une autorité spécifique dédiée à la mise en œuvre de la fonction de régulation. En effet, et sous réserve de certaines nuances, le constat partagé de l'insuffisance des institutions classiques dans la mise en œuvre de la fonction de régulation (§1) conduit à ce que celle-ci soit prise en charge par des institutions spécifiques présentant certaines caractéristiques propres (§2).

§1. La remise en cause progressive de l'exercice de la fonction de régulation par les institutions administratives classiques

1201. Le droit positif comme l'économie néo-institutionnelle semblent admettre que les institutions administratives classiques peuvent exercer la fonction de régulation (A). Une telle conception est cependant remise en cause progressivement (B).

A. L'intervention des institutions classiques dans la régulation

1202. Un certain nombre d'éléments du droit positif conduisent une partie importante de la doctrine à considérer que la fonction de régulation est partagée entre des autorités indépendantes et des autorités classiques (1). C'est également le cas en économie néo-institutionnelle où la prise en compte de l'environnement institutionnel permet d'admettre que les institutions classiques continuent d'intervenir en cette matière (2).

1. La régulation, une fonction partagée en droit

1203. Il résulte d'un certain nombre de textes que la fonction de régulation semble exercée à la fois par des autorités administratives classiques et par des autorités administratives indépendantes (a). Ceci conduit une partie de la doctrine à considérer que la régulation est une fonction partagée et non une fonction exercée uniquement par des autorités indépendantes (b).

a. La régulation, une fonction partagée en droit positif

1204. Le droit interne consacre, dans des proportions variables selon les cas, le partage de la fonction de régulation entre l'autorité ministérielle et une autorité indépendante. C'est notamment le cas dans le droit des communications électroniques (i) et le droit de l'électricité (ii).

i. Le partage de la fonction de régulation des communications électroniques

1205. Ainsi que l'a souligné la doctrine, qui en fait un argument principal³²¹², le Code des postes et des communications électroniques prévoit que « *la fonction de régulation du secteur des communications électroniques (...) est exercée au nom de l'État par le ministre chargé des communications électroniques et par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* »³²¹³. La fonction de régulation est donc exercée selon ce texte à la fois par l'autorité ministérielle et par l'autorité de régulation.

Il en résulte que les compétences exercées par le ministre chargé des communications électroniques restent nombreuses. Notamment, il peut recueillir des informations et procéder à des enquêtes³²¹⁴, fixe par arrêté le seuil à partir duquel les opérateurs sont tenus d'individualiser sur le plan comptable leur activité de communications électroniques³²¹⁵, peut saisir la commission consultative spécialisée dans les réseaux³²¹⁶, désigne le ou les opérateurs en charge du service universel³²¹⁷, homologue les règlements adoptés par l'autorité de régulation³²¹⁸, peut imposer des mesures sur des marchés non régulés *ex ante* en cas de circonstances exceptionnelles³²¹⁹, fixe, sur proposition de l'autorité de régulation, les modalités d'attribution des fréquences rares³²²⁰ et arrête la liste des fréquences susceptibles de faire l'objet d'une cession³²²¹, etc. En somme, le ministre des communications électroniques continue de disposer de compétences nombreuses et importantes en matière de régulation des communications électroniques.

Il en est de même, et sans doute dans une proportion plus grande encore, en droit de l'électricité, où le rôle de l'État reste très important pour des raisons de politique énergétique.

ii. Le partage de la fonction de régulation de l'électricité

1206. Le droit de l'électricité connaît également une multitude d'acteurs, et il pourrait être interprété comme attribuant la fonction de régulation à l'ensemble de ceux-ci.

Ainsi, le Code de l'énergie s'ouvre désormais sur la politique énergétique, qui vise à assurer la sécurité d'approvisionnement, maintenir un prix de l'énergie compétitif, préserver la santé humaine et l'environnement, et garantir la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie³²²², politique énergétique qui relève de la compétence de l'État, en cohérence avec

³²¹² MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 38.

³²¹³ CPCE, article L. 32-1. I 3°.

³²¹⁴ *Ibid.*, article L. 32-4.

³²¹⁵ *Ibid.*, article L. 33-1.II.

³²¹⁶ *Ibid.*, article L. 33-4.

³²¹⁷ *Ibid.*, articles L. 35-2 et L. 35-8.

³²¹⁸ *Ibid.*, article L. 36-6.

³²¹⁹ *Ibid.*, article L. 37-3.

³²²⁰ *Ibid.*, article L. 42-2.

³²²¹ *Ibid.*, article L. 42-3.

³²²² Code de l'énergie, articles L. 100-1 et L. 100-4.

les collectivités territoriales³²²³. Par ailleurs, le Code de l'énergie précise que les ministres de l'énergie et de l'économie ainsi que les autorités organisatrices de la distribution veillent autant « *au bon accomplissement des missions de service public* » que, dans le respect des compétences propres de la Commission de régulation de l'énergie, « *au bon fonctionnement des marchés* »³²²⁴. Or, la poursuite parallèle de ce double objectif pourrait être considérée comme attribuant aux autorités administratives classiques une mission de régulation.

1207. En outre, les compétences ministérielles restent extrêmement importantes dans le secteur électrique, quel que soit le domaine considéré. D'ailleurs, un titre entier est désormais consacré, dans le Code de l'énergie, au « *rôle de l'État* »³²²⁵. Celui-ci est alors en charge de l'évaluation des besoins et de la programmation des capacités énergétiques³²²⁶, et plus généralement de l'exécution de missions de service public, du suivi de la mise en œuvre de la politique énergétique³²²⁷ et des mesures de sauvegarde en cas de crise³²²⁸.

En premier lieu, l'État est en charge de l'exécution d'un certain nombre de missions de service public³²²⁹. À ce titre, l'autorité administrative est en charge du service public de la production³²³⁰ en ce qu'elle décide de la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité, établie sur la base d'un bilan présenté par le gestionnaire du réseau public de transport³²³¹. Elle délivre alors les autorisations d'exploitation³²³², et procède à l'appel d'offre puis désigne le candidat retenu lorsque les capacités de production ne suffisent pas à couvrir les besoins du programme d'investissement³²³³. Également, l'État dispose de compétences concernant le service public du développement du réseau puisque le ministre de l'énergie approuve, après avis de la CRE, le schéma décennal de développement du réseau³²³⁴. L'autorité administrative dispose enfin de compétences en matière de fourniture d'électricité puisqu'elle accorde les autorisations d'exercice de l'activité de négoce³²³⁵, et surtout fixe les tarifs réglementés. Ainsi, les tarifs réglementés de vente sont fixés après avis de la CRE par les ministres chargés de l'énergie et de l'économie jusqu'au 7 décembre 2015, et ils seront fixés après cette date par décision implicite des ministres chargés de l'énergie et de l'économie sur proposition de la CRE³²³⁶. Le prix de l'accès à

³²²³ Code de l'énergie, article L. 100-2.

³²²⁴ *Ibid.*, article L. 121-45.

³²²⁵ *Ibid.*, Livre 1, Titre IV.

³²²⁶ *Ibid.*, Livre 1, Titre IV, Chapitre 1.

³²²⁷ *Ibid.*, Livre 1, Titre IV, Chapitre 2.

³²²⁸ *Ibid.*, Livre 1, Titre IV, Chapitre 3.

³²²⁹ *Ibid.*, article L. 121-45.

³²³⁰ *Ibid.*, article L. 121-3.

³²³¹ *Ibid.*, articles L. 141-1 à L. 141-3. Anciennement, loi n° 2000-108 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 6.

³²³² *Ibid.*, article L. 311-5. Anciennement, *ibid.*, article 7.

³²³³ *Ibid.*, articles L. 311-10 et L. 311-11. Anciennement, *ibid.*, article 8.

³²³⁴ *Ibid.*, article L. 321-6. I.

³²³⁵ *Ibid.*, article L. 333-1.

³²³⁶ *Ibid.*, article L. 337-4. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 4. III 3°.

l'électricité nucléaire est également déterminé par l'autorité ministérielle sur proposition de la CRE³²³⁷. Enfin, de manière encore plus générale, c'est le ministre chargé de l'énergie qui arrête le montant des charges de service public faisant l'objet d'une compensation³²³⁸.

En deuxième lieu, l'autorité administrative est en charge du suivi de la politique énergétique. Cela lui permet de recevoir de la part des opérateurs du secteur de l'énergie les informations nécessaires à la mise en œuvre de la politique énergétique³²³⁹ et plus généralement à l'accomplissement de l'ensemble des missions qui lui sont confiées³²⁴⁰. En outre, dans le secteur de l'électricité, l'autorité administrative doit disposer des données lui permettant de déterminer l'impact des dispositions du droit de l'électricité sur le niveau et la structure de l'emploi dans le secteur³²⁴¹. Par ailleurs, pour le suivi de la politique énergétique et la mise en œuvre de ses compétences, l'autorité administrative dispose de pouvoirs d'enquête³²⁴² et d'un pouvoir de sanction³²⁴³. Il faut noter que ce pouvoir de sanction administrative est général, c'est-à-dire qu'il vise l'ensemble des manquements « *qui sont susceptibles de faire l'objet d'une sanction administrative* »³²⁴⁴.

En troisième lieu, le gouvernement et le ministre de l'énergie sont en charge des mesures de sauvegarde en cas de crise. Le Code de l'énergie prévoit ainsi un certain nombre de dispositifs applicables en cas de pénurie énergétique³²⁴⁵, pour les nécessités de la défense nationale³²⁴⁶, en cas de crise grave sur le marché de l'énergie³²⁴⁷ ou d'atteinte grave et immédiate aux réseaux de transport et de distribution³²⁴⁸.

En quatrième lieu, l'État doit développer la recherche dans le domaine de l'énergie³²⁴⁹ et déterminer pour ce faire une stratégie nationale de la recherche énergétique³²⁵⁰.

1208. En définitive, il résulte des éléments qui précèdent que la régulation peut être interprétée comme une fonction partagée entre les différents pouvoirs publics, et non réduite à la seule fonction mise en œuvre par l'autorité de régulation. C'est en tout cas la position adoptée par une grande partie de la doctrine universitaire aujourd'hui.

³²³⁷ Code de l'énergie, articles L. 336-9 et 336-10.

³²³⁸ *Ibid.*, article L. 121-9.

³²³⁹ *Ibid.*, articles L. 142-1 et 142-3.

³²⁴⁰ *Ibid.*, articles L. 142-4 à L. 142-9.

³²⁴¹ *Ibid.*, article L. 142-2.

³²⁴² *Ibid.*, articles L. 142-20 à L. 142-29.

³²⁴³ *Ibid.*, articles L. 142-30 à L. 142-36.

³²⁴⁴ *Ibid.*, article L. 142-30.

³²⁴⁵ *Ibid.*, article L. 143-1.

³²⁴⁶ *Ibid.*, articles L. 143-2 et L. 143-3.

³²⁴⁷ *Ibid.*, article L. 143-4.

³²⁴⁸ *Ibid.*, article L. 143-5.

³²⁴⁹ *Ibid.*, article L. 100-2.

³²⁵⁰ *Ibid.*, article L. 144-1.

b. La régulation, une fonction partagée selon la doctrine

1209. La régulation est conçue assez largement comme une fonction partagée entre les différents types d'institutions administratives, notamment dans le cadre des doctrines de la conciliation dont on a démontré précédemment qu'elles devaient être retenues³²⁵¹.

En premier lieu, il est significatif de noter que la pensée de Marie-Anne Frison-Roche a évolué de ce point de vue. Elle a en effet d'abord considéré que l'existence d'une autorité de régulation était caractéristique d'une institutionnalisation du droit de la régulation, l'autorité de régulation constituant alors une catégorie juridique autonome³²⁵². Cependant, cet auteur considère désormais que la présence d'une autorité de régulation est certes un indice sûr, mais seulement un indice et non un critère, de la fonction de régulation³²⁵³. La régulation est donc une fonction susceptible d'être prise en charge par l'ensemble des institutions administratives traditionnelles³²⁵⁴.

En deuxième lieu, la pensée de Gérard Marcou va dans le même sens. Pour cet auteur, en effet, la régulation est une « *fonction partagée* » qui résulte du fait que la fonction de régulation ne peut être confondue exclusivement avec une institution³²⁵⁵. Les autorités de régulation sont multiples et ne relèvent pas d'une catégorie unique, et il est dès lors impossible de réduire la régulation aux autorités administratives indépendantes³²⁵⁶. Ainsi, la fonction de régulation est partagée, notamment entre l'autorité administrative indépendante et l'autorité ministérielle³²⁵⁷, la première disposant souvent d'un pouvoir d'instruction et la seconde d'un pouvoir de décision³²⁵⁸.

En troisième lieu, enfin, c'est une conception plus extensive encore que défend Didier Truchet dans son manuel de droit administratif. Pour cet auteur, les autorités de régulation visent les autorités communautaires, le législateur, les titulaires du pouvoir réglementaire, voire les juges administratif et judiciaire³²⁵⁹, ainsi que les autorités administratives indépendantes qui ne disposent que d'un pouvoir d'influence³²⁶⁰. Le partage de compétences entre un ministre et une autorité de régulation se voit qualifié ici d'« *habitude* »³²⁶¹.

1210. En définitive, il apparaît que les doctrines de la conciliation ont une conception large du critère organique de la régulation puisque ce dernier peut viser les institutions les plus diverses.

³²⁵¹ *Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.*

³²⁵² FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 611.

³²⁵³ FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », *op. cit.*, p. 4 et p. 7.

³²⁵⁴ *V.*, reprenant la pensée de M.-A. Frison-Roche, GUENOD C., *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel. Modèles communautaire et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit, Université Paris – Dauphine, 2009, p. 28 et p. 143 et s.

³²⁵⁵ MARCOU G., « Introduction », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 21.

³²⁵⁶ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 65.

³²⁵⁷ *Ibid.*, pp. 86-89.

³²⁵⁸ MARCOU G., « Introduction », *op. cit.*, p. 21.

³²⁵⁹ TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, PUF, 2008, 2^{ème} Ed., p. 365.

³²⁶⁰ *Ibid.*, pp. 366-367.

³²⁶¹ *Ibid.*, p. 366.

Cette conception semble majoritaire aujourd'hui, sans qu'il soit nécessaire de détailler davantage les définitions qui reprennent cette idée³²⁶².

Or, une telle position est admise également par l'économie néo-institutionnelle, en ce que celle-ci réalise la transcription, par le biais du couplage structurel de l'environnement institutionnel, des contraintes juridiques dans lesquelles évoluent les autorités de régulation. On constate donc ici encore l'existence d'une coévolution entre les deux disciplines.

2. La transcription du partage de la fonction de régulation en économie néo-institutionnelle

1211. La théorie économique néo-institutionnelle, par sa prise en compte des institutions et des organisations, dispose de couplages structurels pertinents vis-à-vis de l'aspect organique de la régulation, notamment les concepts d'organisation et d'environnement institutionnel (a). Ceux-ci lui permettent d'admettre que la réforme des industries de réseau peut être le fait de l'ensemble des pouvoirs publics et non du seul régulateur (b).

a. Les couplages structurels de l'économie néo-institutionnelle et du droit du point de vue organique

1212. Du point de vue organique, l'économie néo-institutionnelle dispose de deux couplages structurels lui permettant d'opérer une communication avec le droit. Il s'agit d'abord du concept d'organisation et ensuite du concept d'environnement institutionnel.

1213. En premier lieu, la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle est d'abord permise par le concept d'organisation. Sans qu'il soit nécessaire de revenir en détail sur cet aspect³²⁶³, on peut rappeler de ce point de vue que la théorie des coûts de transaction s'appuie notamment sur le concept de réglementation³²⁶⁴. La réglementation vise alors, de manière générale, un contrôle d'une autorité publique sur des activités d'intérêt public et renvoie au champ du droit public économique³²⁶⁵. Dès lors, il est possible pour l'économie néo-institutionnelle de

³²⁶² V., parmi de très nombreux exemples, CHEVALLIER J., « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Revue administrative*, 1998, p. 52 ; Adde GUÉDON M.-J., *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, « Systèmes », 1991, p. 88 ; Adde DELION A., « Notion de régulation et droit de l'économie », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation Volume 1*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 19-22 ; Adde GALLOT J., « Qu'est-ce que la régulation ? Contribution pour une définition », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n°119, 2001, pp. 5-6.

³²⁶³ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1*.

³²⁶⁴ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, p. 57 ; Adde SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, p. 517.

³²⁶⁵ OGUS A., *Regulation : legal form and economic theory*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2^{ème} Ed., 2004, pp. 1-2.

transcrire la mise en œuvre d'une réforme des industries de réseaux par l'ensemble des pouvoirs publics.

1214. En second lieu, dans la mesure où l'économie néo-institutionnelle intègre en tant qu'hypothèse fondamentale l'existence des institutions³²⁶⁶, celle-ci prend également en compte, à la suite des travaux de Levy et Spiller³²⁶⁷, ce qu'elle appelle l'« *environnement institutionnel* »³²⁶⁸.

En effet, il existe trois degrés d'analyse en économie néo-institutionnelle. Le degré le plus bas est celui des incitations réglementaires, c'est-à-dire l'ensemble des règles du jeu mises en place. Le degré intermédiaire est celui des organisations chargées de mettre en œuvre les incitations réglementaires³²⁶⁹. Enfin, le troisième degré d'analyse est l'environnement institutionnel³²⁷⁰, qui désigne l'ensemble des institutions constitutionnelles, législatives, exécutives, administratives et judiciaires d'un pays, ses normes informelles et formelles, les intérêts contradictoires des agents qui le composent, etc.³²⁷¹. Celui-ci est considéré comme donné et propre à chaque pays³²⁷².

Dès lors, l'environnement institutionnel est bien un couplage structurel du droit et de la théorie économique néo-institutionnelle. Il est en effet propre à la théorie économique, comme le démontre l'ensemble des éléments qu'il est susceptible de viser, mais permet cependant une communication avec le droit dans la mesure où il vise très largement l'environnement juridique³²⁷³. Dès lors, l'existence de ce couplage structurel permet à l'économie néo-institutionnelle de transcrire l'hypothèse du partage de la fonction de régulation.

b. La transcription de l'intervention des institutions classiques dans les réformes des industries de réseau

1215. L'économie néo-institutionnelle, à la différence notable des autres théories économiques, conçoit la réforme des industries de réseau non comme une dérèglementation mais bien comme

³²⁶⁶ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

³²⁶⁷ QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, p. 69.

³²⁶⁸ SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, pp. 515-516.

³²⁶⁹ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

³²⁷⁰ QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », *op. cit.*, pp. 69-72.

³²⁷¹ PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Économiques, Paris 1, 2002, p. 190.

³²⁷² LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », in B. Levy, P. T. Spiller (Eds.), *Regulations, Institutions and Commitment, Comparative Studies of Telecommunications*, Cambridge, Cambridge University Press, USA, 1996, pp. 3-5 ; Adde GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », working paper GRJM, 2007, p. 10 ; Adde DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », working paper GRJM, pp. 5-6.

³²⁷³ SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, p. 524.

une « re-réglementation »³²⁷⁴. Or, celle-ci est réalisée par l'État³²⁷⁵. Dès lors, si le régulateur a ici une place absolument fondamentale³²⁷⁶, il n'est pas le seul acteur à intervenir dans la mise en œuvre de cette réforme, bien au contraire³²⁷⁷. Les institutions traditionnelles ont également leur rôle à jouer.

1216. De ce point de vue, l'économie néo-institutionnelle distingue les institutions intervenant *ex ante* et *ex post*, concept distincts de ceux de l'économie des réseaux et qui doivent être rattachés au versant institutionnel de l'économie néo-institutionnelle, c'est-à-dire aux règles de droit³²⁷⁸. Le concept d'*ex ante* correspond à l'« *enforceability* », c'est-à-dire à la production de règles de droit, tandis que le concept d'*ex post* correspond à l'« *enforcement* », c'est-à-dire à la mise en œuvre effective de ces règles³²⁷⁹.

En premier lieu, l'économie néo-institutionnelle considère que la première étape de la mise en œuvre d'une réforme dans les industries de réseau est l'intervention des autorités législatives et exécutives³²⁸⁰, considérées comme des structures de gouvernance des transactions³²⁸¹. En effet, celle-ci est rendue nécessaire par la spécificité des actifs dans les industries de réseau, s'agissant notamment de la détermination des droits de propriété³²⁸². C'est donc par une intervention de la loi et du pouvoir réglementaire que s'effectue d'abord le *Market Design* qui est la clé de la réforme des industries de réseau³²⁸³. De ce point de vue, l'économie néo-institutionnelle réalise la transcription du droit et peut donc admettre que la fonction de régulation soit partagée.

En second lieu, l'économie néo-institutionnelle considère que l'encadrement des transactions implique la mise en place d'organisations *ex post*, afin de s'assurer d'une part du respect des règles posées *a priori* et d'autre part de leur adaptation *a posteriori*. En effet, si les modifications majeures rendent nécessaire un changement des règles posées *ex ante*³²⁸⁴, les modifications mi-

³²⁷⁴ GEOFFRON P., MERITET S., « Les transitions réglementaires électriques », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, p. 423 ; Adde AL-SUNAYDY A., GREEN R., « Electricity deregulation in OECD countries », *Energy*, 2006, p. 770 ; Adde JOSKOW P. L., « Foreword : US vs. EU electricity reforms achievement », in J.-M. Glachant, F. Lévêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, p. xv.

³²⁷⁵ LIBECAP G. D., « A transactions-costs approach to the analysis of property right », in E. Brousseau, J.-M., Glachant (eds.), *The Economics of Contracts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 142.

³²⁷⁶ GLACHANT J.-M., « Regulating networks in the new economy », *EUI Working Papers, RSCAS 2009/05, Robert Schuman centre for advanced studies, Loyola de Palacio Programme on Energy Policy*, p. 6.

³²⁷⁷ PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, *op. cit.*, p. 119 ; Adde DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Économiques, Paris 11, 2007, p. 5.

³²⁷⁸ MÉNARD C., « L'approche néo-institutionnelle : des concepts, une méthode, des résultats », *Cahiers d'économie politique*, 2003, p. 105.

³²⁷⁹ *Ibid.*

³²⁸⁰ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 42.

³²⁸¹ MÉNARD C., SHIRLEY M., « Introduction », *op. cit.*, pp. 7-9 et pp. 13-15.

³²⁸² DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 103-106.

³²⁸³ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

³²⁸⁴ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 152.

neures ont lieu au sein du cadre existant³²⁸⁵ et doivent pouvoir être réalisées par la structure de gouvernance de la transaction³²⁸⁶. De ce point de vue, les organisations intervenant *ex post* sont surtout les tribunaux et les autorités de concurrence³²⁸⁷. L'économie néo-institutionnelle cherche donc ici également à opérer l'intégration en son sein des éléments venant du système juridique.

1217. En somme, droit et économie néo-institutionnelle s'accordent donc sur l'idée que la régulation peut être une fonction partagée. Cependant, ils convergent également en ce qu'ils tendent néanmoins à remettre en cause progressivement une telle conception de la régulation.

B. La remise en cause de l'intervention des institutions classiques dans la régulation

1218. Le partage de la fonction de régulation est cependant en cours d'évolution, ceci résultant notamment de la communication entre le droit et la théorie économique. En effet, les propositions normatives de l'économie néo-institutionnelle s'agissant de l'inefficacité des structures traditionnelles (1) concordent avec les évolutions du droit positif (2).

1. L'inefficacité des institutions classiques en économie néo-institutionnelle

1219. L'économie néo-institutionnelle conçoit la régulation comme un problème de type organique autant qu'un problème de type matériel. Elle fixe donc un certain nombre de critères aux fins de mettre en œuvre des réformes également efficaces du point de vue organique (a). Elle en conclut alors que les institutions classiques sont plutôt inefficaces dans la mise en œuvre des réformes des industries de réseaux en raison des spécificités d'actifs qui les grèvent (b).

a. La normativité organique de l'économie néo-institutionnelle

1220. L'économie néo-institutionnelle dispose d'une normativité du point de vue organique que l'on appelle *Regulatory Design* (i). Celle-ci se détermine sur la base de critères d'efficacité spécifiques à l'économie néo-institutionnelle et particulièrement compatibles avec le système juridique (ii).

i. Le concept de *Regulatory Design*

³²⁸⁵ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, op. cit., p. 152.

³²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 159-160.

³²⁸⁷ *Ibid.*, p. 42.

1221. L'une des spécificités de l'économie néo-institutionnelle est qu'elle ne s'intéresse pas uniquement, à la différence des autres théories économiques, à l'efficacité allocative³²⁸⁸, mais également à l'efficacité organisationnelle, c'est-à-dire aux organisations les mieux adaptées à la mise en œuvre d'une réforme³²⁸⁹. Dans cette optique, le succès des réformes sur le long terme dépend de la mise en place d'organisations adaptées³²⁹⁰. Le problème est alors de trouver la bonne structure de gouvernance³²⁹¹ aux fins d'articuler au mieux les organisations avec la chaîne de « *modules technico-économiques* »³²⁹². Il s'agit donc d'une question de « *remédiabilité* » des organisations³²⁹³, au sens où nous l'avons précédemment déterminé³²⁹⁴.

1222. De ce point de vue, l'efficacité organique ne se détermine pas par rapport à un idéal abstrait mais en comparant les différentes solutions faisables³²⁹⁵. Ici, l'environnement institutionnel a une importance fondamentale³²⁹⁶, car il surdétermine la forme et l'efficacité d'une réforme dans ses aspects organisationnels dans la mesure où l'efficacité d'une institution ne peut s'apprécier qu'au regard du contexte dans laquelle elle se situe³²⁹⁷. Cela permet alors à l'économie néo-institutionnelle de proposer des critères originaux d'appréciation de l'efficacité d'une réforme.

ii. Les critères néo-institutionnels d'efficacité d'une réforme

³²⁸⁸ SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, p. 518 ; Adde DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, pp. 7-8.

³²⁸⁹ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, p. 2 ; Adde MÉNARD C., « From technical integrity to institutional coherence : regulatory challenges in the water sector », in C. Ménard, M. Ghertman (eds.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, p. 84 ; Adde BROUSSEAU E., « Néo-institutionnalisme, prix et normativité », *Économies et Société*, « Oeconomia », Série Histoire de la pensée économique, P.E, n° 28, n°4/1999, pp. 6-9.

³²⁹⁰ GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, Cambridge, Massachusetts, USA, London, UK, Harvard University Press, 2006, p. 342 ; Adde CHABAUD D., PARTHENAY C., PEREZ Y., « Environnement institutionnel et trajectoire des entreprises : une analyse northienne de l'industrie électrique », *workpaper GRJM*, 2005, pp. 1-2 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The MIT Press, « The Walras-Pareto Lectures », 2000, p. 3.

³²⁹¹ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 267.

³²⁹² GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, pp. 37-38 ; Adde DUBOIS U., SAPACLAN R., « Public service perspectives on reforms of electricity distribution and supply : a modular analysis », *working paper GRJM*, 2007, p. 9.

³²⁹³ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 59 ; Adde WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *Nobel Prize Lecture*, 8 December 2009, disponible sur : http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson-lecture.html, pp. 468-469.

³²⁹⁴ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1*.

³²⁹⁵ GLACHANT J.-M., « Why regulate deregulated network industries ? », *Journal of Network Industries*, 2002, pp. 297-298 ; Adde GHERTMAN M., « The puzzle of regulation, deregulation and reregulation », in C. Ménard, M. Ghertman (eds.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 354-356.

³²⁹⁶ DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, p. 4.

³²⁹⁷ GLACHANT J.-M., « Comparing institutional foundations : the creation of competitive wholesale electricity markets in Europe », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 298-300.

1223. En insistant sur l'articulation entre l'environnement institutionnel et l'efficacité des réformes, l'économie néo-institutionnelle dégage, notamment³²⁹⁸, quatre critères d'efficacité : l'attractivité, la faisabilité, la crédibilité et enfin l'adaptabilité³²⁹⁹.

En premier lieu, la réforme doit être désirée. La désirabilité de la réforme dépend alors de facteurs économiques et politiques³³⁰⁰, qui, étant sans rapports immédiats avec le droit, ne nous intéresseront pas ici³³⁰¹.

En deuxième lieu, la réforme doit être faisable, ce qui dépend de la capacité à modifier la structure antérieure des droits de propriété³³⁰² et comporte un aspect industriel et un aspect institutionnel³³⁰³. La faisabilité de la réforme dépend donc des caractéristiques industrielles préexistantes du secteur³³⁰⁴ et des contraintes politiques et juridiques, notamment constitutionnelles³³⁰⁵.

En troisième lieu, la réforme doit être crédible, c'est-à-dire qu'elle doit être stable, cohérente, constante et prévisible³³⁰⁶. Le plus important ici est de construire la réforme de telle sorte qu'elle permette de réduire l'opportunisme des agents³³⁰⁷.

En quatrième lieu, enfin, la réforme doit être adaptable et flexible³³⁰⁸, dans la mesure où de très nombreux facteurs peuvent entraîner des changements de situation au cours de la réforme³³⁰⁹. Dès lors, les organisations en charge de la réforme doivent pouvoir réaliser les modifications mineures de celle-ci facilement³³¹⁰.

Ainsi, l'économie néo-institutionnelle dispose d'un cadre d'analyse normatif du point de vue organique. Celui-ci la conduit alors à considérer que les institutions classiques ne sont pas suffisamment efficaces au regard de la spécificité des transactions dans les industries de réseaux.

³²⁹⁸ Certains auteurs mettent en avant des critères supplémentaires. V., BROUSSEAU E., « Intermédiation par les réseaux : quelles institutions ? », in E. Brousseau, P. Petit, D. Phan (dirs.), *Mutation des Télécommunications, des Industries et des Marchés*, Paris, ENSPTT/Economica, 1996, pp. 193-194.

³²⁹⁹ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, op. cit., p. 48.

³³⁰⁰ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, pp. 12-13 ; *Adde* PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, op. cit., p. 66 et s. ; *Adde* DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, op. cit., p. 50.

³³⁰¹ V., sur ce point PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, op. cit., pp. 66-113.

³³⁰² DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, op. cit., p. 51.

³³⁰³ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, pp. 12-13 ; *Adde* PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, op. cit., p. 119 ; *Adde* DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, op. cit., p. 51.

³³⁰⁴ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, pp. 14-15 ; *Adde* PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, op. cit., pp. 41-42 et p. 132.

³³⁰⁵ PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, op. cit., pp. 43-44 ; *Adde* DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, op. cit., p. 42.

³³⁰⁶ SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », op. cit., p. 516.

³³⁰⁷ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, op. cit., p. 29 ; *Adde* SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », op. cit., pp. 518-523 et pp. 529-530 ; *Adde* DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, op. cit., p. 54.

³³⁰⁸ PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, op. cit., p. 193.

³³⁰⁹ DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, p. 31 ; *Adde* PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, op. cit., pp. 193-194.

³³¹⁰ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, op. cit., p. 51.

b. L'inefficacité des institutions classiques dans la réforme des industries de réseau

1224. Les institutions classiques apparaissent inefficaces dans l'encadrement des transactions spécifiques des industries de réseau, que celles-ci agissent *ex ante* (i) ou *ex post* (ii).

i. L'inefficacité des institutions classiques agissant *ex ante*

1225. Si l'économie néo-institutionnelle admet que la première étape dans la mise en œuvre d'une réforme est l'intervention des autorités législatives et exécutives³³¹¹, celles-ci s'avèrent cependant plutôt inefficace dans la mise en œuvre de la réforme.

En premier lieu, l'intervention *ex ante* des institutions classiques sera nécessairement incomplète en raison de la rationalité limitée des acteurs, et cette incomplétude est même souhaitable pour assurer l'adaptabilité de la réforme³³¹². Néanmoins, cette incomplétude pose des problèmes dans la mesure où elle rend nécessaire la mise en œuvre de modifications mineures, alors même que les institutions législatives et exécutives ne disposent pas de la flexibilité nécessaire pour les réaliser³³¹³.

En deuxième lieu, ces institutions classiques posent un grave problème de crédibilité car, les produits consommés étant des produits de masse et souvent considérés comme d'intérêt général, l'opportunisme gouvernemental est en cette matière particulièrement fort, et les règles risquent donc d'être modifiées ou d'être appliquées pour favoriser la réalisation d'objectifs politiques au détriment de l'efficacité économique et de l'effectivité de la réforme elle-même³³¹⁴.

En troisième lieu, ces institutions classiques sont relativement inefficaces en ce qu'elles n'interviennent qu'*ex ante*. La modification *a priori* des règles du jeu, et notamment des droits de propriété, est insuffisante dans ce type de secteurs où de nombreuses défaillances de marchés sont susceptibles de se reconstituer, voire sont engendrées par l'ouverture à la concurrence³³¹⁵. En effet, dès lors que les transactions présentent un certain degré de spécificité, les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle se conjuguent et rendent incertain le déroulement de la transaction, ce qui rend nécessaire la mise en place d'une structure de gouvernance *ex post*³³¹⁶. Le dérou-

³³¹¹ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 42.

³³¹² *Ibid.*, p. 74.

³³¹³ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, pp. 38-39 ; *Adde* DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 54.

³³¹⁴ SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, pp. 518-523 ; *Adde* DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, pp. 4-7.

³³¹⁵ GLACHANT J.-M., « Regulating networks in the new economy », *article précité*, p. 7.

³³¹⁶ WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics », *op. cit.*, p. 48 ; *Adde* GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 267 ; *Adde* GHERTMAN M., « The puzzle of regulation, deregulation and reregulation », *op. cit.*, pp. 354-356.

lement de la transaction nécessite en effet une coopération pour résoudre les litiges et permettre l'adaptabilité de la transaction³³¹⁷. De ce point de vue, l'ouverture à la concurrence elle-même renforce le besoin et les coûts de la coordination entre les différentes activités *ex post*³³¹⁸.

1226. En somme, les institutions classiques *ex ante* sont considérées comme inefficaces car insuffisamment flexibles, soumises à l'opportunisme du gouvernement et donc peu crédibles, et incomplètes car ne permettant pas une intervention *ex post* rendue pourtant nécessaire par la spécificité des transactions. En outre, les institutions classiques intervenant *ex post*, qu'il s'agisse des tribunaux ou des autorités de concurrence, sont plus inefficaces encore.

ii. L'inefficacité des institutions classiques agissant *ex post*

1227. L'économie néo-institutionnelle vise surtout, parmi les institutions classiques intervenant *ex post*, les tribunaux et les autorités de concurrence³³¹⁹. Cependant, ces deux institutions sont inefficaces dans la mise en œuvre d'une réforme des industries de réseaux.

En premier lieu, le recours au juge est insuffisant³³²⁰ parce son manque d'expertise augmente les coûts de transaction et qu'il n'intervient pas *ex ante*, alors que cette intervention *a priori* est nécessaire dans un domaine où il s'agit de restructurer les droits de propriété³³²¹.

En second lieu, les autorités de concurrence sont également peu efficaces. D'une part, elles n'interviennent, en principe, qu'*ex post*, et souffrent donc de l'absence d'intervention *ex ante* pourtant indispensable dans ce type de secteurs³³²². D'autre part, la spécificité d'actif est telle dans ces secteurs que le seul droit de la concurrence ne suffit pas et qu'il est au contraire nécessaire de mettre en place des règles spécifiques³³²³.

1228. En définitive, il résulte de ce qui précède que pour l'économie néo-institutionnelle, les institutions classiques ne sont pas efficaces et ne devraient pas servir de support exclusif à la mise en œuvre d'une réforme dans les industries de réseaux. Or, l'évolution du droit positif va également en ce sens.

³³¹⁷ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, p. 19 ; Adde BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M., « Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, pp. 32-33.

³³¹⁸ GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, pp. 247-250 et pp. 254-257 ; Adde GEOFFRON P., MERITET S., « Les transitions réglementaires électriques », *op. cit.*, pp. 419-436.

³³¹⁹ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 42.

³³²⁰ PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, *op. cit.*, pp. 127-129.

³³²¹ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 91 et s.

³³²² *Ibid.*, pp. 103-106.

³³²³ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 103-107.

2. La coévolution de l'économie néo-institutionnelle et du droit de la régulation par la remise en cause des administrations classiques

1229. Le droit positif connaît une évolution concordant avec les résultats de l'économie néo-institutionnelle, voire une coévolution comme le démontre l'émergence récente du concept de régulateur, couplage structurel du droit et de la théorie économique. Ainsi, après avoir exigé la seule impartialité de l'autorité réglementaire (a), le droit de l'Union européenne cherche aujourd'hui à limiter l'action des autorités administratives classiques au profit d'une autorité de régulation unique (b).

a. Le partage initial de la fonction de régulation en droit communautaire

1230. L'émergence des autorités administratives indépendantes ne résulte pas directement du droit communautaire, celui-ci n'exigeant au départ que l'impartialité des autorités réglementaires dans un souci évident de crédibilité de la réforme (i). Rien n'empêche alors de considérer la fonction de régulation comme une fonction partagée (ii).

i. Le principe d'impartialité, obligation initiale exigée par le droit communautaire

1231. Le principe fondamental promu à l'origine en droit communautaire de la régulation n'est pas le principe d'indépendance mais bien celui d'impartialité, exigeant la seule séparation des activités de réglementation et d'exploitation économique³³²⁴.

L'arrêt *Italie contre Commission* de 1985 a d'abord posé ce principe implicitement en considérant que l'édition de règlements par British Telecom constituait un abus de position dominante³³²⁵. Cette position a été confirmée explicitement par l'arrêt *France contre Commission* de 1991 dans lequel la Cour a considéré que le cumul des fonctions de réglementation et d'exploitation faisait obstacle à l'existence d'une concurrence non faussée, violant ainsi l'article 86§1 du traité³³²⁶. Par la suite, la Cour confirma son raisonnement au nom du principe de concurrence effective et du principe de transparence interdisant à une seule et même entreprise de disposer à la fois de

³³²⁴ MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 45-49 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008, p. 120.

³³²⁵ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 20 mars 1985, *République Italienne contre Commission*, C-41/83, § 19 et 20.

³³²⁶ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 mars 1991, *France contre Commission*, C-202/88.

compétences réglementaires et du droit d'exploitation sur un même secteur d'activités³³²⁷. Ce principe fut repris dans la directive 90/388³³²⁸.

1232. Or, un tel raisonnement n'implique pas nécessairement l'indépendance d'une autorité de régulation vis-à-vis du gouvernement. Certes, la Cour a estimé que l'exigence d'indépendance de l'organisme en charge des spécifications n'avait pas été respectée en France par le fait que la Direction générale des télécommunications était à la fois l'opérateur de réglementation et l'entreprise publique, deux directions d'une même administration ne pouvant être indépendantes l'une de l'autre³³²⁹, puis, de façon plus claire encore, que cette exigence d'indépendance visait « à exclure tout risque de conflit d'intérêts entre, d'une part, l'autorité régulatrice chargée de formaliser les spécifications techniques, de contrôler leur application et de délivrer les agréments et, d'autre part, les entreprises offrant des biens ou des services dans le domaine des télécommunications »³³³⁰. Toutefois, cette jurisprudence ne crée pas d'obligation de créer des autorités de régulation.

Comme l'ont relevé la doctrine universitaire et le Conseil d'État, cette jurisprudence implique seulement que les autorités en charge de la régulation et les opérateurs économiques soient des autorités différentes³³³¹. Par voie de conséquence, c'est seulement lorsque les États possèdent des entreprises agissant sur le marché qu'apparaît la nécessité de créer une autorité indépendante³³³². Ce principe sera d'ailleurs confirmé par la directive cadre de 2002 qui prévoit que c'est seulement lorsque les États membres « conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques » qu'ils doivent veiller « à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part »³³³³.

Dès lors, le droit communautaire ne s'opposait pas par principe au partage de la fonction de régulation ou à ce que cette fonction soit confiée à des autorités ministérielles. C'est ce qu'il ressort notamment des directives autrefois appliquées en matière de communications électroniques et d'électricité.

³³²⁷ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 décembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones dit également GB-Inno-BM*, C-18/88 ; *Adde* Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 27 octobre 1993, *M. le Procureur du Roi contre Jean-Marie Lagauche et autres*, Affaires jointes C-46/90 et C-93/91.

³³²⁸ Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, § 28 et 29 de l'exposé des motifs.

³³²⁹ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 27 octobre 1993, *Procédure Pénale contre Decoster*, C-69/91.

³³³⁰ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 novembre 1995, *Procédure pénale contre Thierry Tranchant et Téléphone Store SARL*, Affaire C-91/94, § 19.

³³³¹ EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, n° 52, Paris, La documentation française, 2001, pp. 271-274 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, pp. 72-80 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, *Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, p. 138.

³³³² EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 271-274.

³³³³ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), article 3.2.

ii. La pluralité initiale d'autorités de régulation en droit communautaire

1233. L'absence initiale de spécificité organique de la régulation a trouvé sa consécration dans le concept, apparu à partir du paquet réglementaire de 1998 en droit des communications électroniques, d' « *autorité réglementaire nationale* ».

L'autorité réglementaire nationale est définie dans la directive 97/13 comme « *l'organe ou les organes qui sont juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants des organismes de télécommunications* »³³³⁴ et dans la directive 98/10 comme « *l'organe ou les organes auxquels l'État membre confie, entre autres, les fonctions réglementaires relevant de la présente directive* »³³³⁵. Cette conception sera reprise dans le cadre du paquet Télécom de 2002, l'autorité réglementaire nationale étant définie comme « *l'organisme ou les organismes chargés par un État membre d'une quelconque des tâches de réglementation assignées dans la présente directive et dans les directives particulières* »³³³⁶.

Ainsi, cette définition vise « *l'organe ou les organes* » de réglementation, c'est-à-dire qu'elle admet que la fonction de régulation soit partagée entre plusieurs autorités. C'est d'ailleurs ce qu'a estimé récemment la Cour de justice, considérant dans un arrêt *Base NV e.a. contre Ministerraad* d'octobre 2010 que la « *directive 2002/22 ne s'oppose pas en principe, par elle-même, à ce que le législateur national intervienne en qualité d'autorité réglementaire nationale au sens de la directive-cadre* » à condition qu'il présente des garanties de compétence, d'indépendance, d'impartialité, de transparence, et que ses décisions puissent faire l'objet d'un recours³³³⁷.

En somme, le droit communautaire a très longtemps admis que la fonction de régulation soit partagée ou exercée par les autorités réglementaires traditionnelles dans le domaine des communications électroniques.

1234. Il en était de même dans le domaine de l'électricité, la notion même d' « *autorités nationales de régulation* » ayant fait son apparition dans le cadre de la directive 2003/54³³³⁸, et un article spéci-

³³³⁴ Directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, article 2.1 b).

³³³⁵ Directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, article 2. 2 g).

³³³⁶ Directive 2002/21 précitée, article 2 g) ; *Adde* Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), § 11, 16, 20, 21 de l'exposé des motifs et articles 4,5,6,8, 9, 11, etc. ; *Adde* Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation"), § 8, 28 et 30 de l'exposé des motifs, et articles 3,5, 10 et 15 ; *Adde* Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel"), § 6 et 27 de l'exposé des motifs et articles 6, 11, 12, 13, 17, etc.

³³³⁷ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 6 octobre 2010, *Base NV e.a. contre Ministerraad*, Affaire C-389/08, § 30.

³³³⁸ Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, § 14, 15, 16, 17, 18 de l'exposé des motifs et articles 4, 8, 10, 15, 17, 18, etc.

fique leur étant consacré³³³⁹.

À ce stade cependant, l'autorité de régulation ne présente aucune différence avec l'autorité de réglementation nationale du secteur des communications électroniques. D'une part, l'usage du pluriel semble ici aussi indiquer la pluralité potentielle d'autorités de régulation et par voie de conséquence la possibilité d'envisager que cette fonction soit partagée. D'autre part, il n'est fait référence qu'au principe d'impartialité dans l'accès aux réseaux³³⁴⁰, et la directive prévoit seulement que les autorités de régulation doivent être « *totalelement indépendantes du secteur de l'électricité* »³³⁴¹. *A contrario*, la directive ne prévoit pas une indépendance vis-à-vis des pouvoirs politiques³³⁴² et dispose au contraire que les États membres peuvent décider de l'obligation pour les autorités de régulation de soumettre à une autre autorité de l'État membre la fixation des tarifs ou au moins des méthodologies, cette autorité ayant le pouvoir d'approuver ou de rejeter la proposition de l'autorité de régulation³³⁴³.

1235. En somme, le droit communautaire considérait initialement que la régulation pouvait être une fonction partagée entre plusieurs institutions. Cependant, une telle structuration du droit est aujourd'hui remise en cause, dans un mouvement de coévolution avec la théorie économique.

b. La nouvelle exclusivité de l'exercice des fonctions de régulation au bénéfice d'autorités indépendantes

1236. Le droit positif de la régulation a récemment connu des évolutions profondes résultant du droit de l'Union européenne, conduisant à son alignement sur les préconisations normatives de l'économie néo-institutionnelle. En effet, les directives les plus récentes tendent à consacrer l'exercice exclusif, par une seule institution disposant de garanties d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique, de la fonction de régulation. C'est le cas d'abord dans le secteur des communications électroniques (i) et plus encore dans le secteur de l'électricité (ii).

³³³⁹ Directive 2003/54 précitée, article 23.

³³⁴⁰ *Ibid.*, § 14, 15, 16, 17, 18 de l'exposé des motifs et articles 4, 8, 10, 15, 17, 18, etc.

³³⁴¹ *Ibid.*, article 23.1.

³³⁴² MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 76 ; Adde DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, p. 147.

³³⁴³ Directive 2003/54 précitée, article 23.3.

i. L'exercice exclusif de la régulation par l'autorité réglementaire nationale dans les communications électroniques

1237. La nouvelle directive relative aux communications électroniques³³⁴⁴ revient sur les solutions du Paquet Télécom de 2002 s'agissant du partage de la fonction de régulation et de la possibilité que cette dernière soit exercée par des autorités ministérielles. En effet, même si elle n'en fait pas une obligation tout à fait explicitement, apparaît en creux la nécessité de créer une institution spécifique pour mettre en œuvre la régulation des communications électroniques.

La directive prévoit ainsi qu'il « convient de renforcer l'indépendance des autorités réglementaires nationales afin d'assurer une application plus efficace du cadre réglementaire et d'accroître leur autorité et la prévisibilité de leurs décisions », l'autorité réglementaire nationale devant être notamment « à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité »³³⁴⁵. Or, ce renforcement de l'indépendance de l'autorité réglementaire conduit à la conclusion selon laquelle le risque d'influence politique « rend un organisme législatif national impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire »³³⁴⁶.

Cela signifie directement que l'autorité réglementaire nationale sera nécessairement une institution autre que le Parlement. Mais une interprétation légitime de la directive conduit à ce que le gouvernement ne puisse pas non plus être considéré comme une autorité de régulation, dans la mesure où celui-ci n'est bien évidemment pas à l'abri des pressions politiques.

On trouve une confirmation explicite de cette interprétation dans les éléments de régime prévus par la directive puisque celle-ci dispose qu'il est nécessaire de mettre en place des règles de non-révocabilité des membres de l'autorité réglementaire nationale, ainsi qu'un budget propre qui doit être publié tous les ans³³⁴⁷. En creux apparaît donc l'idée que la régulation ne sera plus exercée que par une autorité indépendante et non plus par une autorité gouvernementale.

1238. C'est également le sens de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Ainsi, dans un arrêt *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, de décembre 2009, la Cour de justice de l'Union européenne a sanctionné le manquement de l'Allemagne en matière de communications électroniques³³⁴⁸. Elle a en effet considéré que le législateur national ne pouvait exclure l'intervention de l'autorité réglementaire nationale sur un marché émergent, estimant à la fois que le cadre réglementaire communautaire s'adresse directement

³³⁴⁴ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques

³³⁴⁵ *Ibid.*, § 13 de l'exposé des motifs.

³³⁴⁶ *Ibid.*

³³⁴⁷ *Ibid.*, § 13 de l'exposé des motifs et article 1.

³³⁴⁸ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 3 décembre 2009, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-424/07.

aux autorités réglementaires nationales et que celles-ci ne doivent pas être privées de leur pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans l'application de la régulation *ex ante* à un marché, y compris par le législateur national³³⁴⁹. Cette solution a depuis été confirmée en mars 2010³³⁵⁰. Il a donc été refusé au législateur d'intervenir dans la régulation *ex ante*, dont on a vu qu'elle constitue un instrument fondamental de la régulation sectorielle des communications électroniques.

Certes, la Cour semble opérer, si ce n'est un revirement de jurisprudence au sens strict, au moins un inflexionnement assez net de sa jurisprudence par l'arrêt d'octobre 2010 *Base NV e.a. contre Ministerraad* dans lequel elle estime que le législateur peut être considéré comme une autorité réglementaire nationale s'il en satisfait toutes les caractéristiques³³⁵¹. Néanmoins, cette solution, si elle se justifiait sous l'empire de l'ancien droit, ne pourra pas résister à l'application de la directive 2009/140 qui prévoit au contraire explicitement que la nécessité d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique « *rend un organisme législatif national impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire* »³³⁵².

1239. L'autorité réglementaire nationale devient donc, en droit des communications électroniques, une autorité indépendante des pouvoirs politiques. Cela ne signifie pas, bien entendu, que les pouvoirs publics n'aient plus aucune compétence en matière de droit des communications électroniques. Cependant, cette compétence ne relève pas de la fonction de régulation au sens strict, mais bien des fonctions administratives traditionnelles comme la police économique ou la mise en œuvre du service public, ainsi que le démontre l'évolution la plus récente de la jurisprudence de la Cour européenne de justice.

Ainsi, dans un arrêt *Deutsche Telekom AG contre Bundesrepublik Deutschland* du 5 mai 2011, la Cour a confirmé l'existence d'une liberté d'appréciation au bénéfice des États membres dans la détermination du contenu du service universel qu'elle avait déjà consacré en 2010³³⁵³. Néanmoins, la Cour a tenu à souligner que cette compétence des États ne doit pour autant pas empiéter sur les compétences reconnues aux autorités réglementaires nationales³³⁵⁴, conformément au principe posé par l'arrêt *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*³³⁵⁵ s'agissant notamment des fonctions de régulation *ex ante* tant sur les marchés de gros que sur les marchés de détail³³⁵⁶. Ainsi, la Cour de justice admet d'une part le maintien de l'action de l'État dans le cadre de ses fonctions de service public, mais veille d'autre part à ce que celles-ci n'empiètent pas sur la régula-

³³⁴⁹ CJUE, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-424/07, § 74 à 84.

³³⁵⁰ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) du 11 mars 2010, *Telekomunikacja Polska SA w Warszawie contre Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, C-522/08, § 28.

³³⁵¹ CJUE, *Base NV e.a. contre Ministerraad*, C-389/08, précité, § 30.

³³⁵² *Ibid.*

³³⁵³ CJUE, *Telekomunikacja Polska SA*, C-522/08, précité, § 28 ; *Adde* Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) du 5 mai 2011, *Deutsche Telekom AG contre Bundesrepublik Deutschland*, C-543/09, § 38 à 43.

³³⁵⁴ CJUE, *Deutsche Telekom AG*, C-543/09, précité, § 43 à 47.

³³⁵⁵ *Ibid.*, § 43. Cf. *Supra*.

³³⁵⁶ CJUE, *Telekomunikacja Polska*, C-522/08, précité, § 28.

tion. La distinction entre la régulation et les autres fonctions de l'État est donc mieux réalisée, attribuant le bénéfice exclusif de la régulation à des autorités qui, en vertu de la directive 2009/140, doivent être indépendantes.

1240. En définitive, la régulation tend donc à être exercée de manière exclusive par des autorités indépendantes. Ceci démontre bien la convergence du droit positif et de l'économie néo-institutionnelle. En effet, le partage de la fonction de régulation disparaît au profit de l'exercice de cette fonction par une autorité indépendante du pouvoir politique, notamment en raison du déficit de crédibilité de la réforme lié à l'intervention des pouvoirs publics. Il en est en outre de même en matière d'électricité.

ii. L'exercice exclusif de la régulation par l'autorité de régulation unique dans le secteur électrique

1241. La directive 2009/72 participe, de manière plus significative encore, à l'attribution exclusive de la fonction de régulation à une autorité indépendante et donc à l'impossibilité pour les autorités réglementaires classiques d'exercer cette fonction.

De ce point de vue, la coévolution entre le droit et la théorie économique semble se manifester, et cela est nouveau parce que ce terme n'était pas du tout présent dans le cadre de la directive 2003/54, par l'émergence et l'utilisation à de très nombreuses reprises du concept de « régulateur » dans le cadre de la directive 2009/72³³⁵⁷. Le terme « régulateur » est en effet très souvent utilisé en théorie économique, alors que le droit lui préfère en général l'expression d' « autorité de régulation ». L'émergence de ce terme démontre sans doute la transcription de la théorie économique en droit de la régulation, permettant la coévolution entre les deux systèmes, le concept de régulateur apparaissant alors comme un couplage structurel du droit et de la théorie économique.

1242. Ainsi, l'exposé des motifs de la directive 2009/72 considère de la manière la plus claire que « *l'expérience montre que l'efficacité de la régulation est souvent entravée du fait que les régulateurs ne sont pas assez indépendants des pouvoirs publics et que leurs compétences et leur marge de manœuvre ne sont pas suffisantes* »³³⁵⁸. Cela implique alors qu'il n'existe qu'une seule autorité de régulation et que celle-ci doit être indépendante des pouvoirs publics. D'une part, il est tout à fait significatif de noter que la directive prévoit explicitement que chaque « *État membre désigne une seule autorité de régulation nationale au niveau national* »³³⁵⁹, sans préjudice de l'existence d'autorités de régulation régionales³³⁶⁰. On ne

³³⁵⁷ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, § 33, 34, 37, 39, 40 de l'exposé des motifs et articles 21, 35, 37, etc.

³³⁵⁸ *Ibid.*, § 33 de l'exposé des motifs.

³³⁵⁹ *Ibid.*, article 35.1.

³³⁶⁰ *Ibid.*, article 35.2.

saurait être plus clair. Il ne peut plus exister qu'une seule autorité de régulation. D'autre part, la directive prévoit que les régulateurs « *disposent d'une indépendance totale par rapport aux autres intérêts publics ou privés* »³³⁶¹. Ainsi, non seulement il ne peut y avoir qu'une seule autorité de régulation, mais celle-ci doit être indépendante des pouvoirs publics, ce qui exclut nécessairement ceux-ci dans l'exercice de la fonction de régulation.

En outre, l'étendue des prérogatives ministérielles dans le domaine de l'électricité est remise partiellement en cause par la directive qui prévoit que l'autorité de régulation doit pouvoir prendre ses décisions de manière autonome³³⁶², et « *prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents* »³³⁶³. Il y a donc ici une volonté de diminuer les prérogatives ministérielles au bénéfice de l'accroissement des pouvoirs de l'autorité de régulation. Certes, ce principe connaît une limite de taille puisque la directive prévoit que « *[l]orsqu'un État membre le prévoit, les missions de surveillance et de contrôle visées au paragraphe 1 peuvent être exécutées par des autorités autres que l'autorité de régulation* »³³⁶⁴, ce qui permet de maintenir un certain nombre de prérogatives au bénéfice des autorités ministérielles. Cependant, il reste que dans un tel cas, ladite autorité ne pourra pas se prévaloir du titre d'autorité de régulation, d'autant que cette exception ne vise qu'un nombre limité des prérogatives de celle-ci³³⁶⁵.

1243. Le droit interne permet de renforcer cette lecture. Sous l'empire de la loi de 2000, la mention de régulation n'était utilisée que pour désigner la Commission de régulation de l'énergie, et le titre VI de la loi, relatif à la régulation, traitait uniquement des compétences de celle-ci³³⁶⁶, à l'exception d'un article prévoyant l'exercice par le ministre d'un pouvoir de sanction contre les titulaires d'autorisation d'exploitation d'une installation³³⁶⁷ et d'un article prévoyant l'institution du médiateur de l'énergie³³⁶⁸. Depuis, le Code de l'énergie a, sur le sujet de la répartition des compétences, apporté des nouveautés intéressantes, dans la mesure où il procède à une nouvelle organisation des rôles respectifs de chacun. Il va ainsi dans le sens de la clarification de la notion de régulation puisque celle-ci n'est plus utilisée que pour désigner la Commission de régulation de l'énergie. Il n'existe plus de titre consacré à la régulation mais un titre consacré à la Commission de régulation de l'énergie³³⁶⁹, clairement distinct du chapitre relatif à la médiation nationale de l'énergie³³⁷⁰ et du titre relatif explicitement au « *rôle de l'État* »³³⁷¹.

Or, la lecture de ce titre relatif au rôle de l'État révèle que les missions dont il s'agit ne

³³⁶¹ Directive 2009/72 précitée, § 33 de l'exposé des motifs.

³³⁶² *Ibid.*, article 35.5 a).

³³⁶³ *Ibid.*, § 33 de l'exposé des motifs.

³³⁶⁴ *Ibid.*, article 37.2.

³³⁶⁵ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.*

³³⁶⁶ Loi n° 2000-108 précitée, articles 28 à 43-1.

³³⁶⁷ *Ibid.*, article 41.

³³⁶⁸ *Ibid.*, article 43-1.

³³⁶⁹ Code de l'énergie, Livre 3, Titre III.

³³⁷⁰ *Ibid.*, Livre 1, Titre II, Chapitre II, Section I.

³³⁷¹ *Ibid.*, Livre 3, Titre IV.

relèvent pas de la régulation au sens où nous l'avons précédemment déterminé, contrairement à ce que pourrait laisser penser une première interprétation³³⁷². Ainsi, une part importante des prérogatives de l'État relèvent de la mise en œuvre de la politique énergétique, et notamment en son sein du service public, or, il a été démontré précédemment que l'idée d'œuvre de la régulation ne se résume pas au service public³³⁷³. Quant à la référence au « *bon fonctionnement des marchés* »³³⁷⁴ auquel doit veiller l'État, elle semble renvoyer davantage à la notion de service public qu'à la notion de régulation dans ce contexte, et s'exerce en toute hypothèse dans le respect des compétences propres de la CRE³³⁷⁵. Enfin, en ce qui concerne le pouvoir général de sanction attribué à l'État³³⁷⁶, celui-ci est bien la transposition de la réserve autorisée par la directive³³⁷⁷. Cependant, en ce qu'il se résume au pouvoir de prononcer des sanctions administratives relatives aux manquements au Code de l'énergie, il ne semble pas attribuer à l'État la mission de régulation du secteur, qui constitue une mission globale d'instauration d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques. De ce point de vue, cette mission s'apparente davantage à l'exécution d'une mission de police administrative, liée à la politique énergétique et donc au service public, plutôt qu'à une régulation au sens strict. La directive va d'ailleurs en ce sens, puisqu'elle désigne par cette réserve non les pouvoirs de régulation, qui restent au bénéfice de l'autorité unique de régulation, mais les « *missions de surveillance et de contrôle* »³³⁷⁸.

Ainsi, ces éléments démontrent que l'autorité ministérielle n'est plus en charge d'une mission de régulation au sens strict, mais davantage d'une mission de police spéciale liée notamment à la mise en œuvre de la politique énergétique et du service public. Certes, au regard de la nature même de la régulation, certaines compétences peuvent continuer de se recouper, toutefois, elles ne relèvent pas, en toute hypothèse, de la même idée d'œuvre.

1244. En somme, l'attribution de compétences relevant de la régulation au bénéfice de l'autorité ministérielle est remise en cause par l'évolution du droit positif. Celui-ci se caractérise en outre par un processus de coévolution avec la théorie économique, recherchant l'efficacité économique et sa conciliation avec l'exécution de politiques publiques par le biais de l'exercice exclusif de la fonction de régulation par une autorité disposant de garanties d'indépendance, l'autorité de régulation.

³³⁷² Cf. *Supra*.

³³⁷³ Cf. *Partie 1, Titre 1, Chapitre 2*.

³³⁷⁴ Code de l'énergie, article L. 121-45.

³³⁷⁵ Cf. *Partie 1, Titre 1, Chapitre 2*.

³³⁷⁶ Code de l'énergie, articles L. 142-30 à L. 142-36.

³³⁷⁷ Directive 2009/72 précitée, article 37.2.

³³⁷⁸ *Ibid.*

§2. La coévolution de l'autorité de régulation en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle

1245. Poursuivant la coévolution de la théorie économique et du droit de la régulation, la figure exclusive de l'autorité indépendante de régulation commence à s'imposer. En effet, cette organisation est considérée en économie néo-institutionnelle comme la plus efficace pour mettre en œuvre les réformes des industries de réseaux (A). Ce résultat fait l'objet d'une consécration progressive en droit positif au point de faire de cette autorité l'incarnation même de la régulation (B).

A. L'efficacité de l'autorité de régulation en économie néo-institutionnelle

1246. Tandis que l'économie des réseaux propose le passage au seul droit de la concurrence après une phase transitoire de réglementation du secteur³³⁷⁹, l'économie néo-institutionnelle considère au contraire qu'en raison des nombreuses spécificités d'actifs grevant les industries de réseau³³⁸⁰, le marché ne peut être une structure de gouvernance exclusive valable pour celles-ci³³⁸¹.

Dès lors, eu égard à l'inefficacité des organisations classiques dans les industries de réseau, l'économie néo-institutionnelle préconise la mise en place de structures de gouvernance particulières s'analysant comme des micro-institutions agissant à la fois *ex ante* et *ex post* (1). Plusieurs types de micro-institutions sont alors possibles mais la plus efficace est la micro-institution publique à l'échelle d'un secteur d'activité tout entier (2).

1. L'efficacité économique des micro-institutions agissant *ex ante* et *ex post*

1247. Pour l'économie néo-institutionnelle, les structures de gouvernance les plus efficaces dans les industries de réseaux doivent présenter deux particularités. D'une part, il doit s'agir de micro-institutions, c'est-à-dire de structures de gouvernance intermédiaires (a). D'autre part, ces micro-institutions ont pour caractéristique intrinsèque de cumuler des pouvoirs *ex ante* et *ex post* (b).

a. Les micro-institutions, structures de gouvernance intermédiaires

1248. Les industries de réseau se singularisent, on l'a démontré précédemment, par le fait qu'il faut analyser les transactions comme des éléments interdépendants et non comme des éléments

³³⁷⁹ Cf. *Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.*

³³⁸⁰ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 260-261.

³³⁸¹ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, p. 19.

isolés³³⁸². Le système nécessite alors une coordination en son entier et ne peut être conçu sur la base d'activités séparées³³⁸³.

Ceci justifie la nécessité de mettre en place, dans ce type d'industries notamment, des organisations intermédiaires de type hybride³³⁸⁴, ce que Claude Ménard a conceptualisé par le concept de « *micro-institutions* », qui désigne des maillons intermédiaires entre l'environnement institutionnel et les différents dispositifs d'encadrement des transactions particulières³³⁸⁵, que l'on peut également qualifier d'« *institutions relais* »³³⁸⁶. Ainsi, sont des « *micro-institutions* » les institutions qui opèrent en deçà des règles générales et ont objet de transformer ces règles générales en règles opérationnelles, et qui peuvent exister au niveau d'un secteur tout entier³³⁸⁷. Ces institutions peuvent alors donner lieu à la création d'autorités centrales coordinatrices supervisant l'ensemble des transactions intervenant dans le secteur³³⁸⁸.

La création d'une micro-institution est donc une première étape pour encadrer et coordonner les transactions dans les secteurs d'industries de réseau, mais elle n'est pas suffisante. En effet, il est nécessaire que ces autorités interviennent à la fois *ex ante* et *ex post*.

b. La nécessité de micro-institutions intervenant *ex ante* et *ex post*

1249. Dans les secteurs d'industries de réseau tout particulièrement, les micro-institutions ont pour particularité d'agir à la fois *ex ante* et *ex post*³³⁸⁹. De manière générale, les agents s'appuient toujours à la fois sur des mécanismes *ex ante* et *ex post*, dans la mesure où la transaction a besoin que soient déterminés *ex ante* les droits de propriété et que ceux-ci soient sanctionnés *ex post*³³⁹⁰,

³³⁸² GLACHANT J.-M., « Regulating networks in the new economy », *article précité*, p. 1 et pp. 2-3 ; *Adde* GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, pp. 27-29 et pp. 31-32 ; *Adde* DUBOIS U., SAPACLAN R., « Public service perspectives on reforms of electricity distribution and supply : a modular analysis », *article précité*, p. 9 et s.

³³⁸³ FINGER M., GROENEWEGEN J., KUNNEKE R., « The quest for coherence between institutions and technologies in infrastructures », work paper PhD Course De-regulation and re-regulation in networks industries, AT-OM, Paris 1, avril 2008, inédit, pp. 3-4.

³³⁸⁴ GLACHANT J.-M., « Le Pool d'électricité en Grande-Bretagne : un arrangement institutionnel hybride », *Revue d'économie politique*, 1998, pp. 89-107 ; *Adde* MÉNARD C., « From technical integrity to institutional coherence : regulatory challenges in the water sector », *op. cit.*, pp. 95-96.

³³⁸⁵ MÉNARD C., « From technical integrity to institutional coherence : regulatory challenges in the water sector », *op. cit.*, pp. 103-104 ; *Adde* BROUSSEAU E., « Intermédiation par les réseaux : quelles institutions ? », *op. cit.*, p. 173, qui les qualifie d'institutions réalisant une forme d'« *intermédiation* ».

³³⁸⁶ MÉNARD C., « L'approche néo-institutionnelle : des concepts, une méthode, des résultats », *article précité*, p. 114.

³³⁸⁷ MÉNARD C., « From technical integrity to institutional coherence : regulatory challenges in the water sector », *op. cit.*, p. 84 et pp. 92-93 ; *Adde* MÉNARD C., « L'approche néo-institutionnelle : des concepts, une méthode, des résultats », *article précité*, p. 114 ; *Adde* CORIAT B., WEINSTEIN O., « Institutions, échanges et marchés », *Revue d'économie industrielle*, n° 107, 2004, pp. 48-56.

³³⁸⁸ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 16-17.

³³⁸⁹ MÉNARD C., « L'approche néo-institutionnelle : des concepts, une méthode, des résultats », *article précité*, p. 107.

³³⁹⁰ BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M., « Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », *article précité*, p. 33 ; *Adde* CORIAT B., WEINSTEIN O., « Institutions, échanges et marchés », *article précité*, p. 46 ; *Adde* CRAMPES C., « Les outils des régulations économiques *ex ante* et *ex post* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 130.

l'ex post servant également à combler les défaillances de *l'ex ante* en raison de la rationalité limitée des agents³³⁹¹. Cependant, la nécessité de rapprocher l'exercice des fonctions *ex ante* et *ex post* est particulièrement importante dans les secteurs d'industries de réseaux.

En effet, ces micro-institutions permettent, tout en maintenant des coûts de transaction aussi bas que possibles³³⁹², un déroulement satisfaisant des transactions en ce qu'elles permettent de définir et d'exécuter les droits de propriété, et plus généralement de coordonner les acteurs³³⁹³. Dès lors, ces micro-institutions apparaissent comme les structures de gouvernance les mieux alignées aux spécificités des transactions en termes de garantie de l'investissement, de gestion de l'incertitude, de coordination des acteurs, de crédibilité et d'adaptabilité des réformes³³⁹⁴.

Ainsi, l'économie néo-institutionnelle s'accorde sur le fait que la capacité d'une structure à agir à la fois *ex ante* et *ex post* est absolument essentielle pour encadrer efficacement les transactions dans les industries de réseaux³³⁹⁵.

1250. L'autorité de gouvernance efficace dans les industries de réseau est donc une micro-institution agissant à la fois *ex ante* et *ex post*. Cependant, cette définition recouvre plusieurs types d'organisations possibles qui n'ont pas toutes la même efficacité. L'économie néo-institutionnelle se propose donc de les comparer, et il apparaît de ce point de vue, même si la question est controversée, que les institutions les plus efficaces sont les micro-institutions publiques.

2. L'efficacité des micro-institutions publiques

1251. Il existe, au sein de la catégorie des micro-institutions, plusieurs types d'organisations possibles (a). De ce point de vue, l'organisation la plus efficace est sans doute, même si la question est controversée au sein de la théorie économique, la micro-institution publique (b).

a. Les différents types de micro-institutions

1252. Plusieurs types de micro-institutions existent selon l'économie néo-institutionnelle. Dans les industries de réseau³³⁹⁶, les agents sont contraints de recourir à des structures de gouvernance spécialisées qui sont essentiellement de deux types³³⁹⁷, soit trilatéral (i), soit multilatéral (ii).

³³⁹¹ BROUSSEAU E., « Néo-institutionnalisme, prix et normativité », *article précité*, p. 11.

³³⁹² MÉNARD C., « From technical integrity to institutional coherence: regulatory challenges in the water sector », *op. cit.*, pp. 92-93.

³³⁹³ *Ibid.*, pp. 92-93 et pp. 98-99.

³³⁹⁴ *Ibid.*, pp. 89-92 et pp. 103-104.

³³⁹⁵ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 54 ; Adde GLACHANT J.-M., « Comparing institutional foundations : the creation of competitive wholesale electricity markets in Europe », *op. cit.*, p. 294 ; Adde BROUSSEAU E., « Intermédiation par les réseaux : quelles institutions ? », *op. cit.*, pp. 199-203.

³³⁹⁶ Pour une analyse différente dans le secteur de l'eau et mettant en avant d'autres types de micro-institutions, V., MÉNARD C., « From technical integrity to institutional coherence : regulatory challenges in the water sector », *op. cit.*, pp. 83-108.

i. Les micro-institutions trilatérales et l'hypothèse de l'autorité de régulation

1253. Le premier type de structure de gouvernance spécialisée est la structure de gouvernance de type trilatéral. Celle-ci se définit par l'attribution permanente à une autorité tierce du pouvoir de décision³³⁹⁸. Il existe plusieurs possibilités ici, comme l'attribution du pouvoir à un expert privé ou à l'opérateur de réseau, mais aucune de ces solutions n'est efficace. En premier lieu, l'attribution au bénéfice d'un expert privé pose problème dans la mesure où les parties perdent le pouvoir dont elles disposaient au départ et peuvent être plus tard tentées de le récupérer, ce qui nuit à la crédibilité de la réforme. En second lieu, l'attribution au bénéfice de l'opérateur du réseau est insuffisante, dans la mesure où ses prérogatives ne sont pas suffisamment larges pour coordonner suffisamment l'ensemble des transactions du secteur³³⁹⁹.

Dès lors, la fonction de micro-institution trilatérale revient en général à un régulateur sectoriel public³⁴⁰⁰. Ainsi, les autorités de régulation des marchés sont considérées comme un exemple tout à fait significatif de micro-institution³⁴⁰¹, dans la mesure où elles constituent un maillon intermédiaire et qu'elles agissent *ex ante* et *ex post*³⁴⁰². Cependant, la micro-institution publique est, du point de vue de l'efficacité économique, en concurrence directe avec les micro-institutions multilatérales, c'est-à-dire l'autorégulation.

ii. Les micro-institutions multilatérales et l'hypothèse de l'autorégulation

1254. Le second type de gouvernance spécialisée possible est la structure de gouvernance de type multilatérale³⁴⁰³. Il s'agit ici de l'hypothèse où la structure de gouvernance spécialisée comprend les agents économiques eux-mêmes, qui se réunissent dans des clubs privés³⁴⁰⁴, c'est-à-dire,

³³⁹⁷ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 267 et s. ; *Adde* DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 56-57.

³³⁹⁸ *Ibid.*

³³⁹⁹ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, pp. 269-270 ; *Adde* GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *op. cit.*, pp. 22-23.

³⁴⁰⁰ *Ibid.*

³⁴⁰¹ MÉNARD C., « L'approche néo-institutionnelle : des concepts, une méthode, des résultats », *article précité*, p. 107 ; *Adde* CORIAT B., WEINSTEIN O., « Institutions, échanges et marchés », *article précité*, p. 50.

³⁴⁰² GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 269 ; *Adde* DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 105.

³⁴⁰³ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 267 et s. ; *Adde* GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, pp. 19-20 ; *Adde* DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 56-57.

³⁴⁰⁴ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 268 ; *Adde* GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, pp. 20-21.

pour le dire autrement, dans des structures d'autorégulation³⁴⁰⁵.

Cette structure de gouvernance des transactions est efficace dans le cadre des industries de réseau, car il s'agit d'une micro-institution et qu'elle agit *ex ante* et *ex post*³⁴⁰⁶, ainsi qu'ont pu le montrer des exemples étrangers notamment en Allemagne³⁴⁰⁷ ou en Angleterre³⁴⁰⁸.

1255. Il existe donc deux types de structures de gouvernance possibles en matière d'industrie de réseau selon l'économie néo-institutionnelle, d'une part, le régulateur sectoriel, et d'autre part, l'autorégulation. La question de savoir quel est ici le dispositif le plus efficace est une question controversée.

b. Comparaison de l'efficacité des micro-institutions

1256. La question de l'efficacité respective de la régulation et de l'autorégulation est une question qui divise les auteurs de l'économie néo-institutionnelle. Ainsi, tandis que de nombreux auteurs néo-institutionnalistes tendent à considérer que l'autorégulation serait préférable à la régulation (i) on peut néanmoins soutenir, avec d'autres économistes, que l'autorégulation présente trop de sources d'inefficacités et qu'il faut lui préférer des dispositifs de régulation publique indépendante (ii).

i. L'hypothèse de l'efficience de l'autorégulation

1257. Pour une part importante des économistes, l'autorégulation est préférable à la régulation³⁴⁰⁹. De nombreux arguments, en effet, poussent à la mise en œuvre de ces procédés. Tout d'abord, l'expertise des agents économiques permet de réduire les coûts de transaction d'autant que les agents, dans la mesure où ils les supportent, sont incités à les réduire³⁴¹⁰. Ensuite, ces structures sont considérées comme plus flexibles, notamment parce qu'elles ont moins de con-

³⁴⁰⁵ LORIDAN-BAUDRIER A., *Coûts de coordination, structures de gouvernance réglementaire et environnement institutionnel : une analyse économique néo-institutionnelle de la mise en œuvre du cadre réglementaire européen des communications électroniques*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Économiques, Paris 1, 2007, p. 227 et s ; Adde DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 107.

³⁴⁰⁶ MÉNARD C., « L'approche néo-institutionnelle : des concepts, une méthode, des résultats », *article précité*, p. 107 ; Adde BROUSSEAU E., « Intermédiation par les réseaux : quelles institutions ? », *op. cit.*, p. 172 et pp. 199-203.

³⁴⁰⁷ V., DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 226 et s. et spécialement p. 268 et s.

³⁴⁰⁸ GLACHANT J.-M., « Le Pool d'électricité en Grande-Bretagne : un arrangement institutionnel hybride », *article précité*, pp. 97-98.

³⁴⁰⁹ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, pp. 270-271 ; Adde WILLAMSON O. E., « Transaction cost economics : the precursors », in C. Ménard, M. Ghertman (eds.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 19-22.

³⁴¹⁰ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 162-164 ; Adde DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 108-109.

traintes procédurales³⁴¹¹. Enfin, elles seraient également moins soumises au risque de capture³⁴¹². Dès lors, la tendance actuelle serait au développement de l'autorégulation³⁴¹³.

Ainsi, certains auteurs néo-institutionnalistes préconisent le développement continu des mécanismes d'autorégulation. Une telle position est cependant contestée au profit de l'hypothèse de l'efficacité de la régulation.

ii. L'hypothèse de l'efficacité de la régulation publique

1258. D'autres économistes critiquent la thèse de l'efficacité de l'autorégulation et promeuvent au contraire une régulation publique prise en charge par une autorité de régulation sectorielle indépendante.

1259. En premier lieu, la thèse de l'efficacité de l'autorégulation est critiquée par un certain nombre d'auteurs néo-institutionnalistes.

Tout d'abord, ceux-ci font valoir qu'il résulte de l'expérience qu'en toute hypothèse, les structures de gouvernance privées font toujours l'objet d'un contrôle par la puissance publique, ainsi que le démontre l'organisation des marchés de gros électriques en Angleterre³⁴¹⁴, ou la supervision en Allemagne avant 2008 des accords de branche conclus entre opérateurs³⁴¹⁵. Ensuite, ceux-ci font valoir que l'autorégulation, même placée sous une certaine tutelle publique, présente de forts risques d'échec comme l'a montré notamment l'échec de l'autorégulation allemande³⁴¹⁶, et c'est dans ce cas la puissance publique qui doit y répondre³⁴¹⁷. Ainsi, si l'autorégulation peut être utilisée par les acteurs économiques, elle ne peut pas être utilisée seule et n'enlève pas à la régulation publique son caractère indispensable³⁴¹⁸.

1260. En deuxième lieu, de nombreux économistes soutiennent que les autorités de régulation sont le type d'organisation le plus pertinent pour mettre en œuvre les réformes des industries de

³⁴¹¹ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 270 ; *Adde* DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 109.

³⁴¹² NEWBERRY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 162-164 ; *Adde* GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, p. 39.

³⁴¹³ GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 270 ; *Adde* GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *op. cit.*, p. 24.

³⁴¹⁴ GLACHANT J.-M., « Comparing institutional foundations : the creation of competitive wholesale electricity markets in Europe », *op. cit.*, pp. 298-300 ; *Adde* GLACHANT J.-M., « Le Pool d'électricité en Grande-Bretagne : un arrangement institutionnel hybride », *article précité*, p. 102.

³⁴¹⁵ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 226-236, pp. 246-253 et pp. 270-274.

³⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 277 et s.

³⁴¹⁷ GLACHANT J.-M., « La crise californienne. Accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l'électricité ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 29-42.

³⁴¹⁸ BROUSSEAU E., « Intermédiation par les réseaux : quelles institutions ? », *op. cit.*, p. 229.

réseau³⁴¹⁹, comment en témoignent l'extension croissante de leurs pouvoirs³⁴²⁰ et la diffusion de ce modèle dans un nombre toujours croissant de pays³⁴²¹.

Pour ces économistes, tout d'abord, l'existence de fortes spécificités de coordination exige une centralisation de la structure de gouvernance et l'attribution d'un pouvoir général sur le secteur considéré, ce qui plaide en faveur d'une institution publique³⁴²². Ensuite, la crédibilité de l'autorité peut être assurée dès lors que lui est accordé un statut permettant d'obtenir un juste équilibre entre l'indépendance et la responsabilité³⁴²³ et un pouvoir discrétionnaire limité³⁴²⁴. Enfin, la mise en place d'une autorité de régulation est la meilleure solution du point de vue de la spécificité des transactions en termes de service public et de protection des consommateurs puisque seule une autorité publique peut prendre en charge ces problèmes qui impliquent un contrôle démocratique³⁴²⁵. L'autorité de régulation apparaît alors comme l'organisation la plus efficace dans le cadre des industries de réseau.

1261. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'économie néo-institutionnelle considère que la réforme des industries de réseau doit être mise en œuvre par une autorité de régulation, définie comme une micro-institution, c'est-à-dire une institution intermédiaire entre l'environnement institutionnel et les transactions, agissant à la fois *ex ante* et *ex post*, indépendante mais responsable vis-à-vis de l'environnement institutionnel. Or, il apparaît que le droit positif se caractérise par un processus de transcription progressive de ces résultats, en ce qu'il renforce toujours davantage la figure de l'autorité de régulation.

³⁴¹⁹ V., parmi de nombreux autres exemples GEOFFRON P., MERITET S., « Les transitions réglementaires électriques », *op. cit.*, p. 434 ; Adde GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M., « Policy assessment and good practices », in J.-M. Glachant, F. Lévêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 188-196 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 395-399.

³⁴²⁰ BOUTTES J.-P., TROCHET J.-M., « La conception des règles des marchés de l'électricité ouverts à la concurrence », in *L'ouverture des marchés de l'électricité en Europe*, *Économie publique*, 2004/1, pp. 86-87 ; Adde MORIN F., « La régulation du secteur de l'énergie en France : état des lieux économiques », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », LGDJ, 2006, p. 450 et s.

³⁴²¹ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *op. cit.*, pp. 48-49.

³⁴²² MÉNARD C., « From technical integrity to institutional coherence : regulatory challenges in the water sector », *op. cit.*, p. 84 et pp. 92-93 ; Adde CORIAT B., WEINSTEIN O., « Institutions, échanges et marchés », *article précité*, p. 42 et s.

³⁴²³ GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, pp. 48-50.

³⁴²⁴ SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, pp. 518-523 et p. 529 ; Adde DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 59-60.

³⁴²⁵ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, p. 10 ; Adde DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 29 ; Adde FINGER M., GROENEWEGEN J., KUNNEKE R., « The quest for coherence between institutions and technologies in infrastructures », *article précité*, p. 5 et p. 9 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 387.

B. La consécration de la figure de l'autorité de régulation en droit de la régulation

1262. Le droit positif a progressivement adopté des solutions répondant aux préconisations de la théorie économique. Dans un premier temps, on peut constater qu'il a existé une concordance du droit de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle, c'est-à-dire que l'émergence d'une notion d'autorité de régulation en droit a été parallèle, mais non directement liée, à l'affirmation de la figure du régulateur en théorie économique (1). Néanmoins, cette concordance semble aujourd'hui devenir une véritable coévolution, notamment à travers l'utilisation nouvelle du concept de régulateur, couplage structurel du droit et de la théorie économique, qui conduit à un renforcement des autorités de régulation (2).

1. La concordance initiale du droit et de la théorie économique dans l'émergence des autorités de régulation

1263. L'évolution du droit de la régulation semble d'abord concorder avec les principes de l'économie néo-institutionnelle. Sur la base du modèle anglo-saxon d'autorités de régulation (a), est progressivement apparue en droit la notion d'autorité de régulation (b).

a. L'influence du modèle anglo-saxon d'autorité de régulation

1264. La figure de l'autorité de régulation prend sa source dans le droit américain (i). Le modèle anglais, quoique précurseur en matière d'ouverture la concurrence des industries de réseau en Europe, a eu semble-t-il moins d'influence d'un point de vue juridique (ii).

i. Le modèle américain d'autorité de régulation

1265. Il existe bien un « modèle » américain d'autorité de régulation dans le sens où c'est le droit américain qui a servi de référence à la construction des autorités de régulation³⁴²⁶. Ce modèle est celui des « *federal regulatory commissions* », dites également « *independent regulatory agencies* », autorités administratives qui ont pour caractéristique d'être indépendantes du Président³⁴²⁷. S'il n'existe pas de définition officielle de l'agence indépendante³⁴²⁸, il reste que celle-ci constitue une notion juridique bien établie, qui correspond au concept d'autorité de régulation aux États-Unis³⁴²⁹.

³⁴²⁶ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 270-271 ; Adde MODERNE F., « Étude comparée », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, p. 188 ; Adde MATHEU M., « L'Europe à l'école américaine et britannique », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs*, *Sociétal*, n°30, 2000, p. 57.

³⁴²⁷ ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, 2004, pp. 757-758 ; Adde MODERNE F., « Étude comparée », *op. cit.*, p. 193 et s.

³⁴²⁸ ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, p. 766.

³⁴²⁹ MATHEU M., « L'Europe à l'école américaine et britannique », *article précité*, p. 55.

En effet, certains auteurs soutiennent que c'est pour prendre en charge la régulation des marchés liée aux *public utilities* que ces agences ont été créées³⁴³⁰. C'est ainsi que la première autorité indépendante, l'*Interstate Commerce Commission*, a été créée pour assurer l'attribution de licences dans le cadre des chemins de fer³⁴³¹. Cette Commission, au départ rattachée à l'administration, s'est vue attribuée une indépendance vis-à-vis de l'exécutif deux ans plus tard, le Parlement rechignant à accorder trop de pouvoirs au Président³⁴³². Par la suite, la formule de l'agence indépendante a été étendue à la *Federal Trade Commission*, c'est-à-dire l'autorité de concurrence³⁴³³. C'est seulement postérieurement, et notamment lors du New Deal, que ce modèle d'autorité indépendante s'est étendu à un très grand nombre de domaines et n'a cessé de se développer³⁴³⁴.

Par ailleurs, la particularité des agences indépendantes est bien de cumuler des pouvoirs quasi-législatifs, quasi-exécutifs et quasi-judiciaires³⁴³⁵. Elles disposent ainsi de pouvoirs quasi-exécutifs par le biais de pouvoirs de surveillance et d'enquête, de pouvoirs quasi-législatifs par la possibilité d'adopter des règlements ainsi que du *soft law*, de pouvoirs quasi-judiciaires par l'intermédiaire de pouvoirs de sanction, d'arbitrage, ainsi qu'une compétence de principe s'agissant du contentieux entrant dans le champ de leurs attributions³⁴³⁶.

1266. Ce modèle dispose aux États-Unis d'une assise juridique très solide puisqu'il a été consacré au niveau constitutionnel. En effet, la Cour Suprême a, par un « *grand arrêt* » selon l'expression consacrée³⁴³⁷, soutenu véritablement cette forme institutionnelle³⁴³⁸. Par le célèbre arrêt *Humphrey's Executor v. United States* du 27 mai 1935³⁴³⁹, la Cour Suprême a fondé les principes fondamentaux gouvernant le régime de ces autorités en constitutionnalisant leur indépendance³⁴⁴⁰ vis-à-vis de

³⁴³⁰ *Ibid.*, p. 56 et s. *V.*, également DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, p. 45 et s.

³⁴³¹ ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 201-202.

³⁴³² DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, p. 45 et s.

³⁴³³ ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, p. 202 ; *Adde* ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, p. 758 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, pp. 45-56.

³⁴³⁴ MODERNE F., « Étude comparée », *op. cit.*, p. 193 et s. ; *Adde* ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, p. 758 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, pp. 45-56.

³⁴³⁵ MATHEU M., « L'Europe à l'école américaine et britannique », *article précité*, p. 56 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, p. 66.

³⁴³⁶ DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, pp. 67-68.

³⁴³⁷ ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, 922 p.

³⁴³⁸ MODERNE F., « Étude comparée », *op. cit.*, p. 196 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, pp. 43-44.

³⁴³⁹ Arrêt de la Cour Suprême *Humphrey's Executor v. United States* du 27 mai 1935, in E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, pp. 192-207.

³⁴⁴⁰ ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, pp. 194-200. La question posée à la Cour était celle de savoir si le Président avait pu légalement révoquer le président de la *Federal Trade Commission*. La Cour estima que la législation avait entendu créer un organe indépendant du pouvoir exécutif, que la durée et la non-révocabilité du mandat contribuaient « de façon cruciale » à la réalisation de cet objectif et qu'ainsi on ne pouvait laisser au Président le droit de révoquer de manière discrétionnaire les membres de ce type d'autorité, la possibilité de révoquer n'étant alors ouverte que dans les cas prévus par la loi.

l'exécutif et de l'exécutif seulement³⁴⁴¹. Ce principe est désormais bien intégré en droit constitutionnel américain et ne fait plus vraiment l'objet de controverses³⁴⁴².

D'ailleurs, il est tout à fait significatif de souligner à ce propos que le raisonnement soutenu par la Cour Suprême apparaît conforme aux principes de l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation. En effet, cette solution résulte, selon la Cour Suprême, de la fonction particulière mise en œuvre par ces autorités³⁴⁴³. La Cour considère que l'indépendance de l'autorité administrative vis à vis de l'exécutif est liée au fait que celle-ci exerce des fonctions « *quasi-judiciaire* » et « *quasi-législative* »³⁴⁴⁴.

1267. Il convient toutefois de nuancer ce « modèle ». En effet, certains auteurs spécialistes de droit comparé font valoir que celui-ci n'est pas aussi clair qu'il est souvent présenté. Ainsi, ils soulignent que le soi-disant modèle américain de l'autorité de régulation vise en réalité l'ensemble des agences, qui constituent l'unité de base de l'administration américaine, dès lors qu'elles sont placées hors d'un département ministériel, et qu'il n'existe donc pas de réelle spécificité institutionnelle en matière d'industries de réseau³⁴⁴⁵. En outre, il n'y aurait plus de rapport systématique entre le cumul des pouvoirs et l'agence indépendante, toutes les autorités exécutives en disposant, et enfin le nombre de ces agences indépendantes serait en diminution au profit pour certaines d'une réintégration dans les départements ministériel³⁴⁴⁶. Pour certains comparatistes, le modèle de la régulation pourrait donc finalement devenir un contre-modèle.

Toutefois, force est de constater que l'idée selon laquelle l'autorité de régulation aurait trouvé dans le droit américain un modèle institutionnel continue d'être régulièrement soutenue³⁴⁴⁷. Dès lors, en toute hypothèse, ce modèle, s'il est pour partie fondé sur des préjugés, se maintient dans beaucoup d'esprits et a sans doute inspiré tant le modèle du régulateur en théorie économique que le modèle de l'autorité de régulation en droit interne comme en droit de l'Union européenne. L'influence du modèle anglais a semble-t-il été plus limitée même si elle a constitué une expérience première en Europe.

³⁴⁴¹ MODERNE F., « Étude comparée », *op. cit.*, pp. 196-197 ; Adde FEREJOHN J., « The Authority of Regulation and the Control of Regulators », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 35-37.

³⁴⁴² DAVIS H. M., « L'expérience américaine des "independent regulatory commissions" », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 222-223.

³⁴⁴³ ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, pp. 202-203.

³⁴⁴⁴ Arrêt de la Cour Suprême *Humphrey's Executor* précité, in E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 194, p. 195, p. 196, p. 197.

³⁴⁴⁵ CUSTOS D., « La notion américaine de régulation », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 149-150.

³⁴⁴⁶ CUSTOS D., « La notion américaine de régulation », *op. cit.*, pp. 150-151.

³⁴⁴⁷ DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, pp. 45-56 ; Adde ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, p. 757 ; Adde MATHEU M., « L'Europe à l'école américaine et britannique », *article précité*, p. 55.

ii. L'influence limitée du modèle anglais

1268. Le Royaume-Uni est l'un des premiers pays européens à avoir mis en place des agences indépendantes³⁴⁴⁸, en tant que pays pionnier d'ouverture à la concurrence des industries de réseau en Europe³⁴⁴⁹. Cependant, l'influence du modèle anglais a été très limitée et ne correspond guère au concept d'autorité de régulation.

En effet, la catégorie des *Executive non departmental bodies* qui sert d'assise à l'autorité de régulation est extrêmement hétérogène et présente de grandes difficultés de systématisation³⁴⁵⁰, même si certaines d'entre elles présentent des caractéristiques de régulateurs comme une relative autonomie ou le cumul de pouvoirs quasi-exécutifs, quasi-législatifs et quasi-judiciaires³⁴⁵¹. Par ailleurs, cette catégorie est utilisée pour désigner à la fois les autorités en charge de la régulation du secteur et celles en charge de fournir le service, ce qui rend cette catégorie impropre à servir de modèle pour les autorités de régulation³⁴⁵². Enfin certaines innovations caractéristiques du modèle anglais, comme le régulateur unique, ont été des échecs et donc ont été abandonnées³⁴⁵³.

1269. Dès lors, c'est bien sur la base du modèle de l'« *independent regulatory agency* » américaine qu'ont été progressivement créées des autorités de régulation, notion juridique qui a émergé avec l'ouverture à la concurrence des industries de réseau.

b. L'émergence de l'autorité de régulation en droit

1270. L'émergence de la notion d'autorité de régulation en droit résulte d'abord d'une concordance d'analyse entre le droit de la régulation et l'économie néo-institutionnelle. À ce stade, il ne s'agit donc que d'une correspondance entre les deux disciplines dans la mesure où il n'existe pas de réel couplage structurel permettant la communication directe entre elles. L'analyse réalisée fut en toute hypothèse similaire, puisque la création des autorités de régulation (ii), s'explique également en droit par la prétendue incapacité des institutions classiques à prendre en charge la fonction de régulation (i).

³⁴⁴⁸ DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, p. 90.

³⁴⁴⁹ MATHEU M., « L'Europe à l'école américaine et britannique », *article précité*, p. 57 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, p. 25.

³⁴⁵⁰ MODERNE F., « Étude comparée », *op. cit.*, pp. 199-203 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, pp. 99-112 ; *Adde* MACHIN H., « L'expérience britannique », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 238-240.

³⁴⁵¹ DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, pp. 106-111.

³⁴⁵² MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 351 ; *Adde* MACHIN H., « L'expérience britannique », *op. cit.*, p. 240.

³⁴⁵³ DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, p. 116.

i. La prétendue faillite des institutions classiques

1271. La doctrine, et notamment la doctrine du Conseil d'État, a soutenu que la nécessité de créer des autorités de régulation provenait d'abord de l'insuffisance des institutions classiques³⁴⁵⁴.

En premier lieu, la doctrine a pu considérer que les institutions normatives traditionnelles n'étaient pas aptes à prendre en charge la fonction de régulation. D'abord, le Parlement ne permettrait pas d'obtenir la souplesse et l'adaptabilité nécessaires à la régulation³⁴⁵⁵. Ensuite, la régulation implique une certaine forme d'indépendance vis-à-vis du gouvernement dans les domaines dans lesquels l'État a des intérêts patrimoniaux³⁴⁵⁶. Enfin, l'administration traditionnelle ne présenterait pas suffisamment de garanties en termes d'efficacité, de crédibilité, d'expertise, de communication avec les professionnels, d'impartialité, de transparence, etc.³⁴⁵⁷.

En deuxième lieu, la doctrine a également mis en avant le fait que le pouvoir judiciaire n'est pas assez efficace et rapide³⁴⁵⁸ et que son intervention *a posteriori* et au cas par cas ne suffit pas dans des domaines où l'action doit s'exercer *a priori* puis de manière constante³⁴⁵⁹.

Or, ces arguments apparaissent très proches de ceux qui sont mis en avant par l'économie néo-institutionnelle pour expliquer l'émergence des autorités de régulation. La proximité du droit et de l'économie néo-institutionnelle est ici saisissante.

ii. L'émergence de la notion d'autorité de régulation en droit positif

1272. La notion d'autorité de régulation résulte d'abord du droit interne. En effet, cette notion est d'abord apparue dans la loi, en 1996, par la création de l'Autorité de régulation des télécommunications³⁴⁶⁰, alors que le droit communautaire, jusqu'aujourd'hui, ne connaît que la notion d'« *autorité réglementaire nationale* » dans les communications électroniques³⁴⁶¹. L'utilisation de la notion d'autorité de régulation fut plus tard confirmée par la création de la Commission de régu-

³⁴⁵⁴ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 387 et s. ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », RDP, 1990, p. 155.

³⁴⁵⁵ TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, p. 38.

³⁴⁵⁶ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *Office parlementaire d'évaluation de la législation*, Tome 1, Rapport, 2006, p. 20 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », in P. Gélard, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *Office parlementaire d'évaluation de la législation*, Tome 2, Annexe, 2006, p. 17 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, pp. 40-41 ; *Adde* CHEVALLIER J., « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *article précité*, p. 45 et p. 47. L'auteur parle notamment d'« *extériorité* ».

³⁴⁵⁷ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 275-277 ; *Adde* GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 27-28 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 16-21.

³⁴⁵⁸ GUÉDON M.-J., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 22-23.

³⁴⁵⁹ EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Rapport public*, n°35, 1983-1984, pp. 13-14 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, pp. 38-39.

³⁴⁶⁰ Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications.

³⁴⁶¹ *Cf. Supra*.

lation de l'électricité³⁴⁶². La mise en place d'autorités de régulation dans le secteur électrique au niveau interne fut d'ailleurs l'occasion pour le droit communautaire de consacrer cette notion dans les directives sectorielles³⁴⁶³. Or, à l'époque, les caractéristiques des autorités de régulation en droit interne concordent déjà avec le cadre d'analyse de l'économie néo-institutionnelle.

1273. En premier lieu, les autorités de régulation apparaissent bien comme des micro-institutions, en ce qu'elles ont d'abord trouvé dans les autorités administratives indépendantes la catégorie juridique leur servant d'assise³⁴⁶⁴. Il est tout à fait significatif de souligner de ce point de vue que la qualification d'autorité administrative indépendante de la première autorité de régulation au sens plein du terme, l'Autorité de régulation des télécommunications, ne résultait pas de la loi, mais a été dégagée de manière prétorienne par le juge constitutionnel lui-même³⁴⁶⁵. Il y a donc, dans l'utilisation de cette catégorie à propos de la régulation, un aspect spontané qui illustre bien la nécessité de celle-ci au regard de l'exercice de la mission de régulation. En effet, le choix de cette catégorie, qui préexistait à l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux³⁴⁶⁶, fut considéré comme pertinent à cette fin en l'absence de notion d'autorité de régulation³⁴⁶⁷.

En tant qu'autorité administrative, l'autorité administrative indépendante se situe en deçà de la loi et en deçà du pouvoir ministériel³⁴⁶⁸. En outre, elle dispose d'un statut d'indépendance vis-à-vis des opérateurs privés comme du gouvernement, le Conseil constitutionnel ayant qualifié cette autorité, dans le silence de loi, d'« *autorité administrative indépendante du Gouvernement* »³⁴⁶⁹. Ainsi l'autorité administrative indépendante, prévue au départ comme une solution pour protéger les libertés fondamentales, a été réutilisée pour la régulation car elle est apparue comme la meilleure solution pour s'assurer de la neutralité vis-à-vis de l'État qui avait des intérêts dans les secteurs régulés³⁴⁷⁰. Enfin, c'est la solution qui a été considérée comme répondant le mieux aux objectifs d'expertise, d'efficacité et d'impartialité³⁴⁷¹.

³⁴⁶² Loi n° 2000-108 précitée, article 28.

³⁴⁶³ DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, op. cit., pp. 148-152.

³⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 171.

³⁴⁶⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, considérant n°16. V., EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 266 ; Adde MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », op. cit., p. 66.

³⁴⁶⁶ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 26 ; Adde FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », op. cit., p. 15.

³⁴⁶⁷ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., pp. 267-268.

³⁴⁶⁸ AUTIN J.-L., « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *Revue administrative*, 1988, p. 335 ; Adde TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, pp. 174-175 ; Adde LUPPI P., « L'unité du pouvoir réglementaire du Premier ministre et son caractère *ab initio* », note sous Conseil constitutionnel, 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, n° 2006-544 DC, *AJDA*, 2006, p. 1645.

³⁴⁶⁹ Décision du Conseil constitutionnel n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*, considérant n° 4.

³⁴⁷⁰ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », op. cit., p. 65 et s.

³⁴⁷¹ BRIAND-MELEDON D., « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *RIDE*, 2007, pp. 350-351.

Dès lors, l'autorité de régulation apparaît bien comme une micro-institution au sens de l'économie néo-institutionnelle. De ce point de vue, il faut souligner que le Conseil d'État est allé en ce sens en considérant explicitement dans sa doctrine que la régulation constitue « *quelque chose d'intermédiaire entre le choix des politiques, qui n'appartient qu'aux autorités élues ou directement contrôlées par les élus, et la gestion des services, qui est l'affaire des administrations, placées sous le pouvoir hiérarchique ou la tutelle des premières* »³⁴⁷².

1274. En second lieu, les autorités de régulation répondent aux critères d'efficacité de l'économie néo-institutionnelle en ce sens qu'elles peuvent cumuler des pouvoirs *ex ante* et *ex post*, c'est-à-dire, du point de vue du droit, des pouvoirs normatifs et contentieux³⁴⁷³, à la différence de la plupart des institutions traditionnelles³⁴⁷⁴.

Ainsi, le Conseil constitutionnel, saisi de l'argument selon lequel l'attribution d'un pouvoir de sanction administrative à une autorité administrative indépendante contreviendrait à la séparation des pouvoirs en ce que l'autorité disposerait alors à la fois d'un pouvoir normatif et contentieux, a considéré que « *le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction* »³⁴⁷⁵, principe qui fut repris dans le cas spécifique de l'Autorité de régulation des télécommunications³⁴⁷⁶. Ainsi, le Conseil a implicitement considéré que la séparation des pouvoirs ne s'opposait pas au cumul de pouvoirs normatifs et contentieux s'agissant des autorités administratives indépendantes³⁴⁷⁷.

Aujourd'hui, l'ARCEP comme la CRE cumulent des pouvoirs normatifs, s'exerçant notamment par la voie réglementaire³⁴⁷⁸, et des pouvoirs contentieux, s'exerçant notamment par la voie du pouvoir de sanction³⁴⁷⁹ et du pouvoir de règlement de différends³⁴⁸⁰.

³⁴⁷² EDCE, 1983-1984, *op. cit.*, p. 20 ; *Adde* EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 279-280.

³⁴⁷³ *V.*, parmi de nombreux autres exemples, EDCE, 1983-1984, *op. cit.*, pp. 18-19 ; *Adde* EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 257 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, p. 155 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Le devenir des autorités administratives indépendantes », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFD, 2010, p. 880 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », *op. cit.*, pp. 3-7.

³⁴⁷⁴ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 50 ; *Adde* CHEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, 1995, n°1, *article précité*, p. 85.

³⁴⁷⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, Considérant n°6.

³⁴⁷⁶ Cons. Const., *Loi de réglementation des télécommunications*, n° 96-378 DC, *précité*, considérant n°15.

³⁴⁷⁷ TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 190 ; *Adde* GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, « Clefs politique », 1994, 2^{ème} Ed., pp. 84-86 ; *Adde* BRIAND-MELEDO D., « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *article précité*, p. 359.

³⁴⁷⁸ Respectivement, CPCE, articles L. 36-6 et L. 36-7 et Code de l'énergie, articles L. 134-1 et s. Anciennement, loi n° 2000-108 *précitée*, article 37.

³⁴⁷⁹ Respectivement, CPCE, article L. 36-11 et Code de l'énergie, articles L. 134-25 et s. Anciennement, loi n° 2000-108 *précitée*, article 40.

³⁴⁸⁰ Respectivement, CPCE, article L. 38 et Code de l'énergie, articles L. 134-19 et s. Anciennement, loi n° 2000-108 *précitée*, article 33.

1275. Ainsi, historiquement, droit et théorie économique concordent s'agissant de l'idée selon laquelle l'émergence des autorités de régulation s'explique d'abord par la faillite des institutions administratives classiques. Les autorités de régulation se structurent alors en tant qu'institutions intermédiaires cumulant des pouvoirs normatifs et contentieux.

Cependant, cette concordance semble se muer progressivement en véritable coévolution du droit et de la théorie économique, ainsi qu'en témoignent l'utilisation nouvelle du terme régulateur, couplage structurel du droit et de la théorie économique, et le renforcement spectaculaire des autorités de régulation dans les évolutions les plus récentes du droit positif.

2. Le renforcement des autorités de régulation par la coévolution actuelle du droit et de la théorie économique

1276. À la concordance d'analyse semble succéder, à partir de 2009, une véritable coévolution entre le droit et la théorie économique. Notamment, ainsi qu'il a été dit précédemment, la directive 2009/72 se caractérise, à la différence des directives précédentes, par l'émergence du concept de « régulateur »³⁴⁸¹, concept qui vient directement de la théorie économique, le droit ayant préféré jusqu'ici le terme d'autorité de régulation. Il en est de même dans une moindre mesure dans les communications électroniques, la directive 2009/140 faisant référence aux « régulateurs » pour désigner l'organe des régulateurs européens³⁴⁸². Or, l'émergence de ce concept traduit au mieux la volonté de transcription des modèles économiques dans le droit, au minimum la très grande influence de ceux-ci sur le droit, et est en toute hypothèse de nature à servir pour le présent et pour l'avenir de couplage structurel entre le droit et la théorie économique. De ce point de vue, il faut souligner le rôle fondamental qu'a joué ici la Cour de justice de l'Union européenne, qui a largement participé au renforcement des autorités de régulation dans sa jurisprudence à partir de 2009.

Ainsi, il existe actuellement un processus très net de renforcement des autorités de régulation en droit en tant qu'organe exclusif de régulation, dans le sens des préconisations des économistes. En effet, les autorités de régulation se sont vues renforcées tant du point de vue de leur indépendance (a) que du point de vue de leurs compétences (b).

a. Le renforcement de l'indépendance des autorités de régulation

1277. Le processus de coévolution du droit et de la théorie économique à propos des autorités de régulation est significatif d'abord en ce qui concerne leur indépendance, aux fins de renforcer la crédibilité des réformes. En premier lieu, la jurisprudence de la Cour de justice a adopté une

³⁴⁸¹ Directive 2009/72 précitée, articles 21, 35, 37.

³⁴⁸² Directive 2009/140 précitée, § 3 de l'exposé des motifs et article 1.

extension extensive de l'indépendance de ces autorités (i). En second lieu, c'est également le sens des nouvelles directives relatives aux communications électroniques et à l'électricité (ii).

i. Le renforcement de l'indépendance des autorités de régulation par la Cour de justice de l'Union européenne

1278. En premier lieu, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a renforcé l'indépendance des autorités de régulation, jusqu'à consacrer aujourd'hui une indépendance presque totale vis-à-vis du gouvernement des autorités administratives indépendantes exerçant une « fonction régulatrice ».

1279. Tout d'abord, dans un arrêt *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne* de décembre 2009, la Cour de justice de l'Union européenne est venue sanctionner le manquement de l'Allemagne en matière de communications électroniques³⁴⁸³. La Cour a considéré ici que le législateur national ne pouvait exclure l'intervention de l'autorité réglementaire nationale sur un marché émergent, estimant à la fois que le cadre réglementaire communautaire s'adresse aux autorités réglementaires nationales directement, et que celles-ci ne doivent pas être privées de leur pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans l'application de la régulation *ex ante* à un marché, y compris par le législateur national³⁴⁸⁴.

La doctrine a qualifié cet arrêt, peut-être exagérément, de « révolutionnaire », en ce qu'il confère aux autorités réglementaires nationales un pouvoir personnel d'appréciation et les protège de l'intervention excessive du législateur³⁴⁸⁵. Cette jurisprudence constitue en toute hypothèse les prémisses de la construction d'une catégorie d'autorité de régulation nationale au sens du droit de l'Union européenne³⁴⁸⁶.

1280. Plus récemment, la Cour de Justice est allée encore plus loin dans une décision de mars 2010, caractéristique de la création d'une « doctrine » européenne relative à l'indépendance des autorités de régulation³⁴⁸⁷. Rendue à propos du traitement des données à caractère personnel lors de l'examen d'une loi allemande au regard des exigences de la directive européenne pertinente, la Cour a donné une interprétation large de la notion d'indépendance utilisée dans cette directive³⁴⁸⁸. Ainsi, en l'absence de définition textuelle, la Cour a considéré qu'« en matière d'organe public, le terme

³⁴⁸³ CJUE, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-424/07, précité.

³⁴⁸⁴ *Ibid.*, § 74 à 84.

³⁴⁸⁵ BOUVERESSE A., « Vers un statut et un régime communautaire des régulateurs nationaux ? », note sous CJUE, 3 décembre 2009, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, Affaire C-424/07, *Europe*, n°2, février 2010, p. 26.

³⁴⁸⁶ *Ibid.*

³⁴⁸⁷ KAUFF-GAZIN F., « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation. À propos de l'affaire C-518/07, *Commission c/ Allemagne* », *Europe*, n°7, juillet 2010, p. 12.

³⁴⁸⁸ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 9 mars 2010, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-518/07.

indépendance désigne normalement un statut qui assure à l'organe concerné la possibilité d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction ou de toute pression »³⁴⁸⁹. La Cour a alors refusé de limiter, contrairement à ce que souhaitait l'Allemagne, l'exigence d'indépendance aux rapports entre les autorités de contrôle et les organismes soumis à leur contrôle, estimant au contraire que l'indépendance visait ici « *un pouvoir décisionnel soustrait à toute influence extérieure à l'autorité de contrôle, qu'elle soit directe ou indirecte* »³⁴⁹⁰. La Cour a ajouté que « *lors de l'exercice de leurs missions, les autorités de contrôle doivent agir de manière objective et impartiale. À cet effet, elles doivent être à l'abri de toute influence extérieure, y compris celle, directe ou indirecte, de l'État ou des Länder, et pas seulement de l'influence des organismes contrôlés* »³⁴⁹¹. Ainsi, la Cour a donné une définition large de l'indépendance au sens de cette directive en visant également les pouvoirs publics, considérant alors que la tutelle du gouvernement n'était pas conforme à l'exigence d'indépendance³⁴⁹².

Certes, cette affaire ne concernait pas directement la régulation. Cependant, les considérants de l'arrêt ont vocation à en généraliser la solution. En effet, la Cour fait valoir dans cet arrêt que le principe de démocratie ne s'oppose pas à la création d'autorités administratives indépendantes du gouvernement, notant, et il est essentiel de le relever, que de « *telles autorités administratives indépendantes, ainsi qu'il en existe d'ailleurs dans le système juridique allemand, ont souvent des fonctions régulatrices ou exercent des missions qui doivent être soustraites à l'influence politique, tout en restant soumises au respect de la loi, sous le contrôle des juridictions compétentes* »³⁴⁹³. Ainsi, la Cour vient généraliser sa solution pour l'ensemble des autorités exerçant des « *fonctions régulatrices* », ce qui constitue une consécration remarquable de la régulation et de l'indépendance qui doit nécessairement y être associée. Il faut enfin souligner que cette solution a été retenue contre l'avis de l'avocat général, qui proposait de reconnaître la tutelle légale à certaines conditions³⁴⁹⁴.

1281. En somme, la jurisprudence de l'Union européenne vient renforcer l'indépendance des autorités de régulation, qui trouve sa limite, comme on le reverra, dans le contrôle du Parlement³⁴⁹⁵. Cette solution peut donc servir à conforter le principe d'indépendance des autorités de régulation quelles qu'elles soient en droit interne³⁴⁹⁶. En outre, cela est d'autant plus vrai dans les secteurs des communications électroniques et de l'électricité dans la mesure où le droit dérivé vient conforter cette indépendance.

³⁴⁸⁹ *Ibid.*, § 18.

³⁴⁹⁰ *Ibid.*, § 19.

³⁴⁹¹ *Ibid.*, § 25.

³⁴⁹² *Ibid.*, § 30 à 37.

³⁴⁹³ *Ibid.*, § 42.

³⁴⁹⁴ KAUFF-GAZIN F., « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation. À propos de l'affaire C-518/07, Commission c/ Allemagne », *article précité*, p. 14.

³⁴⁹⁵ CJUE, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, précité, C-518/07, § 43 et s. Cf. *Infra*.

³⁴⁹⁶ AUTIN J.-L., « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 878 ; Adde DOSIÈRE R., VANNESTE C., *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, Tome 1, Rapport, 2010, p. 82 et s.

ii. Le renforcement de l'indépendance des autorités de régulation par le droit dérivé

1282. En second lieu, le renforcement de l'indépendance des autorités de régulation se produit par l'intermédiaire des nouvelles directives, qui promeuvent une indépendance accrue des autorités de régulation vis-à-vis des opérateurs économiques mais aussi, ce qui est nouveau, vis-à-vis des autorités politiques.

1283. En ce qui concerne les communications électroniques, la directive prévoit ainsi la nécessité « *de renforcer l'indépendance des autorités réglementaires nationales afin d'assurer une application plus efficace du cadre réglementaire et d'accroître leur autorité et la prévisibilité de leurs décisions* »³⁴⁹⁷. Cela implique alors que soit prévue une « *disposition expresse* » ayant pour objet de garantir que l'autorité réglementaire nationale est « *à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'appréciation des questions qui lui sont soumises* »³⁴⁹⁸. Le corps de la directive est de ce point de vue particulièrement clair puisqu'il prévoit que les autorités réglementaires nationales « *agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe* »³⁴⁹⁹.

Le principe d'indépendance des autorités de régulation est donc affirmé de la manière la plus nette en droit dérivé des communications électroniques. Celui-ci n'exclut cependant pas, selon la directive, une « *surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel* »³⁵⁰⁰, qui vient nuancer l'indépendance de l'autorité de régulation³⁵⁰¹.

En toute hypothèse, le renforcement de l'indépendance de l'autorité de régulation a fait l'objet d'une transposition très récente en droit interne puisque l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 a inséré un nouvel alinéa à l'article L. 131 CPCE qui dispose que les « *membres et agents de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du Gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme* »³⁵⁰². Il en est de même en ce qui concerne l'électricité.

1284. En ce qui concerne l'électricité, la solution rendue est encore plus claire. En effet, l'exposé des motifs de la directive considère que « *l'expérience montre que l'efficacité de la régulation est souvent entravée du fait que les régulateurs ne sont pas assez indépendants des pouvoirs publics* »³⁵⁰³. Dès lors, elle considère qu'il est nécessaire de renforcer l'indépendance de l'autorité de régulation unique³⁵⁰⁴.

Ainsi, selon la directive, il est nécessaire que les régulateurs « *disposent d'une indépendance*

³⁴⁹⁷ Directive 2009/140 précitée, § 13 de l'exposé des motifs.

³⁴⁹⁸ *Ibid.*

³⁴⁹⁹ *Ibid.*, article 1^{er}.

³⁵⁰⁰ *Ibid.*

³⁵⁰¹ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.*

³⁵⁰² Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, article 31.

³⁵⁰³ Directive 2009/72 précitée, § 33 de l'exposé des motifs.

³⁵⁰⁴ *Ibid.*, § 34 de l'exposé des motifs, article 35.1.

totale par rapport aux autres intérêts publics ou privés »³⁵⁰⁵. Les États membres doivent alors garantir l'impartialité, la transparence, mais aussi l'indépendance de l'autorité de régulation³⁵⁰⁶, ce qui implique que celle-ci « *soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée* »³⁵⁰⁷. La directive renforce encore ce principe en considérant que les autorités de régulation n'acceptent pas d'« *instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation* »³⁵⁰⁸.

Ainsi, le principe d'indépendance est également très clairement affirmé y compris vis-à-vis des pouvoirs publics. Cela n'exclut cependant pas « *l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des États membres* »³⁵⁰⁹ comme limite à cette indépendance³⁵¹⁰.

En toute hypothèse, ce principe a également fait l'objet d'une transposition en droit interne, puisque le Code de l'énergie prévoit désormais que les « *membres et agents de la Commission de régulation de l'énergie exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du Gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme* »³⁵¹¹.

1285. En définitive, et malgré le principe d'autonomie procédurale des États membres, il est évident que le droit de l'Union européenne limite considérablement aujourd'hui la marge de manœuvre des autorités nationales s'agissant de la forme que doit adopter l'autorité de régulation. Cette dernière doit aujourd'hui s'analyser comme une autorité administrative disposant d'une indépendance tant vis-à-vis des opérateurs économiques que vis-à-vis des pouvoirs publics³⁵¹².

Or, une telle évolution va dans le sens de la théorie économique, dans la mesure où celle-ci considère que l'indépendance du régulateur, dès lors qu'elle ne conduit pas à l'irresponsabilité de celui-ci, permet d'augmenter la crédibilité de la réforme et donc son efficacité en empêchant l'opportunisme gouvernemental et la capture. En outre, et dans le même sens, le droit de l'Union vient désormais renforcer également les prérogatives *ex ante* et *ex post* des autorités de régulation.

b. Le renforcement des pouvoirs des autorités de régulation

1286. La coévolution du droit et de la théorie économique entraîne ensuite le renforcement des pouvoirs *ex ante* et *ex post* des autorités de régulation. Sur ce point, ce dernier est moins spectaculaire dans les communications électroniques que dans l'électricité, car l'étendue des pouvoirs des autorités de régulation des communications électroniques est aujourd'hui satisfaisante et n'a fait

³⁵⁰⁵ *Ibid.*, § 33 de l'exposé des motifs.

³⁵⁰⁶ *Ibid.*, article 35.4.

³⁵⁰⁷ *Ibid.*, article 35.4 a).

³⁵⁰⁸ *Ibid.*, article 35.4 b) ii).

³⁵⁰⁹ *Ibid.*, § 34 de l'exposé des motifs.

³⁵¹⁰ *Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.*

³⁵¹¹ Code de l'énergie, article L. 133-6.

³⁵¹² ZILLER J., « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFD.A, 2010, p. 903 et s.

l'objet, par les nouvelles directives, que d'extensions certes à propos, mais ne conduisant pas un changement de système. Dès lors, ces nouveaux pouvoirs ayant déjà été analysés³⁵¹³, l'étude se concentrera sur ce point sur le secteur de l'électricité. De ce point de vue, il apparaît que le renforcement des pouvoirs des autorités de régulation de l'électricité résulte du droit de l'Union européenne (i) et se traduit aujourd'hui en droit interne par une extension importante des pouvoirs de la CRE dans le Code de l'énergie (ii).

i. Le renforcement des pouvoirs de l'autorité de régulation en droit de l'Union européenne

1287. Le droit de l'Union européenne a surtout renforcé les pouvoirs de l'autorité de régulation en droit de l'électricité, parce que les faibles pouvoirs des régulateurs constituent un obstacle à l'achèvement du marché intérieur et au fonctionnement effectif du marché, face à la volonté des États de maintenir leurs prérogatives et de promouvoir leurs champions nationaux. Ce renforcement a été le fait concomitant du droit dérivé et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

1288. En premier lieu, le renforcement des autorités de régulation résulte d'abord de l'adoption de la directive 2009/72. En effet, cette directive considère que « *l'expérience montre que l'efficacité de la régulation est souvent entravée du fait que les régulateurs ne sont pas assez indépendants des pouvoirs publics et que leurs compétences et leur marge de manœuvre ne sont pas suffisantes* »³⁵¹⁴.

Dès lors, la directive considère qu'il « *convient que les régulateurs de l'énergie soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents* »³⁵¹⁵. Cela implique la nécessité de reconnaître à l'autorité de régulation le droit de prendre des décisions de manière autonome³⁵¹⁶. En outre, cela implique de lui reconnaître de très nombreuses compétences. Certaines s'exercent *ex ante*, comme le pouvoir de fixer ou approuver les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul³⁵¹⁷, le pouvoir de surveiller de nombreux pans du secteur³⁵¹⁸, le pouvoir de fixer ou d'approuver des normes en matière de qualité de service et de fourniture³⁵¹⁹. D'autres s'exercent *ex post*, comme le pouvoir d'assurer le respect des obligations des opérateurs³⁵²⁰, de veiller au respect des règles régissant la sécurité et la fiabilité du réseau³⁵²¹, de garantir l'effectivité des mesures de protection des consommateurs³⁵²², etc., ce qui implique de pouvoir prendre des

³⁵¹³ Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitres 1 et 2 et Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

³⁵¹⁴ Directive 2009/72 précitée, § 33 de l'exposé des motifs.

³⁵¹⁵ *Ibid.*

³⁵¹⁶ *Ibid.*, article 35.5 a).

³⁵¹⁷ *Ibid.*, article 37.1 a).

³⁵¹⁸ *Ibid.*, articles 31. 1 g), i), j), k), etc.

³⁵¹⁹ Directive 2009/72, article 31. 1 h).

³⁵²⁰ *Ibid.*, article 31. 1 b).

³⁵²¹ *Ibid.*, article 31. 1 h).

³⁵²² *Ibid.*, article 31. 1 p).

mesures contraignantes vis-à-vis des entreprises³⁵²³ et notamment des sanctions³⁵²⁴. En effet, la directive considère que les « régulateurs de l'énergie devraient avoir le pouvoir de prendre des décisions contraignantes relativement à des entreprises d'électricité et d'infliger des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives à l'encontre de celles qui ne respectent pas les obligations qui leur incombent », ou au moins le pouvoir de proposer de telles sanctions à une juridiction³⁵²⁵, certaines sanctions étant toutefois obligatoirement attribuées au régulateur, notamment en matière d'accès aux réseaux³⁵²⁶.

La directive 2009/72 a donc très largement insisté sur le renforcement des pouvoirs des autorités de régulation. Son adoption le 13 juillet 2009 a par ailleurs précédé de peu deux arrêts fondamentaux de la Cour de justice des Communautés européennes par laquelle celle-ci a renforcé la figure de l'autorité de régulation de l'électricité du point de vue de ses pouvoirs.

1289. Le 29 octobre 2009, la Cour de justice des Communautés européennes a en effet rendu deux arrêts par lesquels elle s'est assurée de la pleine effectivité de la directive 2003/54, sanctionnant le manquement de la Belgique et la Suède qui n'avaient pas attribué à leurs autorités de régulation des pouvoirs suffisants.

En premier lieu, dans un arrêt *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, la Cour de justice a sanctionné la loi belge relative à l'électricité sur plusieurs fondements. D'une part, la Cour a renforcé le pouvoir de règlement de différends de la CRE en relevant le manquement de l'État belge du fait de sa loi, qui se contentait de prévoir au bénéfice de l'autorité de régulation un pouvoir de contrôle et de surveillance de l'accès aux réseaux, sans reconnaître expressément à son bénéfice un pouvoir de règlement de différends alors que cela était nécessaire dans le cadre de la transposition de la directive 2003/54³⁵²⁷. D'autre part, la Cour a sanctionné le dispositif de fixation des tarifs d'accès aux réseaux, en ce que la loi belge prévoyait que le Roi continuait de fixer le prix de composantes importantes du prix final d'accès aux réseaux, s'imposant alors à l'autorité de régulation dans l'exercice de sa compétence d'approbation des tarifs contrairement aux dispositions de la directive 2003/54³⁵²⁸. La Cour de justice a donc exigé que les autorités de régulation disposent de l'ensemble des pouvoirs pour fixer ou approuver les prix et sanctionner les règles de l'accès aux réseaux.

En second lieu, dans un arrêt *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Suède*, la Cour a renforcé le pouvoir de l'autorité de régulation en considérant que cette dernière devait obligatoirement approuver *a priori*, et non seulement disposer d'un pouvoir de correction *a posteriori*, les méthodologies utilisées pour fixer les tarifs d'accès aux réseaux, sanctionnant alors le

³⁵²³ *Ibid.*, article 31. 4 a).

³⁵²⁴ *Ibid.*, § 37 de l'exposé des motifs et article 31. 4 d).

³⁵²⁵ *Ibid.*, § 37 et 38 de l'exposé des motifs, et article 37.

³⁵²⁶ *Ibid.*, articles 37.3 et 37.5.

³⁵²⁷ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (sixième chambre) du 29 octobre 2009, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, C-474/08, § 15 à 23.

³⁵²⁸ *Ibid.*, § 27 à 31.

manquement de la Suède³⁵²⁹. En outre, cet arrêt prévoit que les méthodologies devant faire l'objet d'une approbation par l'autorité de régulation doivent être suffisamment précises pour permettre aux opérateurs d'estimer le prix d'accès aux réseaux³⁵³⁰. En somme, la Cour de justice a considéré que l'autorité de régulation devait être en mesure d'approuver au préalable et de manière suffisamment précise les prix d'accès aux réseaux.

En définitive, la Cour de justice a accompagné le renforcement des pouvoirs des autorités de régulation dans le domaine électrique en opérant une interprétation stricte des dispositions de la directive 2003/54. Ces procédures en manquement auront par ailleurs sans doute participé du renforcement de l'autorité de régulation dans le cadre de la directive 2009/72.

1290. Ainsi, le droit de l'Union européenne a d'abord procédé au renforcement des pouvoirs de l'autorité de régulation. Celui-ci se manifeste aujourd'hui à travers les nouvelles dispositions du Code de l'énergie.

ii. Le renforcement des pouvoirs de l'autorité de régulation en droit interne

1291. Les exigences du droit de l'Union européenne ont été transposées en droit interne, suite aux principes posés par la loi du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne, qui prévoyait que l'ordonnance opérant la transposition devrait renforcer les compétences de la CRE en matière de sanction et en matière de fixation des tarifs³⁵³¹. Le Code de l'énergie procède en effet à une augmentation significative des pouvoirs de l'autorité de régulation³⁵³². Celle-ci voit désormais sa mission définie, cette dernière étant de concourir au bon fonctionnement des marchés au bénéfice des consommateurs finals et en cohérence avec les objectifs de la politique énergétique, et notamment de s'assurer que l'accès au réseau n'est pas entravé et que les mesures de protection des consommateurs sont effectives³⁵³³. Ses pouvoirs sont alors élargis au détriment de ceux de l'autorité ministérielle.

1292. En premier lieu, il apparaît que la Commission de l'énergie est désormais l'autorité principalement compétente en matière d'accès et de développement aux réseaux.

Tout d'abord, elle est garante de l'effectivité de la dé-intégration de l'opérateur historique. Ainsi, elle certifie les sociétés capables d'être gestionnaire du réseau de transport³⁵³⁴. Elle approuve la liste des emplois soumis à des incompatibilités dans le cadre des gestionnaires de réseau

³⁵²⁹ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (quatrième chambre) du 29 octobre 2009, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Suède*, Affaire C-274/08, § 26 à 34.

³⁵³⁰ *Ibid.*, § 35 à 41.

³⁵³¹ Loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne, article 4 5° et 6°.

³⁵³² BOITEAU C., « Le code de l'énergie : entre urgence mal contrôlée et choix politique discutable », *AJDA*, 2011, p. 1169.

³⁵³³ Code de l'énergie, article L. 131-1.

³⁵³⁴ *Ibid.*, articles L. 111-3 et s.

de transport et de distribution³⁵³⁵. Elle approuve également les accords, contrats ou décisions relatifs aux accords conclus entre le gestionnaire de réseau de transport et son entreprise verticalement intégrée³⁵³⁶ et au responsable de la conformité au sein du gestionnaire de réseau de transport³⁵³⁷. Elle peut également s'opposer à certains actes internes à la société gestionnaire du réseau de transport, relatifs à la gestion du personnel³⁵³⁸.

Ensuite, la CRE a vu son pouvoir s'étendre en matière de régulation des prix. Tout d'abord, elle approuve les modalités de participation et les règles de rémunération dans le cadre du réglage de la fréquence ou de la tension³⁵³⁹. Surtout, elle détermine désormais les méthodologies d'élaboration des tarifs d'utilisation des réseaux de transport et de distribution et les tarifs des prestations annexes. Elle peut prévoir un encadrement pluriannuel d'évolution de ces tarifs et des mesures incitatives appropriées, dans une logique de *price-cap*, pour améliorer l'efficacité économique du réseau et l'intégration du marché intérieur de l'électricité. Pour ce faire, elle prend en compte les orientations de la politique énergétique, mais dans ce cas, l'autorité administrative ne peut que demander une nouvelle délibération³⁵⁴⁰. Or, cela constitue un changement fort en faveur de la CRE puisque les prix d'accès au réseau étaient auparavant fixés par les autorités ministérielles sur proposition de la CRE³⁵⁴¹. Elle est donc désormais seule compétente en matière de prix d'accès aux réseaux, ce qui constitue une extension considérable de son pouvoir.

Enfin, elle est compétente s'agissant du développement du réseau. Elle vérifie ainsi les programmes annuels d'investissements dans le réseau établis par le gestionnaire de réseau de transport³⁵⁴², et peut désormais imposer la modification du schéma décennal de développement du réseau si celui-ci ne correspond pas aux besoins en matière d'investissement ou s'il n'est pas cohérent avec le plan européen de développement des réseaux³⁵⁴³. En outre, elle procède aux appels d'offres pour la réalisation de l'investissement dans le réseau en cas de carence du gestionnaire³⁵⁴⁴. Elle peut également s'opposer aux méthodes de calcul des barèmes de raccordement des réseaux importants de distribution arrêtés par les ministres de l'économie et de l'énergie³⁵⁴⁵.

En somme, la CRE est désormais l'autorité principalement compétente en matière de réseaux, disposant de davantage de compétences que les ministres en charge de l'économie et de

³⁵³⁵ *Ibid.*, article L. 134-3 et article L. 111-30.

³⁵³⁶ *Ibid.*, article L. 134-3 et article L. 111-17.

³⁵³⁷ *Ibid.*, article L. 134-3 et articles L. 111-36 et L. 111-37.

³⁵³⁸ *Ibid.*, article L. 134-6 et articles L. 1511-25, L. 111-28 et L. 111-29.

³⁵³⁹ *Ibid.*, article L. 134-3 et article L. 321-11.

³⁵⁴⁰ *Ibid.*, article L. 341-3.

³⁵⁴¹ Loi n° 2000-108 précitée, article 4. III.

³⁵⁴² Code de l'énergie, article L. 134-3 et article L. 321-6. Anciennement, loi n°2000-108 précitée, article 14.

³⁵⁴³ *Ibid.*, article L. 134-7 et article L. 321-6.

³⁵⁴⁴ Code de l'énergie, articles L. 134-8 et article L. 321-6.

³⁵⁴⁵ *Ibid.*, articles L. 134-6 et L. 342-8.

l'énergie³⁵⁴⁶, sa mission visant à rechercher un équilibre entre l'efficacité économique du développement et de l'accès au réseau, et la mise en œuvre de la politique énergétique.

1293. En outre, les pouvoirs de la CRE ont fortement augmenté en ce qui concerne la régulation des prix en matière de fourniture d'électricité. En effet, elle joue désormais un rôle premier dans la fixation des tarifs réglementés de vente³⁵⁴⁷, qui seront à partir du 7 décembre 2015 fixés sur proposition de la CRE, la décision étant réputée acquise en l'absence d'opposition de l'un des ministres dans un délai de trois mois³⁵⁴⁸. Ce système d'approbation implicite renforce considérablement les compétences de la CRE, alors que dans l'ancien système, maintenu jusqu'au 7 décembre 2015³⁵⁴⁹, les tarifs étaient fixés par arrêté après avis de la CRE³⁵⁵⁰.

Un tel système a en outre été également adopté s'agissant des conditions³⁵⁵¹ et des prix de vente de l'électricité nucléaire historique dans le cadre de l'ARENH, puisque ceux-ci seront déterminés sur proposition de la CRE, la décision étant réputée acquise en l'absence d'opposition dans un délai de trois mois³⁵⁵² à partir du 7 décembre 2013, les prix étant fixés jusqu'à cette date par arrêté interministériel après avis de la CRE³⁵⁵³. C'est par ailleurs la CRE qui calcule le volume maximal d'électricité nucléaire pouvant être cédé à un fournisseur et qui répartit entre les fournisseurs l'électricité disponible³⁵⁵⁴.

Ainsi, les pouvoirs de la CRE se sont considérablement renforcés en matière de prix. Le système qui sera mis en place dans l'avenir, fondé sur une proposition de la CRE et une acceptation implicite de l'autorité ministérielle, apparaît pertinent car permettant de mettre en œuvre la régulation de l'électricité, tout en conservant un garde-fou au bénéfice des autorités publiques au nom de la mise en œuvre de la politique énergétique.

1294. Enfin, le pouvoir de sanction de la CRE a fait l'objet d'un renforcement important. Sous l'empire de la loi de 2000, la CRE disposait du pouvoir de sanctionner les manquements des gestionnaires de réseau de transport et de distribution ou de leurs utilisateurs³⁵⁵⁵. La loi d'habilitation du 5 janvier 2011 a alors prévu « *de renforcer les compétences de la Commission de régulation de l'énergie, notamment en matière de sanctions* »³⁵⁵⁶. Le pouvoir de la CRE a ainsi été élargi.

Le Code de l'énergie prévoit désormais que la CRE peut sanctionner les manquements mentionnés dans le Code qu'il constate de la part des gestionnaires de réseau public de transport

³⁵⁴⁶ Cf. *Supra*.

³⁵⁴⁷ Code de l'énergie, article L. 134-5.

³⁵⁴⁸ *Ibid.*, article L. 337-4.

³⁵⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁵⁰ Loi n° 2000-108 précitée, article 4. III.

³⁵⁵¹ Code de l'énergie, articles L. 134-5 et L. 336-2.

³⁵⁵² *Ibid.*, articles L. 134-5 et L. 337-13.

³⁵⁵³ *Ibid.*, article L. 337-16.

³⁵⁵⁴ *Ibid.*, article L. 134-4 et articles L. 336-3 et 336-5.

³⁵⁵⁵ Loi n° 2000-108 précitée, article 40.

³⁵⁵⁶ Loi n° 2011-12 précitée, article 4. I 5°.

ou de distribution ou de leurs utilisateurs, y compris les fournisseurs d'électricité³⁵⁵⁷. La CRE peut également sanctionner les manquements répétés aux règles d'indépendance des gestionnaires de réseau, aux règles d'actualisation du schéma décennal de développement des réseaux, ou encore les refus de réaliser les investissements prévus au schéma décennal³⁵⁵⁸. Elle est également compétente pour sanctionner les abus du droit d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique ou d'entrave à l'exercice de ce droit³⁵⁵⁹. En somme, les pouvoirs de sanction de la CRE ont largement augmenté, même s'ils sont moins étendus semble-t-il que ceux de l'État, le droit de l'électricité se caractérisant encore par un grand nombre de dispositifs ne relevant pas de la régulation au sens strict, mais de la mise en œuvre de la politique énergétique et du service public³⁵⁶⁰.

1295. En définitive, le droit de l'électricité se caractérise par un renforcement de l'autorité de régulation au détriment de l'autorité ministérielle, dont les prérogatives restent importantes, toutefois sur le fondement de l'exécution de la politique énergétique et non de la régulation.

De ce point de vue, le droit de l'électricité est la manifestation la plus récente d'un mouvement de coévolution du droit et de la théorie économique conduisant à la prise en charge exclusive de la fonction de régulation par des autorités intermédiaires, indépendantes, et cumulant des pouvoirs normatifs et contentieux. Dès lors, de la coévolution entre le droit et la théorie économique peut être dégagée une définition organique de la régulation.

Section II. Proposition d'une définition organique de la régulation

1296. L'analyse néo-institutionnelle permet désormais d'induire, sur la base de la communication entre le droit et la théorie économique, l'existence d'un concept spécifique d'autorité de régulation dont on peut ensuite vérifier la validité du point de vue déductif. Il existe donc bien un concept d'autorité de régulation³⁵⁶¹ (§1). Ce concept permet de dégager un critère organique de la régulation, malgré le manque de rationalité notionnelle caractérisant encore le droit positif de ce point de vue (§2).

§1. Le concept juridique d'autorité de régulation

1297. L'analyse néo-institutionnelle permet d'induire un concept d'autorité de régulation bien défini, faisant de la régulation une authentique institution juridique (A). La validité et la vocation à la généralisation de ce concept peuvent en outre être vérifiées de façon déductive (B).

³⁵⁵⁷ Code de l'énergie, article L. 134-23.

³⁵⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁵⁹ *Ibid.*, article L. 134-26.

³⁵⁶⁰ *Cf. Supra.*

³⁵⁶¹ *Contra, V., SÉE A., La régulation du marché en droit administratif. Étude critique, op. cit., pp. 148-179.*

A. Induction d'un concept juridique d'autorité de régulation

1298. L'analyse néo-institutionnelle du droit considère qu'une institution juridique aboutie est constituée dès lors qu'existe une organisation dédiée à la réalisation de son idée d'œuvre (1). Or, la régulation constitue de ce point de vue l'état le plus abouti des institutions juridiques (2).

1. L'analyse néo-institutionnelle du critère organique

1299. L'analyse néo-institutionnelle du droit dispose des instruments conceptuels adaptés à l'induction d'un critère organique en ce qu'elle est fondée sur la théorie de l'institution, selon laquelle est associée à la réalisation d'une idée d'œuvre une organisation juridique (a). Les organisations les plus abouties connaissent alors un processus qualifié par Hauriou de processus de personification de l'institution (b).

a. L'institution comme organisation juridique

1300. Selon la définition de l'institution adoptée par Hauriou, l'institution est « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social », or « pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise, qui lui procure des organes »³⁵⁶². L'institution s'accompagne donc de l'émergence d'organisations dédiées à la sanction de l'idée d'œuvre.

La présence de tels organes est d'ailleurs une constante de la théorie d'Hauriou. Elle constituait ainsi la composante principale de l'institution dans le cadre de la première définition de l'institution, selon laquelle cette dernière est « une organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence est assurée par un équilibre de forces ou par une séparation des pouvoirs et qui constitue par elle-même un état de droit »³⁵⁶³. Elle était également présente dans la définition intermédiaire d'Hauriou selon laquelle l'institution est une « organisation sociale objective qui a réalisée en elle l'état de droit le plus haut, c'est-à-dire qui possède à la fois la souveraineté du pouvoir, l'organisation constitutionnelle du pouvoir avec statut et l'autonomie juridique »³⁵⁶⁴. L'existence d'une organisation dédiée est donc un aspect fondamental de la théorie institutionnelle. Celle-ci se concrétise juridiquement par la présence d'un droit statutaire.

1301. Selon Hauriou, l'ordre juridique institutionnel se caractérise non seulement par l'existence d'un droit disciplinaire, qui vise à sanctionner son idée d'œuvre³⁵⁶⁵, mais également d'un droit

³⁵⁶² HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in M. Hauriou., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 96.

³⁵⁶³ HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse, deuxième série, Tome II*, 1906, pp. 135-136 ; *Addé HAURIOU M., Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1907, 6^{ème} Ed., p. 8.

³⁵⁶⁴ HAURIOU M., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, 2^{ème} Ed., p. 111.

³⁵⁶⁵ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.*

statutaire³⁵⁶⁶. L'institution se fonde ainsi, et c'est ce qui la rend spécifique, par un statut et non seulement par un contrat³⁵⁶⁷. Le droit statutaire a alors un double objet. D'une part, il fixe l'attribution des compétences entre les différents organes et les différents membres de l'institution³⁵⁶⁸. D'autre part, il fixe l'ensemble des procédures applicables, des règles de droit formalistes³⁵⁶⁹, permettant de transformer l'adhésion aux faits en actes juridiques³⁵⁷⁰.

Or, une telle conceptualisation permet à la théorie institutionnelle de disposer des instruments intellectuels permettant de dégager un critère organique de l'institution, en ce que ce dernier vise précisément l'organe en charge de la fonction³⁵⁷¹. En outre, la théorie de l'institution distingue les différentes institutions selon leur degré de maturité. Sont ainsi abouties les institutions connaissant un processus de personnification.

b. Le processus de personnification de l'institution

1302. Renforçant la conceptualisation précédente, Maurice Hauriou a distingué les institutions selon le stade de leur développement, considéré comme spontané³⁵⁷². L'institution connaît alors trois stades, celui de l'incorporation d'abord, lorsque l'institution suit le principe de la représentation, celui de l'intériorisation ensuite, lorsque les organes dirigeants intègrent la poursuite de l'idée d'œuvre comme moteur de leur action, et celui de la personnification, enfin, lorsque l'objectif d'équilibre et d'autolimitation du pouvoir est atteint³⁵⁷³.

La personnalité morale est alors le point d'orgue, l'achèvement, de la dynamique de l'institution³⁵⁷⁴. Il ne s'agit cependant pas ici de la catégorie technique aujourd'hui consacrée de personnalité morale³⁵⁷⁵, qu'Hauriou désigne par le terme de personnalité juridique³⁵⁷⁶, mais bien d'autres éléments du droit statutaire institutionnel.

³⁵⁶⁶ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, pp. x-xi, p. 5, 19 ; *Adde* HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *op. cit.*, p. 135 ; *Adde* HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 109 et p. 128.

³⁵⁶⁷ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, pp. 22-23.

³⁵⁶⁸ HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *op. cit.*, p. 168.

³⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 151 ; *Adde* HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 142.

³⁵⁷⁰ HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *op. cit.*, pp. 139-140 ; *Adde* HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, pp. 137-140.

³⁵⁷¹ TRUCHET D., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 67 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, p. 53 ; *Adde* SABOURIN P., « Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle », *AJDA*, 1983, p. 290.

³⁵⁷² HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *op. cit.*, p. 112.

³⁵⁷³ *Ibid.*, pp. 107-119 ; *Adde* MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 1995, pp. 396-398.

³⁵⁷⁴ MAZÈRES J.-A., « Préface », in F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 176, 1997, p. xxi.

³⁵⁷⁵ SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, 1964, p. 168 ; *Adde* MAZÈRES J.-A., « Préface », *op. cit.*, p. xviii.

³⁵⁷⁶ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, pp. 28-29.

1303. Ce qui caractérise les institutions personnifiées est alors l'existence d'un droit statutaire qui présente un double aspect³⁵⁷⁷, d'abord un aspect externe, qui vise l'autonomie de l'institution, et ensuite un aspect interne, qui vise la séparation des pouvoirs.

Du point de vue externe, Hauriou considère que l'institution personnifiée doit connaître un certain degré d'autonomie³⁵⁷⁸, c'est à dire avoir suffisamment de force pour imposer son existence vis-à-vis de son milieu extérieur³⁵⁷⁹. Cela n'implique pas nécessairement, cependant, que l'institution dispose d'une personnalité juridique. Pour Hauriou, la personnalité juridique n'est pas nécessaire à l'existence d'une personnalité morale et n'en est qu'un complément technique³⁵⁸⁰.

Du point de vue interne, Hauriou avait une conception très haute de l'institution personnifiée puisque celle-ci n'existait qu'en cas d'« *équilibre de forces* » et de « *séparation des pouvoirs* »³⁵⁸¹ et seulement à condition que les droits subjectifs soient garantis³⁵⁸². C'est alors au droit statutaire qu'il revient de faire respecter ces principes³⁵⁸³, qui visent au maintien d'un équilibre entre les différentes forces présentes au sein de l'institution³⁵⁸⁴.

1304. En définitive, la théorie d'Hauriou dispose donc d'un cadre d'analyse complet et abouti de l'organisation chargée de mettre en œuvre l'idée d'œuvre de l'institution, permettant de déterminer le critère organique d'une notion juridique déterminée. Or, il apparaît que la régulation non seulement répond au modèle de la théorie de l'institution, mais tend même à constituer une institution juridique personnifiée, c'est-à-dire le stade le plus abouti de l'institution juridique.

2. Proposition de définition organique conceptuelle de la régulation

1305. La régulation répond parfaitement aux principes décrits par Hauriou, ce qui en fait une authentique institution juridique du droit administratif. En effet, l'autorité de régulation est une institution personnifiée (a) ce qui permet de proposer un concept d'autorité de régulation et par voie de conséquence une définition organique conceptuelle de la régulation (b).

³⁵⁷⁷ HAURIOU M., *Principes de droit public*, op. cit., p. 113.

³⁵⁷⁸ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., pp. 8-9 et pp. 34-35 ; Adde HAURIOU M., *Principes de droit public*, op. cit., p. 109 et pp. 113-114.

³⁵⁷⁹ HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., pp. 28-29.

³⁵⁸⁰ HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *article précité*, p. 135 ; Adde HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », op. cit., p. 43 ; HAURIOU M., *Principes de droit public*, op. cit., p. 105.

³⁵⁸¹ HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *article précité*, pp. 135-136 ; Adde HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 8 ; Adde HAURIOU M., *Principes de droit public*, op. cit., pp. 115-124 ; Adde HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », op. cit., p. 103 ; Adde MARTY G., « La théorie de l'institution », in G. Marty, A. Brimo (dirs.), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Éditions A. Pedone, 1969, pp. 39-40 ; Adde MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *article précité*, p. 395.

³⁵⁸² HAURIOU M., *Principes de droit public*, op. cit., pp. 136-137 et pp. 162-163 ; Adde SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, op. cit., p. 158.

³⁵⁸³ HAURIOU M., *Principes de droit public*, op. cit., pp. 127-128.

³⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 164 ; Adde HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., pp. 11-14 ; Adde SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, op. cit., p. 152.

a. L'autorité de régulation, une institution personnifiée

1306. La régulation répond à la définition de l'institution du point de vue organique. En effet, l'autorité de régulation dispose d'une autonomie suffisante et connaît un équilibre et une séparation des pouvoirs internes.

En premier lieu, il résulte de la coévolution du droit et de la théorie économique que l'autorité de régulation répond au critère de l'autonomie de l'institution personnifiée. En effet, l'autorité de régulation est une organisation intermédiaire³⁵⁸⁵, de « *moyen terme* »³⁵⁸⁶, et dispose d'une indépendance vis-à-vis du gouvernement, encore renforcée par les évolutions récentes du droit de l'Union européenne et du droit interne³⁵⁸⁷. De ce point de vue, les autorités de régulation répondent à la définition de l'institution personnifiée.

En second lieu, l'évolution du droit positif démontre que l'autorité de régulation répond également à la définition de l'institution personnifiée, en ce que celui-ci consacre un processus interne d'équilibre et de séparation des pouvoirs. D'une part, les autorités de régulation se caractérisent par des méthodes de participation des acteurs concernés³⁵⁸⁸, point sur lequel il faudra revenir plus longuement³⁵⁸⁹. Ce processus apparaît tout à fait logique dans une optique institutionnelle, dans la mesure où les sujets de l'institution doivent pouvoir adhérer à l'idée d'œuvre de celle-ci, ce qui assure la légitimité de l'autorité³⁵⁹⁰. En outre, cette participation permet de s'assurer de la garantie des droits subjectifs, ce qui constitue un élément fondamental de l'équilibre interne d'une institution personnifiée³⁵⁹¹. D'autre part, les autorités de régulation ont pour caractéristique spécifique d'agir à la fois de manière normative et contentieuse³⁵⁹², ce qui est justifié dans le cadre de la communication entre le droit et la théorie économique. Or, ce cumul de pouvoirs va conduire à un processus de séparation interne des pouvoirs des autorités de régulation.

1307. Ainsi que le souligne la majorité de la doctrine universitaire et le confirme la coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle, l'attribution conjointe de pouvoirs normatifs et

³⁵⁸⁵ AUTIN J.-L., « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 877.

³⁵⁸⁶ CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *article précité*.

³⁵⁸⁷ Cf. *Supra*.

³⁵⁸⁸ V., parmi de nombreux autres exemples FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 46 ; Adde GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 20 et p. 50 ; Adde BRIAND-MELEDON D., « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *article précité*, p. 351 ; Adde CHEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *article précité*, p. 87.

³⁵⁸⁹ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 2*.

³⁵⁹⁰ TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, p. 37.

³⁵⁹¹ HAURIOU M., *Principes de droit public*, *op. cit.*, pp. 136-137 et pp. 162-163 ; Adde SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, *op. cit.*, p. 158.

³⁵⁹² GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 50.

contentieux est consubstantielle à la régulation et par conséquent aux autorités de régulation³⁵⁹³.

Le Conseil d'État est également allé en ce sens en considérant, dans son rapport de 2001, qu'il convenait d'attribuer aux autorités de régulation d'un marché l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs missions, c'est-à-dire tant des pouvoirs normatifs que des pouvoirs contentieux³⁵⁹⁴. Il a ainsi souligné que certaines autorités administratives indépendantes disposent de l'ensemble du panel des pouvoirs juridiques³⁵⁹⁵ et qu'elles correspondent toujours à la catégorie des autorités de régulation d'un secteur économique³⁵⁹⁶. Cette singularité distingue alors les autorités de régulation des autres autorités administratives indépendantes qui se caractérisent par une très grande hétérogénéité du point de vue des pouvoirs qui leur sont conférés³⁵⁹⁷, la plupart disposant d'ailleurs de pouvoirs restreints à l'exercice d'une influence³⁵⁹⁸.

Or, ce cumul de pouvoir va conduire progressivement les autorités de régulation à connaître un mouvement de séparation organique interne³⁵⁹⁹. À ce stade de l'analyse, c'est notamment le cas de la CRE, par la création du CoRDIS qui est chargé de l'exercice des missions de règlement de différends et de sanction³⁶⁰⁰, les fonctions de membre du collège et de membre du CoRDIS étant incompatibles³⁶⁰¹ et ce dernier n'étant composé que de magistrats³⁶⁰². Certes, cette séparation interne ne concerne pas toutes les autorités de régulation, l'ARCEP notamment échappant à ce régime. Cependant, aucune raison structurelle n'apparaît justifier une telle différence, l'adoption ou non d'une séparation interne trouvant sa genèse³⁶⁰³ dans un rapport parlementaire considérant que la séparation organique ne saurait être appliquée aux autorités administratives indépendantes les plus petites³⁶⁰⁴, laissant la porte ouverte à une *interprétation a contrario* selon laquelle les plus importantes gagneraient, en termes de garanties, à connaître également cette séparation organique.

1308. En définitive, il résulte de l'analyse néo-institutionnelle du droit que la régulation constitue une authentique institution juridique dans la mesure où répond à l'idée d'œuvre de régulation,

³⁵⁹³ V., parmi de nombreux autres exemples FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 47 et pp. 77-78 ; ADDE AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in C. Ribot, J.-L. Autin (dirs.), *Environnements, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 444 ; ADDE CHEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *article précité*, pp. 83-84.

³⁵⁹⁴ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 379.

³⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 312.

³⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 379.

³⁵⁹⁷ *Ibid.*, pp. 308-321 et p. 327 ; ADDE GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 16-19.

³⁵⁹⁸ EDCE, 1983-1984, *op. cit.*, p. 13 et p. 22 ; ADDE EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 257.

³⁵⁹⁹ LINOÏTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *AJDA*, 2004, p. 146.

³⁶⁰⁰ Code de l'énergie, article L. 132-1. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 38 et 40.

³⁶⁰¹ *Ibid.*, article 132-4. Anciennement, *ibid.*, article 28.V.

³⁶⁰² *Ibid.*, article L. 132-3. Anciennement, *ibid.*, article 28.III.

³⁶⁰³ RACINE P.-F., « Le Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS) de la Commission de régulation de l'énergie », *RJEP*, mars 2010, n°673, p. 3.

³⁶⁰⁴ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 59.

que l'on a identifiée précédemment, la mise en place d'un droit statutaire qui répond à la définition de l'institution personnifiée³⁶⁰⁵, c'est-à-dire à l'institution juridique la plus aboutie. Il est alors possible, sur cette base, de proposer un concept juridique d'autorité de régulation servant de support à la détermination d'un critère organique de la régulation.

b. Le concept juridique d'autorité de régulation

1309. L'analyse néo-institutionnelle du droit permet donc de définir organiquement la régulation, à ce stade conceptuellement. L'autorité de régulation se définit alors comme *une institution publique personnifiée de régulation*, et donc plus précisément en l'espèce comme une *institution publique indépendante ayant pour fonction la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique visant à l'instauration d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*.

1310. Or, une telle définition de l'autorité de régulation permet d'expliquer l'existence d'une communication permanente entre le droit et l'économie et de la poursuivre dans l'avenir.

En effet, l'analyse néo-institutionnelle du droit, en ce qu'elle voit dans les institutions des ordres juridiques autopoïétiques, conduit à insister sur le caractère de couplage structurel d'une telle conception organique de la régulation. Ainsi, il résulte de la théorie autopoïétique du droit que la communication entre le droit et l'économie peut se réaliser par le biais d'institutions ayant pour spécificité de parler le langage de plusieurs sous-systèmes sociaux dans le même temps³⁶⁰⁶. Or, les autorités de régulation répondent précisément à cette définition³⁶⁰⁷. Elles sont ainsi, selon Teubner lui-même, des « *organisations formelles* »³⁶⁰⁸ spécialement créées afin de mettre en place une communication entre le droit et l'économie³⁶⁰⁹. Les autorités de régulation correspondent alors à des « *zones limites* » où le système juridique et le système économique sont susceptibles et capables de communiquer entre eux³⁶¹⁰. En somme, elles constituent des couplages structurels du système juridique et du système économique.

1311. En définitive, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de construire de manière inductive un concept d'autorité de régulation pertinent juridiquement et efficace économiquement. La validité de celui-ci peut en outre être vérifiée déductivement.

³⁶⁰⁵ Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

³⁶⁰⁶ WILLKE H., « Diriger la société par le droit ? », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, p. 193.

³⁶⁰⁷ Dans le même sens, V., BOY L., « Régulation et sécurité juridique », in L. Boy, J.-B., Racine, F. Siirainen (coords.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 346 ; Adde GUENOD C., *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel. Modèles communautaire et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, op. cit., p. 110.

³⁶⁰⁸ TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1993, pp. 174-175.

³⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 131 et pp. 174-175.

³⁶¹⁰ TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, op. cit., p. 131.

B. Vérification déductive du concept d'autorité de régulation

1312. Le concept d'autorité de régulation induit ci-dessus a vocation à être généralisé. Il se vérifie en effet déductivement dans les secteurs régulés dans la mesure où l'on y retrouve des autorités administratives indépendantes (1). En outre, il est plus significatif encore de noter que certaines autorités de régulation connaissent un processus de personnification croissant notamment par la création des autorités publiques indépendantes (2).

1. Vérification du concept d'autorité de régulation par l'existence d'autorités administratives indépendantes

1313. Aujourd'hui, la plupart des autorités de régulation sont des autorités administratives indépendantes³⁶¹¹. Outre l'ARCEP et la CRE, c'est le cas du CSA ou de l'ARJEL (a), et désormais explicitement de l'Autorité de concurrence (b).

a. La personnification de la régulation sectorielle par l'autorité administrative indépendante

1314. Le processus de personnification de la régulation par l'intermédiaire de l'autorité administrative indépendante est vérifié déductivement s'agissant de la régulation audiovisuelle, qui constitue historiquement l'une des premières autorités de régulation (i). Elle est cependant encore actuelle en ce que de nouvelles autorités de régulation continuent d'adopter cette structure, à l'instar de la régulation des jeux en ligne (ii).

i. La personnification de la régulation audiovisuelle

1315. La régulation de l'audiovisuel répond au concept d'autorité de régulation défini ci-dessus. Tout d'abord, il est significatif de noter que c'est le Conseil constitutionnel lui-même qui avait qualifié la Haute Autorité de la communication audiovisuelle d'« *autorité administrative indépendante du Gouvernement* »³⁶¹², ce qui confirme le caractère spontané de l'institutionnalisation de l'activité de régulation. Cette qualification sera ensuite reprise par la loi à propos du CSA³⁶¹³. En outre, il convient de rappeler ici que le CSA a été qualifié par le Conseil constitutionnel d'« *instance de régulation*

³⁶¹¹ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 351.

³⁶¹² Décision du Conseil constitutionnel n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*, considérant n° 4.

³⁶¹³ Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 1^{er}.

de l'audiovisuel »³⁶¹⁴, et d' « organe de régulation de l'audiovisuel »³⁶¹⁵, qualification reprise par le Conseil d'État qui qualifie le CSA d' « autorité de régulation »³⁶¹⁶.

L'institutionnalisation de la régulation trouve donc sans doute ses prémises dans la régulation de l'audiovisuel par l'intermédiaire de l'autorité administrative indépendante. Celle-ci est toujours actuelle comme le démontre la création récente de l'ARJEL.

ii. La personnification de la régulation des jeux en ligne

1316. L'autorité administrative indépendante continue aujourd'hui d'être un support organique possible de la régulation, comme en témoigne la création récente de l'ARJEL qui est une autorité administrative indépendante en vertu de la loi³⁶¹⁷.

Par ailleurs, le processus de personnification de la régulation des jeux en ligne se traduit par l'existence d'une séparation interne des pouvoirs, puisque l'ARJEL comprend un collègue et une commission des sanctions³⁶¹⁸, les fonctions de membre du collègue et de membre de la Commission étant incompatibles³⁶¹⁹. Le processus de personnification de l'institution de régulation se trouve donc vérifié déductivement s'agissant de la régulation des jeux en ligne.

Toutefois, il faut noter que le pouvoir réglementaire de l'ARJEL est quasi-inexistant³⁶²⁰, et donc que l'intervention normative de cette autorité de régulation est faible. Cependant, cela vient confirmer le concept d'autorité de régulation au sens de l'analyse néo-institutionnelle du droit, dans la mesure où l'on a vu précédemment que cette autorité de régulation mettait en œuvre assez largement une fonction de police, ce qui explique sa faible intervention *ex ante*. L'ARJEL est donc de ce point de vue, ainsi qu'il a été dit, un cas limite³⁶²¹.

1317. Ainsi, le concept d'autorité de régulation se trouve vérifié s'agissant de la régulation audiovisuelle et de la régulation des jeux en ligne. En outre, il est tout à fait significatif de noter que l'Autorité de la concurrence connaît une évolution similaire.

³⁶¹⁴ Décision du Conseil constitutionnel n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, considérants n° 2 et 6 ; *Adde* Décision du Conseil constitutionnel n° 91-304 DC du 15 janvier 1992 *Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, considérants n° 13 et 15.

³⁶¹⁵ Cons. Cont, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n°88-248 DC, précité, considérants 3 et 41.

³⁶¹⁶ CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 259, 2008, p. 111. *V.*, Arrêt du Conseil d'État, 5ème et 3ème sous-sections réunies, du 27 septembre 1991, *S.A.R.L Société Diffusion Rhône-Alpes*, n°105232, 106244 et 106301, publié au recueil Lebon.

³⁶¹⁷ Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, article 34.I.

³⁶¹⁸ *Ibid.*, article 35.I.

³⁶¹⁹ *Ibid.*, article 40.I.

³⁶²⁰ *Ibid.*, article 34.III.

³⁶²¹ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.*

b. La personnalisation de la régulation concurrentielle par l'autorité administrative indépendante

1318. Il a longtemps existé un débat parmi les privatistes s'agissant de la question de savoir si le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité de la concurrence, devait être considéré comme une autorité administrative ou comme une juridiction (i). Ce débat trouve aujourd'hui sa résolution dans la qualification d'autorité administrative indépendante voire d'autorité de régulation de l'Autorité de la concurrence (ii).

i. La nature controversée de l'Autorité de la concurrence

1319. La question de la nature du Conseil de la concurrence a toujours été une question controversée, et cette controverse continue toujours même si elle a sans doute, notamment depuis la création de l'Autorité de la concurrence, perdu en intensité³⁶²².

La première autorité en charge de la concurrence, la Commission de la concurrence instituée en 1977, avait d'abord été créée sans qualification juridique, avant que le Conseil d'État ne la qualifie d' « *organisme administratif* » en 1981. Cette qualification fut précisée par une loi de 1985 qui fit de cette Commission une « *autorité administrative indépendante* »³⁶²³. Cependant, lors de sa création en 1986, le Conseil de la concurrence n'a pas été qualifié par le législateur, ce qui entraîna un débat doctrinal entre ceux qui voyaient dans le Conseil de la concurrence une autorité juridictionnelle, et ceux qui y voyaient une autorité administrative indépendante³⁶²⁴.

Ce débat fut semble-t-il résolu par le Conseil constitutionnel lui-même en 1987, qui qualifia le Conseil de la concurrence d' « *organisme administratif* »³⁶²⁵, précisant que le Conseil était « *de nature non juridictionnelle* »³⁶²⁶, sans utiliser pour autant la qualification d'autorité administrative indépendante³⁶²⁷. On peut donc considérer que le Conseil de la concurrence devait être qualifié d'autorité administrative indépendante³⁶²⁸. Une telle argumentation a enfin été consacrée par la loi créant l'Autorité de la concurrence, le Code de commerce prévoyant désormais que « *L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante* »³⁶²⁹.

Pourtant, malgré cette évidence, certains auteurs continuent de voir dans l'Autorité de la

³⁶²² V., sur ce point POÉSY R., « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA*, 2009, pp. 347-353.

³⁶²³ AUTIN J.-L., « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *article précité*, p. 334 ; *Adde* POÉSY R., « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *article précité*, p. 348.

³⁶²⁴ NICINSKI S., « L'Autorité de la concurrence », *RFDA*, 2009, p. 1239 ; *Adde* POÉSY R., « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *article précité*, p. 348.

³⁶²⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, considérant n° 17.

³⁶²⁶ *Ibid.*, considérants n° 21 et 22.

³⁶²⁷ NICINSKI S., « L'Autorité de la concurrence », *article précité*, p. 1239 ; *Adde* POÉSY R., « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *article précité*, p. 350.

³⁶²⁸ POÉSY R., « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *article précité*, p. 350.

³⁶²⁹ C. Com., article L. 461-1.I.

concurrence une autorité de nature juridictionnelle, en raison de ses particularités³⁶³⁰. Toutefois, ce débat peut être résolu par la démonstration que la nature hybride de l'Autorité de la concurrence³⁶³¹ résulte en réalité du fait qu'elle est une autorité de régulation.

ii. Un débat tranché par la qualification d'autorité de régulation

1320. Il a été relevé précédemment³⁶³² que le Conseil de la concurrence s'est qualifié lui-même de « régulateur de droit commun »³⁶³³, de « régulateur de la concurrence sur le marché »³⁶³⁴, etc., tandis que le droit positif a consacré cette qualification, la Cour d'Appel de Paris ayant utilisé la qualification de « régulateur du marché »³⁶³⁵ et d' « autorité(s) de régulation »³⁶³⁶. Or, cette qualification se justifie au regard de l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation.

1321. En effet, la récente qualification d'autorité administrative indépendante de l'Autorité de la concurrence démontre que, à l'instar de ce qui s'est produit du point de vue matériel, l'Autorité de la concurrence ne cesse de se rapprocher d'une autorité de régulation³⁶³⁷. Notamment, l'Autorité de la concurrence elle-même met en avant le renforcement de son indépendance qui résulte de la substitution de l'Autorité de la concurrence au Conseil de la concurrence³⁶³⁸.

En outre, l'Autorité de la concurrence indique également que sa qualification expresse d'autorité administrative indépendante vient trancher définitivement le débat sur sa nature au profit d'une nature administrative et non juridictionnelle, notamment dans la mesure où ses prérogatives ne se limitent pas au pouvoir de sanction³⁶³⁹. En effet, ses pouvoirs sont renforcés et se rapprochent de la régulation comme en témoignent l'attribution d'un pouvoir d'auto-saisine, de recommandation, de pouvoirs de clémence ou d'engagement³⁶⁴⁰, etc.³⁶⁴¹. Le pouvoir d'auto-saisine et de recommandation apparaît fondamental car il permet à l'Autorité d'intervenir de sa propre initiative dans les débats publics relatifs à la concurrence, et donc de devenir un acteur de plus en

³⁶³⁰ POÉSY R., « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *article précité*, pp. 351-353.

³⁶³¹ DAHAN T., LEMAIRE C., « Portrait de l'Autorité en jeune fille. L'Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ », *RJEP*, n°683, février 2011, p. 8 et 10.

³⁶³² Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 2*.

³⁶³³ Avis n° 03-A-07 du Conseil de la concurrence du 21 mai 2003 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication et de la ministre déléguée à l'industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques, § 9.

³⁶³⁴ CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2006, p. 3.

³⁶³⁵ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 septembre 1998 relatif au recours formés par les sociétés Coca-Cola Entreprise, Orangina France et Igloo Post Mix.

³⁶³⁶ Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 21 mars 2006 relatif au recours formé par la société ILIAD contre la décision n° 05-D-421 du Conseil de la concurrence en date du 19 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services télématiques relatifs aux résultats et aux corrigés d'examen.

³⁶³⁷ NICINSKI S., « L'Autorité de la concurrence », *article précité*, p. 1239.

³⁶³⁸ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2008, p. 18.

³⁶³⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2008, p. 18.

³⁶⁴⁰ POÉSY R., « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *article précité*, pp. 350-351 ; *Addé* NICINSKI S., « L'Autorité de la concurrence », *article précité*, pp. 1238-1240 et pp. 1246-1247.

³⁶⁴¹ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 2*.

plus actif et non plus seulement un acteur passif³⁶⁴², intervenant *ex ante* comme l'ensemble des autorités de régulation.

Par ailleurs, la création de l'Autorité se caractérise par un nouvel équilibre interne de séparation des pouvoirs, sans aller jusqu'à la création d'une commission distincte pour les sanctions³⁶⁴³. En effet, les services chargés de l'enquête et de l'instruction sont placés sous l'autorité du rapporteur général et donc séparés du collège de l'autorité, rapporteur général qui par ailleurs dispose seul du pouvoir de proposer au collège de se saisir d'office³⁶⁴⁴. Enfin, on peut noter que le collège de l'Autorité comprend des personnalités issues du monde professionnel³⁶⁴⁵, ce qui rejoint ici les caractéristiques des autorités publiques indépendantes³⁶⁴⁶.

En somme, l'Autorité de la concurrence connaît un processus d'institutionnalisation et de personnification qui ne cesse de la rapprocher du concept d'autorité de régulation et qui vient confirmer la pertinence de celui-ci. Sa qualification d'autorité administrative indépendante est donc une étape importante de la reconnaissance d'une régulation concurrentielle³⁶⁴⁷.

1322. La pertinence de l'analyse néo-institutionnelle de l'autorité de régulation se trouve donc vérifiée dans les autres secteurs régulés par l'intermédiaire de la notion d'autorité administrative indépendante. En outre, celle-ci se trouve confirmée de manière plus significative encore par l'émergence de la catégorie juridique d'autorité publique indépendante.

2. Vérification du concept d'autorité de régulation par l'existence d'autorités publiques indépendantes

1323. Le processus de personnification de la régulation se manifeste ces dernières années toujours davantage, notamment par l'émergence de la catégorie des autorités publiques indépendantes (a). Sans être nécessaire, ce processus s'inscrit dans la logique de l'institutionnalisation de la régulation (b).

a. L'émergence des autorités publiques indépendantes dans les secteurs régulés

1324. La structure de l'autorité publique indépendante a d'abord été utilisée pour l'Autorité des marchés financiers (i). Elle s'est ensuite diffusée à de nouvelles autorités de régulation (ii).

³⁶⁴² DAHAN T., LEMAIRE C., « Portrait de l'Autorité en jeune fille. L'Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ », *article précité*, pp. 3-10.

³⁶⁴³ *Ibid.*, pp. 7-8.

³⁶⁴⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2008, pp. 20-21.

³⁶⁴⁵ C. Com., article L. 461-1. 3°.

³⁶⁴⁶ Cf. *Infra*.

³⁶⁴⁷ DAHAN T., LEMAIRE C., « Portrait de l'Autorité en jeune fille. L'Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ », *article précité*, p. 4.

i. La création de l'autorité publique indépendante dans la régulation financière

1325. C'est en 2003, avec la création de l'Autorité des marchés financiers, qu'est apparue une nouvelle catégorie de personne publique, l'« *autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale* »³⁶⁴⁸. Sur cette base, la doctrine a dégagé certaines caractéristiques permettant de différencier l'autorité publique indépendante de l'autorité administrative indépendante.

En premier lieu, à la différence des autorités administratives indépendantes³⁶⁴⁹, l'autorité publique indépendante dispose de la personnalité morale³⁶⁵⁰. De ce point de vue, si la formulation adoptée par le Code monétaire et financier pouvait laisser subsister un doute sur le rattachement intrinsèque de la personnalité morale à l'autorité publique indépendante, ce n'est plus le cas depuis l'adoption de la loi relative à l'HADOPI puisque le Code de la propriété intellectuelle dispose désormais que la « *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet est une autorité publique indépendante. À ce titre, elle est dotée de la personnalité morale* »³⁶⁵¹. Une telle formulation démontre sans doute possible que la personnalité morale est directement liée à la qualification d'autorité publique indépendante.

En deuxième lieu, l'autorité publique indépendante dispose d'une plus grande autonomie financière³⁶⁵². C'est ainsi que le Code monétaire et financier prévoit que l'AMF dispose de l'autonomie financière³⁶⁵³. Deux mécanismes permettent de l'assurer. D'une part, elle dispose de ressources propres³⁶⁵⁴, comme le prévoit la loi pour l'AMF puisque cette dernière bénéficie du produit de taxes prélevées sur les personnes soumises à son contrôle³⁶⁵⁵. D'autre part, l'attribution de la personnalité morale permet d'échapper aux contraintes de la LOLF dans l'hypothèse où le Parlement le déciderait³⁶⁵⁶.

En troisième lieu, l'autorité publique indépendante permet de mieux intégrer les profes-

³⁶⁴⁸ C. Com., article L. 621-1.

³⁶⁴⁹ SABOURIN P., « Les autorités administratives indépendantes dans l'État », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 100-101 ; *Adde* EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 379-380.

³⁶⁵⁰ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 49 ; *Adde* GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 63 ; *Adde* LINOTTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *article précité*, p. 143.

³⁶⁵¹ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-12.

³⁶⁵² LINOTTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *article précité*, p. 145.

³⁶⁵³ C. Mon. Fin., article L. 621-5-2.

³⁶⁵⁴ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 49 ; *Adde* GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 63 ; *Adde* LINOTTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *article précité*, p. 143.

³⁶⁵⁵ C. Mon. Fin., articles L. 621-5-2 et L. 621-5-3.

³⁶⁵⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 52 et s.

sionnels du secteur à la régulation³⁶⁵⁷. Dans le collège de l'AMF figurent en effet un certain nombre de personnes nommées pour leur expertise dans les domaines régulés³⁶⁵⁸, l'autorité publique indépendante étant caractéristique d'un mouvement néo-corporatiste³⁶⁵⁹.

En quatrième lieu, enfin, il faut noter, mais cela n'est pas exclusif de la catégorie d'autorité publique indépendante puisqu'on le retrouve notamment s'agissant de la CRE ou de l'ARJEL³⁶⁶⁰, que c'est à propos de l'AMF qu'a été créée la séparation interne des pouvoirs d'une autorité de régulation³⁶⁶¹. En effet, celle-ci est composée d'un collège, disposant des compétences de droit commun³⁶⁶², et d'une commission des sanctions, compétente pour prononcer les sanctions³⁶⁶³. Cette dernière est composée de membres choisis pour leurs compétences professionnelles mais également de quatre magistrats, et aucun membre du collège ne siège dans la Commission des sanctions³⁶⁶⁴.

1326. Or, l'ensemble de ces caractéristiques vient confirmer l'analyse néo-institutionnelle du critère organique de la régulation, à savoir l'existence d'un processus d'institutionnalisation et de personnification de l'autorité de régulation. Le concept d'autorité de régulation trouve donc ici une nouvelle manifestation de sa pertinence. En outre, ce résultat est conforté par le succès qu'a connu cette forme institutionnelle pour les autres secteurs régulés.

ii. La diffusion du modèle de l'autorité publique indépendante dans les secteurs régulés

1327. La forme de l'autorité publique indépendante s'est par la suite diffusée. Il s'agit en effet de la formule choisie pour certaines autorités de régulation créées à la suite de l'AMF³⁶⁶⁵.

1328. C'est d'abord le cas en ce qui concerne le secteur ferroviaire, qui est significatif du processus de personnification de la régulation à deux points de vue.

D'une part, la régulation ferroviaire s'est caractérisée par une dynamique de remise en cause progressive de l'exercice de la régulation par une autorité administrative classique. Ainsi,

³⁶⁵⁷ LINOTTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *article précité*, pp. 146-147 ; Adde GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 68 ; Adde RICHER L., « Les personnes publiques innomées », in *La personnalité publique, Actes du colloque organisé les 14 et 15 juin 2007 par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris, Litec, 2007, p. 141.

³⁶⁵⁸ C. Mon. Fin., article L. 621-2. II 7° et 8° notamment.

³⁶⁵⁹ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, pp. 69-70.

³⁶⁶⁰ *Cf. Supra.*

³⁶⁶¹ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 57.

³⁶⁶² C. Mon. Fin., article L. 621-2. I.

³⁶⁶³ *Ibid.*, article L. 621-2.IV.

³⁶⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁶⁵ LOMBARD M., « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *RJEP/CJEG*, 2005, p. 127.

alors que la fonction de régulation était auparavant assurée par l'autorité ministérielle³⁶⁶⁶, il est apparu nécessaire, notamment après qu'une mise en demeure ait été envoyée par la Commission européenne pour non-respect des directives communautaires, de changer de système au profit d'une autorité indépendante de l'opérateur historique³⁶⁶⁷.

D'autre part, la pertinence du concept d'autorité de régulation se trouve vérifiée s'agissant de l'ARAF, qui est aux termes du Code des transports une autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale³⁶⁶⁸. Elle bénéficie en outre du produit d'un droit fixe pesant sur les entreprises ferroviaires³⁶⁶⁹. Cependant, il n'a pas été créé en son sein de comité distinct chargé de la mise en œuvre des sanctions³⁶⁷⁰ mais il serait douteux de voir dans cette absence autre chose qu'une prise en compte de la taille limitée de cette autorité pour le moment.

1329. C'est ensuite le cas d'HADOPI, dont on a vu qu'elle constituait un cas limite de régulation mais qu'elle exécutait une mission de régulation partielle³⁶⁷¹.

Celle-ci est en effet une autorité publique indépendante, disposant donc de la personnalité morale³⁶⁷², le texte précisant que les membres de l'autorité ne reçoivent aucune instruction d'aucune autorité³⁶⁷³. En outre, HADOPI connaît également une séparation interne des pouvoirs puisqu'elle est composée d'un collège et d'une Commission des droits³⁶⁷⁴, les fonctions de membre du collège étant incompatibles avec les fonctions de membre de la Commission des droits, cette dernière n'étant composée que de magistrats³⁶⁷⁵.

Par ailleurs, il faut souligner qu'HADOPI ne dispose d'un pouvoir réglementaire qu'en ce qui concerne sa mission de régulation des mesures techniques³⁶⁷⁶, et n'en dispose pas en ce qui concerne ses autres missions relevant de la police³⁶⁷⁷. Une telle structure vient confirmer le concept d'autorité de régulation dégagé par l'analyse néo-institutionnelle du droit, dans la mesure où elle démontre que la nécessité d'une intervention normative est intrinsèquement attachée aux autorités de régulation.

³⁶⁶⁶ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 117.

³⁶⁶⁷ PEYLET R., « La nouvelle régulation ferroviaire. À propos de la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 », *RJEP*, n°672, février 2010, pp. 6-7.

³⁶⁶⁸ Code des transports, article L. 2131-1.

³⁶⁶⁹ *Ibid.*, articles L. 2132-12 et L. 2132-13.

³⁶⁷⁰ PEYLET R., « La nouvelle régulation ferroviaire. À propos de la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 », *article précité*, p. 7.

³⁶⁷¹ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.*

³⁶⁷² Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-12.

³⁶⁷³ *Ibid.*, article L. 331-15.

³⁶⁷⁴ *Ibid.*

³⁶⁷⁵ *Ibid.*, article L. 331-17.

³⁶⁷⁶ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-31.

³⁶⁷⁷ *Ibid.*, articles L. 331-23 et L. 331-24.

1330. Il apparaît donc que l'autorité publique indépendante monte en puissance en tant qu'organe de régulation. Une telle évolution apparaît, sans être indispensable, conforme à la logique d'institutionnalisation et de personnification des autorités de régulation.

b. Une évolution conforme au processus de personnification des autorités de régulation

1331. L'émergence des autorités publiques indépendantes conduit la doctrine à s'interroger sur la question de savoir si celle-ci doit être considérée comme consubstantiellement attachée à la régulation³⁶⁷⁸. Si la réponse à cette question est aujourd'hui négative (i), force est de constater que ce processus s'inscrit néanmoins dans le mouvement logique de personnification des autorités de régulation (ii).

i. L'absence de nécessité de l'autorité publique indépendante dans la mise en œuvre de la régulation

1332. La création des autorités publiques indépendantes semble répondre à une volonté de renforcer l'indépendance des autorités de régulation grâce à l'attribution de la personnalité morale et à l'attribution de ressources propres³⁶⁷⁹. La question de savoir si la structure de l'autorité publique indépendante doit être aujourd'hui considérée comme consubstantielle à la régulation divise la doctrine universitaire³⁶⁸⁰.

Une partie de celle-ci est opposée à une telle conclusion. Elle valoir que l'attribution de la personnalité morale n'est pas nécessaire à l'indépendance³⁶⁸¹, ni à la possibilité de percevoir des ressources des tiers comme le montrent les exemples de l'ARCEP et de la CRE qui disposent également de certaines ressources propres³⁶⁸², ni à la possibilité pour agir en justice³⁶⁸³. Le Conseil d'État lui-même avait considéré que l'attribution de la personnalité morale n'était pas une nécessité³⁶⁸⁴. Elle peut même s'avérer dangereuse car les autorités publiques indépendantes sont personnellement responsables financièrement de leurs actes en cas de faute dans l'exercice de leurs mis-

³⁶⁷⁸ DEGOFTE M., « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 2008, p. 626.

³⁶⁷⁹ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 63 ; *Adde* LOMBARD M., « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *article précité*, p. 128 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 69.

³⁶⁸⁰ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 49-50.

³⁶⁸¹ LOMBARD M., « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *article précité*, p. 130 ; *Adde* DEGOFTE M., « Les autorités publiques indépendantes », *article précité*, p. 624 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, pp. 11-85.

³⁶⁸² LOMBARD M., « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *article précité*, pp. 129-130 ; *Adde* DEGOFTE M., « Les autorités publiques indépendantes », *article précité*, p. 624.

³⁶⁸³ DEGOFTE M., « Les autorités publiques indépendantes », *article précité*, p. 625.

³⁶⁸⁴ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 379-380.

sions, sauf l'hypothèse d'insolvabilité entraînant la responsabilité de l'État³⁶⁸⁵.

En ce qui la concerne, l'analyse néo-institutionnelle du droit n'implique pas de considérer la personnalité morale comme un élément indispensable à l'autonomie d'une institution. Ainsi qu'il a été dit, pour Hauriou, la personnalité juridique n'est qu'un complément technique de la personnification de l'institution et n'est donc pas nécessaire à celle-ci³⁶⁸⁶.

1333. En réalité, force est de constater que les raisons conduisant à la mise en place d'une autorité publique indépendante sont plus pragmatiques que théoriques, dans la mesure où elles sont mises en place pour des autorités dont l'activité se prête à la perception de taxes et qui se caractérisent par une proximité particulière avec les opérateurs du secteur³⁶⁸⁷. Cependant, il serait sans doute préférable de réaliser une analyse plus ontologique des autorités publiques indépendantes afin de déterminer si et quand il est pertinent d'y avoir recours.

ii. Une évolution cependant logique au regard du processus de personnification de la régulation

1334. Pour d'autres auteurs, au contraire, la création des autorités publiques indépendantes correspond à l'aboutissement de l'intégration de l'autorité de régulation en droit français, en cela d'ailleurs conformément au modèle américain³⁶⁸⁸.

Ainsi, l'autorité publique indépendante devrait être considérée comme le devenir notionnel du concept d'autorité de régulation, du fait de l'approfondissement de l'indépendance liée à la personnalité morale, celle-ci ayant notamment une forte dimension symbolique permettant de renforcer la visibilité de l'institution³⁶⁸⁹, ainsi que de l'attribution de ressources propres et d'une véritable autonomie financière³⁶⁹⁰. Par ailleurs, l'autorité publique indépendante permettrait de mieux intégrer les professionnels du secteur à la régulation³⁶⁹¹, et, si cela entraîne un risque de

³⁶⁸⁵ Avis du Conseil d'État n° 371558 du 8 septembre 2005. V., LABETOUILLE D., « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de "garantie de l'État". À propos de l'Avis n° 371558 du Conseil d'État du 8 septembre 2005 », *RJEP*, 2006, pp. 359-364 ; *Adde* DEGOFFE M., « Les autorités publiques indépendantes », *article précité*, p. 625.

³⁶⁸⁶ HAURIU M., « L'institution et le droit statutaire », *article précité*, p. 135 ; *Adde* HAURIU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *op. cit.*, p. 43 ; *Adde* HAURIU M., *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 105.

³⁶⁸⁷ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 123.

³⁶⁸⁸ LINOTTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *article précité*, p. 143 et p. 145.

³⁶⁸⁹ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 71 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 53 et pp. 121-126 ; *Adde* DEGOFFE M., « Les autorités publiques indépendantes », *article précité*, p. 623.

³⁶⁹⁰ LINOTTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *article précité*, p. 145.

³⁶⁹¹ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 68 ; *Adde* RICHER L., « Les personnes publiques innomées », *op. cit.*, p. 141 ; *Adde* LINOTTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *article précité*, pp. 146-147.

corporatisme ou de néo-corporatisme³⁶⁹², il est en réalité amoindri par la nécessaire réintégration de ces autorités dans le cadre de l'État³⁶⁹³.

Dès lors, se fondant sur ces qualités, certains auteurs préconisent une extension de l'autorité publique indépendante soit à l'ensemble des autorités administratives indépendantes³⁶⁹⁴, ce qui ne paraît guère pertinent, soit de manière plus mesurée et plus cohérente, à l'ensemble des autorités de régulation au sens strict³⁶⁹⁵.

L'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation rejoint cette toute dernière analyse. En effet, elle voit dans l'autorité publique indépendante la consécration du processus d'institutionnalisation et de personnification de la régulation. La personnalité morale, l'attribution claire de ressources propres et l'approfondissement de l'autonomie budgétaire, le renforcement de la participation des acteurs, sont autant d'éléments qui, sans être indispensables à l'exercice de la fonction de régulation, s'inscrivent dans sa logique et permettent son approfondissement.

1335. En définitive, le concept d'autorité de régulation induit sur la base de la communication entre le droit et la théorie économique à propos des communications électroniques et de l'électricité se trouve vérifié par son application déductive aux autres secteurs régulés. Il est dès lors possible d'en dégager des conséquences théoriques définitives, même si l'on peut regretter que celles-ci ne se traduisent pas pour le moment par une rationalité notionnelle satisfaisante.

§2. La portée du concept d'autorité de régulation

1336. Le concept d'autorité de régulation dispose d'une portée théorique évidente en ce qu'il permet de dégager un critère organique spécifiquement attaché à la régulation (A). Cependant, force est de constater aujourd'hui que le droit positif n'a pas encore atteint un tel degré de rationalité et qu'il est donc encore insatisfaisant de ce point de vue (B).

³⁶⁹² CHEVALLIER J., « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *article précité*, p. 52 ; *Adde* CHEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *article précité*, p. 90 ; *Adde* BRIAND-MELEDO D., « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *article précité*, p. 359.

³⁶⁹³ AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, pp. 444-445.

³⁶⁹⁴ LINOITTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *article précité*, p. 147 ; *Adde* GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 64 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 50.

³⁶⁹⁵ LOMBARD M., « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *article précité*, pp. 127-134.

A. La portée théorique du concept d'autorité de régulation

1337. La démonstration de l'existence d'un concept précis d'autorité de régulation permet de confirmer la pertinence des œuvres de définition attribuant à la régulation un tel critère organique (1), tandis qu'elle a pour conséquence d'infirmer les œuvres de définition qui ne voient dans la régulation qu'une nouvelle forme de normativité (2).

1. L'admission d'un critère organique spécifique de la régulation

1338. Loin de prétendre à un bouleversement de la doctrine de la régulation, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de réconcilier les doctrines passées et présentes de la régulation. En effet, elle dépasse la doctrine initiale de la régulation (a), et rejoint les œuvres de définition proposant la présence d'une autorité indépendante spécialisée comme critère organique de la régulation (b).

a. Le dépassement de la doctrine initiale de la régulation

1339. L'analyse néo-institutionnelle du droit conduit à parachever la doctrine initiale de la régulation, à savoir le lien fait entre la régulation et la mission des autorités administratives indépendantes (i), en approfondissant et dépassant l'analyse institutionnelle qui avait pu être proposée à l'époque (ii).

i. La régulation comme mission des autorités administratives indépendantes dans la doctrine initiale de la régulation

1340. Dans les années 1980, la doctrine, tant universitaire qu'institutionnelle, considérait que la régulation désignait la mission des autorités administratives indépendantes³⁶⁹⁶. À l'époque, la régulation désigne donc davantage une institution particulière, l'autorité administrative indépendante, qu'une fonction bien déterminée³⁶⁹⁷. Il en résultait alors une confusion entre les autorités adminis-

³⁶⁹⁶ V., parmi de nombreux autres exemples, EDCE, 1983-1984, *op. cit.*, p. 20 ; Adde AUTIN J.-L., « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *article précité*, p. 338 ; Adde CHEVALLIER J., « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *article précité*, p. 45 ; Adde TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 155 ; Adde MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 347.

³⁶⁹⁷ GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 16-17 et p. 41 ; Adde MAISL H., « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, p. 75 ; Adde GUÉDON M.-J., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 21-22.

tratives indépendantes et les autorités de régulation en tant que catégorie juridique³⁶⁹⁸.

Le sens donné à la régulation était alors incertain, celle-ci étant assimilée à la mise en œuvre de l'équilibre voulu par la loi et au respect des règles du jeu entre les acteurs³⁶⁹⁹, au fonctionnement d'un système complexe³⁷⁰⁰, à la protection des libertés et à la fonction de régulation sociale de manière générale³⁷⁰¹, etc. La faiblesse de ces doctrines était donc qu'elles n'arrivaient finalement pas au moindre consensus s'agissant de la définition apportée à cette mission de régulation exercée par l'ensemble des autorités administratives indépendantes³⁷⁰². Aujourd'hui, cette doctrine est donc à ce titre considérée comme dépassée, mais on en trouve encore des traces, notamment dans un rapport parlementaire publié récemment³⁷⁰³.

Toutefois, l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation constitue ici moins une remise en cause totale de la doctrine initiale de la régulation qu'une amélioration et un achèvement, dans la mesure où elle restreint la notion de régulation à une fonction précise et donc à certaines autorités administratives ou publiques indépendantes déterminées, dont la présence reste cependant indispensable à la qualification de régulation.

ii. Le dépassement de la doctrine initiale de la régulation par l'analyse néo-institutionnelle du droit

1341. Il est significatif de souligner que certaines analyses effectuées à l'époque résultaient de l'application, implicite ou explicite, de la théorie institutionnelle. Implicitement, certains auteurs considéraient, la fonction créant l'organe³⁷⁰⁴, que l'émergence de la régulation avait donné naissance spontanément à une institution que le législateur n'avait pas eu l'intention de créer³⁷⁰⁵. Explicitement, certains auteurs ont utilisé la méthode institutionnelle d'Hauriou pour expliquer

³⁶⁹⁸ TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 157, p. 211 et p. 218 ; Adde AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, p. 439 ; Adde GENEVOIS B., « Les conflits de compétence concernant les autorités administratives indépendantes », in P. Rambaud (dir.), *Mélanges Paul Sabourin*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 124 et p. 132.

³⁶⁹⁹ EDCE, 1983-1984, *op. cit.*, p. 20 ; Adde GENTOT M., Les autorités administratives indépendantes, *op. cit.*, p. 41 ; Adde GUÉDON M.-J., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 20-21 ; Adde TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, p. 26.

³⁷⁰⁰ CHEVALLIER J., « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *article précité*, p. 45.

³⁷⁰¹ MAISL H., « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? », *op. cit.*, pp. 76-77.

³⁷⁰² SÉE A., *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, *op. cit.*, pp. 129-140.

³⁷⁰³ DOSIÈRE R., VANNESTE C., *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 16-17.

³⁷⁰⁴ GUÉDON M.-J., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 22.

³⁷⁰⁵ V., parmi de nombreux autres exemples EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 287 ; Adde AUTIN J.-L., « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, p. 1215 ; Adde CHEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *article précité*, p. 83 ; Adde TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 155.

l'émergence de ces autorités³⁷⁰⁶, notamment Catherine Teitgen-Colly. Celle-ci considérait ainsi que les autorités de régulation étaient bien des « institutions »³⁷⁰⁷, c'est-à-dire un ordre juridique³⁷⁰⁸ au service d'une idée d'œuvre originale³⁷⁰⁹, la fonction de régulation sociale étant spécifique et nouvelle en ce qu'il ne s'agissait ni d'une prestation de service, ni de la détermination d'une politique par le gouvernement³⁷¹⁰.

1342. Dès lors, on trouve dans ces arguments les prémisses des conclusions auxquelles aboutit l'analyse néo-institutionnelle. Ainsi, l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation constitue un achèvement de la doctrine initiale de la régulation qui permet à la catégorie juridique de régulation de gagner en précision. Celle-ci considère en effet que seules les autorités administratives ou publiques indépendantes exerçant réellement une fonction de régulation, cette dernière étant définie précisément, peuvent se voir qualifier d'autorité de régulation à l'exclusion des autres autorités administratives indépendantes³⁷¹¹.

b. La confirmation des doctrines adoptant un critère organique spécifique de la régulation

1343. L'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation vient ainsi confirmer les œuvres de définition de la régulation admettant l'existence d'une autorité indépendante spécialisée comme critère organique (i), sans qu'il soit pour autant nécessaire de faire de l'autorité de régulation une autorité sui generis (ii).

i. Le critère organique spécifique de la régulation

1344. L'analyse néo-institutionnelle de la régulation conduit donc à admettre que la régulation connaît un critère organique spécifique en ce qu'elle est nécessairement mise en œuvre par une seule institution publique personnifiée.

Elle rejoint ainsi la définition proposée par Claude Champaud, puisque celui-ci fait de l'existence d'un organe régulateur un critère indispensable de la régulation, cet organe prenant la forme d'une autorité administrative indépendante³⁷¹². Elle rejoint également la conception de la

³⁷⁰⁶ AUTIN J.-L., « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *article précité*, pp. 1225-1227 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, p. 22 ; *Adde* HUBAC S., PISIER E., « Les autorités face aux pouvoirs », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, p. 119.

³⁷⁰⁷ TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, p. 21.

³⁷⁰⁸ *Ibid.*, pp. 22-24.

³⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 22 et p. 26.

³⁷¹⁰ *Ibid.*, pp. 26-27.

³⁷¹¹ *V.*, dans le même sens AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, p. 439.

³⁷¹² CHAMPAUD C., « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, p. 51-53.

régulation de Jean-Yves Chérot, pour qui la régulation s'accompagne de la mise en place d'« institutions », notamment d'« autorités indépendantes de marché »³⁷¹³. En outre, cet auteur précise que la régulation « doit être distinguée du cadre législatif et réglementaire qui la prévoit et dans lequel elle prend place, y compris pour la préciser et le compléter sur certains points si c'est nécessaire »³⁷¹⁴, conformément à l'hypothèse selon laquelle la régulation est une institution intermédiaire.

Elle rejoint en outre la définition de la régulation de Jean-Louis Autin. Cet auteur considère d'abord que, chaque notion du droit administratif devant répondre à la fois à un critère organique et à un critère matériel, la régulation doit se caractériser par un critère organique particulier, une autorité de régulation spécifique³⁷¹⁵. Ensuite, s'il considérait initialement, comme le reste de la doctrine à cette époque, que la régulation visait la mission des autorités administratives indépendantes³⁷¹⁶, sa pensée a depuis évolué et il soutient désormais que seules les autorités administratives indépendantes en charge d'une fonction de régulation, c'est-à-dire en charge d'une mission de conciliation économique et non économique et disposant des pouvoirs qui y sont associés, méritent d'être qualifiées d'autorités de régulation³⁷¹⁷. La définition proposée par cet auteur est donc particulièrement proche des résultats de l'analyse néo-institutionnelle du droit.

Elle rejoint enfin la définition de la régulation de Martine Lombard, selon laquelle la régulation économique est « la fonction tendant à réaliser certains équilibres entre la concurrence et d'autres impératifs d'intérêt général, à veiller à des équilibres que le marché ne peut produire à lui seul »³⁷¹⁸, mission qui implique alors la mise en œuvre d'un « design institutionnel » et qui est donc associée à l'existence d'autorités indépendantes³⁷¹⁹, qualifiées de « régulateurs indépendants »³⁷²⁰. L'utilisation de la notion de *design institutionnel* peut être soulignée ici car elle dérive du vocabulaire économique.

1345. En définitive, l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation vient confirmer les doctrines considérant que la régulation admet un critère organique spécifique, à savoir une autorité indépendante spécialisée. Au contraire, elle vient infirmer les conceptions voyant dans la régulation une fonction partagée³⁷²¹. Cependant, il n'apparaît guère nécessaire pour autant de faire de l'autorité de régulation une autorité *sui generis* comme le propose une partie de la doctrine.

³⁷¹³ CHÉROT J.-Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, 2^{ème} Ed., pp. 318-319.

³⁷¹⁴ *Ibid.*

³⁷¹⁵ AUTIN J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *op. cit.*, p. 53.

³⁷¹⁶ AUTIN J.-L., « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *article précité*, pp. 1213-1214 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *article précité*, p. 338.

³⁷¹⁷ AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, p. 439 et s.

³⁷¹⁸ LOMBARD M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, pp. 531-532.

³⁷¹⁹ LOMBARD M., « Introduction générale », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 2-3.

³⁷²⁰ LOMBARD M., « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 203-217.

³⁷²¹ FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », *op. cit.*, p. 4 et p. 7 ; *Adde* MARCOU G., « Introduction », *op. cit.*, p. 21 ; *Adde* TRUCHET D., *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 365-367. *Cf. Supra.*

ii. L'inutilité de la thèse du caractère *sui generis* des autorités de régulation

1346. À l'occasion de l'apparition des autorités administratives indépendantes, une controverse doctrinale a émergé s'agissant de la qualification qu'il convenait de retenir à leur propos³⁷²². Une partie de la doctrine considérait que ces autorités n'étaient pas des autorités administratives mais des autorités *sui generis*³⁷²³, en raison de l'article 20 de la Constitution qui s'opposait à un régime d'indépendance pour des autorités administratives³⁷²⁴. C'est alors que la qualification d'autorité de régulation a été proposée³⁷²⁵.

Sur ce point, le Conseil d'État, dans son rapport de 2001 relatif aux autorités administratives indépendantes, considéra que cette controverse doctrinale était désormais terminée, le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'État ayant dans un souci d'unité de l'État admis que ces autorités étaient bien des autorités administratives malgré la reconnaissance de leur indépendance³⁷²⁶. Néanmoins, ce débat a connu un regain d'intérêt suite à la création des autorités publiques indépendantes. Ainsi, si certains auteurs ont pensé qu'il valait mieux considérer les autorités publiques indépendantes comme des administrations³⁷²⁷, d'autres auteurs préférèrent la qualification d'institutions *sui generis*³⁷²⁸.

Pour l'analyse néo-institutionnelle du droit, au regard de leur fonction, les autorités de régulation sont bien des institutions administratives. En effet, loin de caractériser le désengagement de l'État et donc de s'opposer frontalement à l'idée même d'administration³⁷²⁹, les autorités de régulation constituent au contraire des autorités chargées spécifiquement de la mise en œuvre d'une fonction administrative déterminée, et sont donc à ce titre des autorités administratives.

1347. Le Conseil constitutionnel est d'ailleurs allé récemment en ce sens à propos du défenseur des droits³⁷³⁰, qui n'est pas une autorité de régulation mais dont la qualification a récemment posé problème. En effet, l'article 2 de la loi organique soumise au Conseil constitutionnel dispose que le Défenseur des droits est une « *autorité constitutionnelle indépendante* » qui « *ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction* »³⁷³¹. Or, le Conseil a considéré « *qu'en érigeant le Défenseur des droits en*

³⁷²² GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 14-15.

³⁷²³ TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 218.

³⁷²⁴ TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, pp. 50-51 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, pp. 212-218.

³⁷²⁵ TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 211 et p. 218 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *article précité*, p. 1217.

³⁷²⁶ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 290-293.

³⁷²⁷ LINOÏTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *article précité*, p. 147.

³⁷²⁸ AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, p. 440 ; *Adde* RICHER L., « Les personnes publiques innomées », *op. cit.*, p. 141.

³⁷²⁹ AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, pp. 443-445.

³⁷³⁰ Constitution du 4 octobre 1958, article 71-1.

³⁷³¹ Décision du Conseil constitutionnel n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au défenseur des droits*, considérant n°4.

« autorité constitutionnelle indépendante », le premier alinéa de l'article 2 rappelle qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels »³⁷³². Le Conseil a donc admis cette qualification tout en faisant une réserve d'interprétation visant à rappeler que cette autorité n'est pas une autorité constitutionnelle mais une autorité administrative indépendante.

De ce point de vue, même si la situation des autorités de régulation est fondamentalement différente de celle du Défenseur des droits, étant acquis qu'elles ne constituent pas des autorités constitutionnelles, cet exemple montre la réticence du Conseil constitutionnel à détacher ce type d'administrations de la qualification d'institutions administratives. Il est donc préférable de faire des autorités de régulation des autorités administratives.

1348. Ainsi, l'analyse néo-institutionnelle de la régulation conduit donc à adopter un critère organique spécifique à la régulation. Or, un tel résultat permet de rejeter les œuvres de définition qui ne voient dans la régulation qu'une nouvelle forme de normativité.

2. L'infirmité de la thèse de la régulation comme nouvelle forme de normativité

1349. Certaines conceptions de la régulation voient celle-ci comme une nouvelle forme de normativité (a). L'analyse néo-institutionnelle du droit conduit à rejeter cette thèse (b).

a. La thèse de la régulation comme nouvelle forme de normativité

1350. À côté des différentes conceptions de la régulation qui voient dans celle-ci une notion à vocation économique, il existe un courant tout à fait différent qui voit dans la régulation une nouvelle forme de normativité³⁷³³. Une telle solution, d'abord soutenue en théorie du droit (i), a ensuite été reprise par l'école du droit économique (ii) avant d'être enfin consacrée par certains auteurs dans le champ du droit administratif (iii).

i. La régulation, nouvelle forme de normativité en théorie du droit

1351. C'est Gérard Timsit qui, le premier, a soutenu l'existence d'une conception formelle de la régulation en théorie du droit³⁷³⁴. La notion de régulation est alors appréhendée comme une ma-

³⁷³² *Ibid.*, considérant n°5.

³⁷³³ GAUDEMET Y., « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, pp. 15-16.

³⁷³⁴ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, pp. 34-35.

nifestation d'un nouveau type de normativité juridique³⁷³⁵, comme un progrès de la science juridique qui se caractérise par le passage d'un droit abstrait et général à un droit concret³⁷³⁶.

L'émergence de la régulation est liée aux autorités administratives indépendantes, dans la mesure où celles-ci sont considérées comme le principal révélateur de l'existence de cette nouvelle normativité³⁷³⁷. Cependant, elle ne s'y réduit pas et la régulation comprend alors des outils aussi divers que les orientations, les conseils, les avis, les recommandations³⁷³⁸, le recours aux techniques contractuelles dans l'administration, les engagements négociés, les incitations, les directives³⁷³⁹, les circulaires³⁷⁴⁰, voire, plus simplement et plus généralement, le *soft law*³⁷⁴¹.

Or, la thèse de Gérard Timsit a connu un certain succès puisqu'elle s'est diffusée d'abord en droit économique puis, aujourd'hui, dans le champ du droit administratif.

ii. La régulation, nouvelle forme de normativité en droit économique

1352. La thèse de Gérard Timsit a d'abord été reprise par l'école du droit économique. Ainsi, Gérard Farjat définit également la régulation comme le concept caractéristique des évolutions du droit vers un droit empirique, téléologique, voire opportuniste³⁷⁴². Cette position a ensuite été adoptée par les autres tenants du droit économique qui considèrent la régulation comme une forme de normativité située entre la normativité de l'État et la normativité du marché, caractérisée par le dialogue et la souplesse³⁷⁴³. Une nouvelle fois, ce sont surtout les autorités administratives indépendantes qui illustrent ce phénomène, sans disposer pour autant d'un monopole de l'utilisation de ces instruments³⁷⁴⁴.

iii. La régulation, nouvelle forme de normativité en droit administratif

³⁷³⁵ TIMSIT G., « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996, pp. 375-394 ; *Adde* TIMSIT G., *Archipel de la norme*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1997, pp. 145-231, *Adde* TIMSIT G., « La régulation. La notion et le phénomène », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 5-12 ; *Adde* TIMSIT G., « Régulation et théorie du droit », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 252-257.

³⁷³⁶ TIMSIT G., « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *article précité*, p. 377.

³⁷³⁷ TIMSIT G., « Conclusions. L'avenir des autorités administratives indépendantes. Synthèse », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 315-137 et pp. 318-319 ; *Adde* TIMSIT G., *Archipel de la norme, op. cit.*, pp. 214-215.

³⁷³⁸ TIMSIT G., *Archipel de la norme, op. cit.*, pp. 170-172.

³⁷³⁹ TIMSIT G., « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *article précité*, p. 378.

³⁷⁴⁰ TIMSIT G., *Archipel de la norme, op. cit.*, pp. 178-196.

³⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 174.

³⁷⁴² FARJAT G., *Pour un droit économique*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 2004, pp. 109-116.

³⁷⁴³ BOY L., « Régulation et sécurité juridique », *op. cit.*, pp. 335-338, pp. 344-345 et p. 348 ; *Adde* MOHAMED SALAH M. M., « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 264 et s.

³⁷⁴⁴ BOY L., « Régulation et sécurité juridique », *op. cit.*, pp. 341-342.

1353. La thèse de Gérard Timsit a été reprise récemment dans le champ du droit administratif où elle défendue par certains auteurs, minoritaires, mais dont l'influence est grandissante.

En premier lieu, Martin Collet considère que la régulation vise à la fois les actes souples comme les recommandations ou les incitations, et les dispositifs d'élaboration du droit faisant intervenir les destinataires de la norme³⁷⁴⁵. La régulation concerne notamment les autorités administratives indépendantes, mais non exclusivement, d'autres personnes publiques et des personnes privées y ayant recours³⁷⁴⁶.

En second lieu, la thèse de Laurence Calandri, considérant l'ensemble des autres définitions de la régulation, qu'elles résultent de la doctrine ou même du droit positif, comme irrecevables³⁷⁴⁷, propose de considérer la régulation comme la fonction consistant à adopter certains actes particuliers³⁷⁴⁸. L'acte de régulation, alors, « *semble pouvoir être défini comme une invitation adressée à des destinataires, publics ou privés, en vue de l'adoption d'un modèle comportemental défini par son auteur qui ne lie juridiquement aucun de ses participants* »³⁷⁴⁹. Il est à la fois un acte « *invitatif* », en ce qu'il génère une norme qui n'est cependant pas une norme juridique³⁷⁵⁰, et un acte effectif et informel³⁷⁵¹. Cela vise ainsi les actes des autorités administratives indépendantes essentiellement³⁷⁵², et n'intègre pas les circulaires et les directives, notamment parce que celles-ci ne sont pas des invitations³⁷⁵³.

Ainsi, une doctrine relativement récente fait de la régulation une nouvelle forme de normativité en droit administratif. Cependant, l'analyse néo-institutionnelle du droit conduit à rejeter ce type de conceptions de la régulation.

b. La réfutation de la thèse de la régulation comme nouvelle forme de normativité

1354. Deux critiques majeures peuvent être adressées à la théorie de la régulation comme nouvelle forme de normativité, qui doivent conduire à rejeter ce type d'œuvre de définition de la régulation. D'une part, le choix du terme de régulation pour désigner ces dispositifs semble inexact

³⁷⁴⁵ COLLET M., « Le droit fiscal, berceau de la régulation », in T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Éditions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, p. 40 ; Adde COLLET M., « Valeur(s) de la régulation », in M. Deguegue, L. Fonbaustier (coors.), *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, pp. 245-246.

³⁷⁴⁶ COLLET M., « Valeur(s) de la régulation », *op. cit.*, pp. 245-246 et p. 247.

³⁷⁴⁷ *Ibid.*, pp. 146-154.

³⁷⁴⁸ CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 34.

³⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 293.

³⁷⁵⁰ *Ibid.*, pp. 257-275.

³⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 296 et s.

³⁷⁵² *Ibid.*, pp. 245-256.

³⁷⁵³ *Ibid.*, pp. 257-275.

et inopportun (i). D'autre part, ces théories confondent la notion et le régime de la régulation comme le démontre l'analyse néo-institutionnelle du droit (ii).

i. L'inopportunité du choix du terme de régulation pour désigner les dispositifs d'incitation ou de participation

1355. Les théories de la régulation comme nouvelle forme de normativité désignent par un mot nouveau, régulation, des éléments, qui au demeurant existent depuis longtemps en droit administratif, comme les orientations, les conseils, les avis, les recommandations, les incitations, les directives, les circulaires, etc., normes incitatives qui sont ou qui peuvent être élaborées avec le destinataire de la norme³⁷⁵⁴. Cependant, le choix de ce terme de régulation semble inopportun et pose des problèmes méthodologiques.

Certes, puisqu'il existe pour ce faire de bonnes raisons et notamment l'extension du phénomène qu'ils décrivent³⁷⁵⁵, on ne saurait reprocher à ces auteurs de chercher à faire preuve d'innovation pour le catégoriser. Les travaux du Conseil d'État vont d'ailleurs dans le même sens, puisque son rapport annuel paru en juillet 2011, intitulé « *Consulter autrement. Participer effectivement* »³⁷⁵⁶, s'intéresse à cette évolution fondamentale du droit administratif dans le sens d'une « *administration délibérative* »³⁷⁵⁷ dans laquelle la procédure, davantage que la décision, serait caractérisée par le dialogue et la transparence, la participation des administrés, etc.³⁷⁵⁸. Le débat doctrinal sur ce point, bien entendu, est légitime et utile, mais le choix du terme de régulation pour désigner ces dispositifs est contestable.

1356. En effet, on peut légitimement se poser la question de savoir quel intérêt présente le fait de choisir le terme de régulation pour désigner ces dispositifs, alors même qu'un ensemble considérable préexistant, formé tant de droit positif que de doctrine institutionnelle et universitaire, attribue un sens différent et plus cohérent au terme de régulation. La position de ces auteurs semble donc aussi bien inexacte méthodologiquement qu'inopportune, comme le révèle d'ailleurs le dernier rapport annuel publié par le Conseil d'État.

Ainsi, le rapport du Conseil d'État de 2011 est sans doute un rude coup porté à la théorie de la régulation comme nouvelle forme de normativité. En effet, ce rapport, s'il fait la part belle à la notion d'« *administration délibérative* », ne fait en revanche pas référence, ou alors de manière totalement anecdotique et générale et sans désigner par là une nouvelle normativité³⁷⁵⁹, à la notion de

³⁷⁵⁴ Cf. *Supra*.

³⁷⁵⁵ TRUCHET D., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 293.

³⁷⁵⁶ EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Consulter autrement, participer effectivement, Rapport public*, n°62, Paris, La documentation française, 2011, 226 p.

³⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 91.

³⁷⁵⁸ *Ibid.*, pp. 92-97.

³⁷⁵⁹ EDCE, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 98, p. 119, p. 124 notamment.

régulation. Ainsi, alors que ce rapport s'intéresse aux concertations, aux consultations, à la participation, ou encore à l'intermédiation, il n'est nulle part fait mention de la régulation³⁷⁶⁰. En somme, le Conseil d'État, dans un rapport qui lui est pourtant partiellement consacré, ne reprend pas la thèse de la régulation comme nouvelle normativité et lui préfère d'autres concepts.

1357. Il est donc préférable de faire preuve ici d'une réelle innovation dans le choix des termes utilisés pour désigner ces différents phénomènes, et déjà de mieux dissocier, alors que la doctrine de la régulation comme nouvelle forme de normativité tend à les confondre, les dispositifs de normes souples d'une part et les dispositifs de participation d'autre part.

S'agissant des normes de *soft law*, la présente recherche propose et utilisera par la suite le terme d'*incitation*. Ce terme, qui vient de la théorie économique³⁷⁶¹, rend compte des mécanismes non obligatoires qui visent à orienter des comportements, et l'on peut d'ailleurs noter que la littérature juridique cherche parfois à s'approprier ce concept pour décrire ce phénomène³⁷⁶². Ici, le terme d'incitation est proche de l'idée d'acte « *invitatif* » portée par Laurence Calandri³⁷⁶³, mais cet acte incitatif n'est pas entendu comme synonyme de régulation.

S'agissant de l'évolution du droit administratif dans le sens d'une meilleure participation des administrés, c'est bien le terme d'*administration délibérative* qu'il faut privilégier, conformément à la doctrine du Conseil d'État³⁷⁶⁴ et aux travaux de Jean-Bernard Auby, car il renvoie bien mieux que le terme de régulation à ce que manifeste réellement ce phénomène, à savoir un approfondissement de la démocratie délibérative et donc de la démocratie en général par l'intermédiaire du droit administratif³⁷⁶⁵. La régulation n'est ici qu'une manifestation, peut-être un laboratoire, de la problématique plus générale de la démocratie administrative³⁷⁶⁶, mais ils ne s'assimilent pas.

1358. Ainsi, le choix du terme de régulation pour désigner de nouvelles formes de normativité semble inopportun et devrait être abandonné. Ce résultat est confirmé par l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation.

³⁷⁶⁰ *Ibid.*, pp. 133-135.

³⁷⁶¹ LAFFONT J.-J., MARTIMORT D., *The Theory of Incentives, The Principal-Agent Model*, Princeton, Princeton University Press, 2002, 421 p. ; ADDE DEFFAINS B., « Responsabilité et incitations dans les régulations économiques », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 9-18 ; ADDE BENZONI L., « Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des opérateurs. Un point de vue économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, p. 48.

³⁷⁶² *V.*, par exemple ROUYÈRE A., « Responsabilité civile et régulation. Éléments d'une rencontre », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, p. 20.

³⁷⁶³ CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 257 et s.

³⁷⁶⁴ EDCE, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 91 et s.

³⁷⁶⁵ AUBY J.B., « Quelques observations sur l'administration "délibérative" », in EDCE, *Consulter autrement, participer effectivement, Rapport public*, n°62, Paris, La documentation française, 2011, p. 186.

³⁷⁶⁶ LOMBARD M., « Introduction générale », *op. cit.*, p. 1 et s., p. 5 et s. ; ADDE LOMBARD M., « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », *op. cit.*, p. 203 et s.

ii. L'inexactitude du choix du terme de régulation au regard de l'analyse néo-institutionnelle du droit

1359. Il apparaît que les théories de la régulation comme nouvelle forme de normativité n'arrivent pas à s'affranchir, contrairement à ce qu'elles prétendent³⁷⁶⁷, de la figure de l'autorité administrative indépendante, puisqu'elles admettent que c'est très principalement à leur propos que l'on trouve la régulation³⁷⁶⁸. Elles se trouvent alors confrontées à un problème logique que l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de comprendre et de dépasser.

En effet, si l'on se réfère au modèle de l'économie néo-institutionnelle, qui distingue trois degrés d'analyse, d'abord les « incitations réglementaires », ensuite les organisations, et enfin l'environnement institutionnel³⁷⁶⁹, on se rend compte que la régulation au sens de ces auteurs relève des seules incitations réglementaires. Or, il résulte de ce qui a été démontré précédemment que la régulation est une institution, c'est-à-dire qu'elle relève à la fois du droit disciplinaire et du droit statutaire, c'est-à-dire à la fois des « incitations réglementaires » et des organisations, et constitue donc un ensemble dont les incitations, en toute hypothèse, ne peuvent être qu'une partie. La communication entre le droit et la théorie économique démontre donc que ces théories confondent la partie, l'incitation, et le tout, l'institution juridique de régulation.

Enfin, il résulte clairement du droit positif, comme on le reverra³⁷⁷⁰, que les autorités de régulation utilisant tous les instruments juridiques possibles, le droit incitatif n'est qu'un instrument disponible parmi d'autres³⁷⁷¹. D'ailleurs, les directives les plus récentes tendent davantage à durcir le régime juridique et à augmenter les compétences contraignantes des autorités de régulation qu'à développer les procédés normatifs non contraignants³⁷⁷².

Ainsi, s'il est évident que l'existence d'un droit souple peut faire partie de la régulation, il reste que celui-ci est un élément de son régime plutôt qu'il ne correspond à la notion de régulation elle-même.

1360. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que de l'analyse néo-institutionnelle du droit résulte un concept bien identifié d'autorité de régulation, nécessaire à la définition de la régulation. Cependant, il faut regretter sur ce point que la portée positive du con-

³⁷⁶⁷ TIMSIT G., *Archipel de la norme*, *op. cit.*, pp. 170-174 et pp. 178-196 ; *Adde* TIMSIT G., « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *article précité*, p. 378 ; *Adde* BOY L., « Régulation et sécurité juridique », *op. cit.*, pp. 341-342 ; *Adde* COLLET M., « Valeur(s) de la régulation », *op. cit.*, pp. 245-246 et p. 247.

³⁷⁶⁸ TIMSIT G., « Conclusions. L'avenir des autorités administratives indépendantes. Synthèse », *op. cit.*, pp. 315-137 et pp. 318-319 ; *Adde* TIMSIT G., *Archipel de la norme*, *op. cit.*, pp. 214-215 ; *Adde* BOY L., « Régulation et sécurité juridique », *op. cit.*, pp. 341-342 ; *Adde* COLLET M., « Valeur(s) de la régulation », *op. cit.*, pp. 245-246 et p. 247 ; *Adde* CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 245-246.

³⁷⁶⁹ QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », *op. cit.*, pp. 69-72. *Cf. Supra*.

³⁷⁷⁰ *Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2*.

³⁷⁷¹ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, pp. 97-100. *V.*, également CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 2^{ème} Ed., 2004, p. 124.

³⁷⁷² *Cf. Supra*, et *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1 et Partie 2, Titre 2, Chapitre 2*.

cept d'autorité de régulation soit encore insuffisante aujourd'hui, ce qui pose, sans empêcher pour autant de qualifier juridiquement la régulation, des problèmes aussi bien théoriques que pratiques.

B. La portée positive limitée du concept d'autorité de régulation

1361. Le concept d'autorité de régulation, en ce qu'il vise *une institution publique personnifiée de régulation*, permet aujourd'hui de distinguer la régulation de l'autorégulation, notion progressivement consacrée en droit positif (1). Cependant, on peut regretter que l'autorité de régulation ne soit pas encore une notion juridique unique et que règne en la matière une certaine désorganisation dont les effets regrettables se font aujourd'hui sentir (2).

1. Un concept permettant de distinguer régulation et autorégulation

1362. Le terme de régulation a parfois été utilisé par le Conseil d'État pour désigner des processus d'autorégulation (a). Une telle utilisation doit être proscrite en vertu de l'analyse néo-institutionnelle du droit comme le confirment les évolutions les plus récentes du droit positif (b).

a. La qualification sporadique de mécanismes d'autorégulation de régulation dans la jurisprudence du Conseil d'État

1363. Ainsi qu'il a été relevé par certains auteurs, un certain nombre d'arrêts du Conseil d'État font référence à la « *régulation du marché* »³⁷⁷³. Un arrêt du Conseil d'État a ainsi utilisé le terme de « *régulation des marchés dans l'intérêt des producteurs* » à propos d'un fonds d'organisation des marchés de poisson constituant une organisation de producteurs³⁷⁷⁴. Un autre arrêt a utilisé le terme d' « *objectifs de régulation du marché du lait* » à propos de l'action mise en œuvre à l'époque par l'office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers³⁷⁷⁵. Un autre arrêt a utilisé le terme de « *régulation de l'offre* » à propos des décisions des organismes de filière, également appelés comités interprofessionnels³⁷⁷⁶. Il existe donc bien une certaine jurisprudence où le Conseil d'État qualifie de régulation l'action d'organismes professionnels. Cependant, cette qualification est progressivement abandonnée pour celle d'autorégulation.

³⁷⁷³ CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 63 ; Adde SÉE A., *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, *op. cit.*, pp. 40-41.

³⁷⁷⁴ Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, du 22 février 2002, *Fonds d'intervention et d'organisation des marchés des produits de la pêche maritime et des cultures maritimes (FIOM)*, n°79601, inédit au recueil Lebon.

³⁷⁷⁵ Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, du 5 novembre 2003, *Coopérative des agriculteurs de la Mayenne et Coopérative laitière Maine Anjou*, n°224941, publié au recueil Lebon.

³⁷⁷⁶ Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, du 12 juin 2006, *EARL Bandonny*, n°269407, Publié au recueil Lebon.

b. L'abandon de la qualification de régulation au profit de celle d'autorégulation

1364. L'analyse néo-institutionnelle du droit permet d'expliquer l'existence d'une telle qualification mais conduit nécessairement à son rejet au profit de la qualification d'autorégulation. Les évolutions les plus récentes du droit positif confirment ce résultat.

1365. L'analyse néo-institutionnelle permet d'abord de comprendre l'utilisation d'une telle qualification, puisque les organismes interprofessionnels dont il s'agit sont bien des micro-institutions privées au sens de l'économie néo-institutionnelle³⁷⁷⁷. Cependant, il en résulte ensuite que la qualification de régulation doit être abandonnée au profit de celle d'autorégulation. En effet, la fonction de régulation est différente et plus large que celle d'autorégulation, dans la mesure où elle vise l'instauration d'un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques, et à ce titre, ne peut donc être laissée à des personnes privées³⁷⁷⁸. Ce résultat est confirmé par les évolutions les plus récentes du système juridique.

1366. En effet, les évolutions les plus récentes du droit positif confirment la distinction entre la régulation et l'autorégulation. Si la doctrine qualifie depuis longtemps la mise en œuvre de règles et leur sanction par des personnes privées réunissant les acteurs d'un secteur d'autorégulation³⁷⁷⁹, le droit positif va désormais également en ce sens.

L'évolution des dispositifs d'autorégulation de la publicité est de ce point de vue particulièrement significative³⁷⁸⁰. À l'époque où l'autorégulation de la publicité était assurée par le Bureau de vérification de la publicité, celui-ci se trouvait déjà exclu de la catégorie d'autorité administrative indépendante par les rapports officiels dans la mesure où il s'agissait d'une association et non d'une personne publique³⁷⁸¹.

Le bureau de la vérification de la publicité a ensuite été remplacé par une autre association, dite « *Autorité de régulation professionnelle de la publicité* »³⁷⁸², association à vocation déontologique pour laquelle « *l'autorégulation publicitaire devient régulation professionnelle et se place, en complément à la*

³⁷⁷⁷ MÉNARD C., « L'inadaptation du droit de la concurrence à la concurrence réelle », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 2000, pp. 245-254 ; Adde GLACHANT J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », *op. cit.*, p. 268.

³⁷⁷⁸ MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, pp. 36-37 ; Adde GUÉDON M.-J., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 27 ; Adde AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, pp. 444-445 ; Adde GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 39.

³⁷⁷⁹ *V.*, par exemple FRISON-ROCHE M.-A., « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 62-63.

³⁷⁸⁰ Pour un panorama complet de celle-ci, *V.*, TEYSSIER J.-P., « L'autodiscipline de la publicité. Une expérience reconnue d'auto-régulation en France et en Europe », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 125-156.

³⁷⁸¹ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 39.

³⁷⁸² ARPP (Autorité de régulation professionnelle de la publicité), *Rapport annuel d'activité*, 2008, p. 6.

régulation publique, dans la gouvernance de ce secteur »³⁷⁸³, prétendant ainsi participer d'une forme de régulation intermédiaire. Cependant, par la suite, la loi est venue consacrer à propos de cette institution la notion même d'« *autorégulation* ». Ainsi, une nouvelle loi audiovisuelle en 2009³⁷⁸⁴ a modifié la loi relative à la liberté de communication pour prévoir que le CSA peut prendre en compte, à l'occasion du contrôle qu'il effectue sur la publicité, les recommandations « *des autorités d'autorégulation mises en place dans le secteur de la publicité* »³⁷⁸⁵. On retrouve également l'utilisation de la notion d'autorégulation à propos de cette autorité dans la loi relative à la régulation des jeux en ligne³⁷⁸⁶.

Ainsi, le droit positif aujourd'hui distingue clairement, conformément à l'analyse néo-institutionnelle du droit, la régulation de l'autorégulation, consacrant la différence fonctionnelle et organique entre ces deux modes d'organisation du marché. De ce point de vue, la portée positive du concept d'autorité de régulation est réelle. Cependant, la structure notionnelle du concept d'autorité de régulation est encore aujourd'hui insatisfaisante.

2. Les limites notionnelles du droit positif au regard du concept d'autorité de régulation

1367. La portée positive du concept d'autorité de régulation reste aujourd'hui limitée. En effet, à l'unité théorique du concept d'autorité de régulation ne répond pas encore aujourd'hui, en droit positif, d'unité notionnelle. Tout d'abord, toutes les autorités administratives indépendantes et les autorités publiques indépendantes ne relèvent pas de la régulation, ce qui est susceptible de causer un certain nombre de problèmes (a). Ensuite, toutes les autorités de régulation ne connaissent pas la même forme juridique, mais cela ne s'oppose pas à l'élaboration d'une définition notionnelle de la régulation à condition que celle-ci prenne en compte cette diversité (b).

a. L'absence de cohérence de la création des autorités administratives et publiques indépendantes

1368. Toutes les autorités administratives ou publiques indépendantes personnifiées ne sont pas des autorités de régulation (i). Or, cela n'est pas sans poser des problèmes qu'il serait sans doute possible de résoudre à condition de raisonner à partir du concept d'autorité de régulation (ii).

i. Les risques posés par l'incohérence de la création des autorités indépendantes

³⁷⁸³ *Ibid.*, p. 7.

³⁷⁸⁴ Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, article 39.

³⁷⁸⁵ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 14.

³⁷⁸⁶ Loi n° 2010-476 précitée, article 8.

1369. Tant la notion d'autorité administrative indépendante que la notion d'autorité publique indépendante sont plus larges que la notion d'autorité de régulation³⁷⁸⁷. Il est d'ailleurs souvent constaté le peu de rationalité existant dans la création de ce type d'autorités, comme l'ont souligné tant la doctrine³⁷⁸⁸ qu'un rapport parlementaire récent particulièrement critique de l'organisation actuelle des autorités administratives indépendantes³⁷⁸⁹.

1370. En premier lieu, toutes les autorités administratives indépendantes ne sont pas, loin s'en faut, des autorités de régulation, contrairement aux débats les plus anciens³⁷⁹⁰.

D'une part, les missions des autorités administratives indépendantes sont très hétérogènes et toutes ne relèvent pas de la fonction de régulation. De là résulte la nécessité de distinguer en leur sein les autorités pouvant être considérées comme des autorités de régulation et les autres, notamment celles qui ont pour objet la protection des droits fondamentaux et/ou l'exercice d'une mission de police³⁷⁹¹.

D'autre part, toutes les autorités administratives indépendantes ne sont pas des autorités de régulation en raison de leurs pouvoirs. En effet, les autorités de régulation ont toutes en commun un cumul de pouvoirs *ex ante* et *ex post* et disposent toutes d'un véritable pouvoir décisionnaire³⁷⁹², alors que la plupart disposent de pouvoirs restreints à l'exercice d'une influence³⁷⁹³.

1371. En second lieu, et cela est plus grave, il existe des autorités publiques indépendantes qui n'exercent pas de mission de régulation. C'est notamment le cas de l'Agence française de lutte contre le dopage, du Haut Conseil du Commissariat aux Comptes³⁷⁹⁴, peut-être de la Haute Autorité de Santé³⁷⁹⁵, etc.

Or, la question peut être posée de savoir, dès lors que ces autorités sont mises en place en dehors de l'exercice d'une mission de régulation, quels types de dérives corporatistes sont susceptibles d'affecter ces secteurs lorsqu'on en confie le contrôle à des autorités publiques indépen-

³⁷⁸⁷ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 351.

³⁷⁸⁸ LAMANDA V., « Avant-propos », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFD A, 2010, p. 874 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 875.

³⁷⁸⁹ DOSIÈRE R., VANNESTE C., *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 59-91.

³⁷⁹⁰ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 351 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, p. 439.

³⁷⁹¹ CHEVALLIER J., « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *article précité*, p. 46 ; *Adde* GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 6, p. 19 et p. 40 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 54-56. *V.*, également EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 257.

³⁷⁹² AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, pp. 439-440.

³⁷⁹³ EDCE, 1983-1984 *op. cit.*, p. 13 et p. 22 ; *Adde* EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 257.

³⁷⁹⁴ DOSIÈRE R., VANNESTE C., *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 157 ; *Adde* GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 5 ; *Adde* DEGOLFFÉ M., « Les autorités publiques indépendantes », *article précité*, pp. 625-626.

³⁷⁹⁵ Code de la sécurité sociale, articles L. 161-37 à L. 161-46.

dantes alors que cela n'est pas justifié³⁷⁹⁶. Il est regrettable ici de constater que les autorités publiques indépendantes ne sont pas créées en considération de ces enjeux et de ces risques, mais seulement en considération d'éléments purement pragmatiques, la perception de taxes et la proximité avec les entreprises du secteur³⁷⁹⁷, ce qui constitue une source de dérives potentielles.

1372. En somme, le droit positif est éclaté et ne semble pas se référer à un cadre théorique construit, ce qui présente des risques pratiques conséquents. Or, le recours au concept de régulation permettrait sans doute de rationaliser cette organisation.

ii. La rationalisation du droit positif permise par le concept d'autorité de régulation

1373. La rationalisation de l'organisation des autorités administratives indépendantes, du fait notamment de leur diversité, est sans doute inenvisageable sans clarifier leurs fonctions et leur statut³⁷⁹⁸. Les rapports parlementaires, ainsi que la doctrine, cherchent alors aujourd'hui, à cette fin, à distinguer au moins deux types d'autorités indépendantes : les autorités en charge des libertés d'une part, et les autorités en charge de la régulation économique d'autre part³⁷⁹⁹. La solution rendue par la Cour de justice de l'Union européenne en mars 2010 semble aller dans le même sens³⁸⁰⁰. Cette distinction nous semble pertinente, quoiqu'elle doive être complétée, et entraîne les pistes de réflexion suivantes.

En raison des enjeux liés à leur création, les autorités de régulation économique devraient conserver leur structure actuelle³⁸⁰¹, voire faire l'objet d'un processus de personnification accentué, notamment par le biais de l'autorité publique indépendante³⁸⁰². L'environnement juridique l'exige et les risques d'opportunisme politique le justifient, certains rapports récents témoignant de la volonté d'une reprise en main de l'État sur ces autorités aux fins, plus ou moins voilées, de

³⁷⁹⁶ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, pp. 68-70.

³⁷⁹⁷ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 123.

³⁷⁹⁸ AUBY J.-B., « Remarques terminales », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFDA, 2010, p. 931.

³⁷⁹⁹ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 6, p. 19 et p. 40 ; Adde DOSIÈRE R., VANNESTE C., *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 17-18 ; Adde FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 54-56 ; Adde LAMANDA V., « Avant-propos », *op. cit.*, p. 874 ; Adde ROUYÈRE A., « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFDA, 2010, p. 888.

³⁸⁰⁰ CJUE, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, précité, C-518/07, § 42.

³⁸⁰¹ CHEVALLIER J., « La statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFDA, 2010, p. 898.

³⁸⁰² LOMBARD M., « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *article précité*, pp. 127-134.

favoriser certains opérateurs historiques³⁸⁰³.

En revanche, s'agissant des autorités en charge des libertés, c'est-à-dire des autorités exerçant une fonction de police, une distinction devrait être faite entre celles dont l'indépendance se justifie et celles dont l'indépendance risque de poser des problèmes politiques ou corporatistes, comme certains exemples dans le domaine sanitaire l'ont démontré récemment³⁸⁰⁴. Des questions similaires pourraient se poser à propos de l'Autorité de contrôle prudentiel, son rattachement à la Banque de France étant cependant susceptible de limiter le risque de dérives³⁸⁰⁵.

Enfin, s'agissant de l'ensemble des autorités administratives indépendantes dont le rôle est simplement un rôle d'assistance du gouvernement et dont la mission ne semble pas justifier l'existence, il est possible d'envisager leur suppression, ou au moins de limiter le processus de personnification qui pourrait les caractériser³⁸⁰⁶.

1374. En somme, le droit positif n'est donc pas parfaitement cohérent concernant l'utilisation des catégories d'autorité administrative indépendante et d'autorité publique indépendante. Il en est également ainsi en droit de la régulation, de sorte qu'il faut prendre en compte cette diversité notionnelle dans l'élaboration de la définition de la régulation.

b. Les limites du droit de la régulation face au concept d'autorité de régulation

1375. Quoiqu'unique du point de vue conceptuel, l'autorité de régulation ne connaît pas encore d'unicité du point de vue notionnel (i). Cela ne s'oppose cependant pas à l'élaboration d'une notion complète de régulation à condition que celle-ci prenne en compte cette diversité (ii).

i. L'absence d'unité notionnelle de l'autorité de régulation

1376. L'autorité de régulation ne se confond donc pas avec un type précis d'institutions, dans la mesure où elle ne se situe pas dans une seule catégorie³⁸⁰⁷. En effet, ainsi qu'il a été démontré précédemment, les autorités de régulation peuvent être soit des autorités administratives indépendantes, comme l'ARCEP, la CRE, le CSA, l'Autorité de la concurrence, l'ARJEL, soit des

³⁸⁰³ DOSIÈRE R., VANNESTE C., *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 50, 52, 53-54.

³⁸⁰⁴ *Ibid.*, pp. 89-91.

³⁸⁰⁵ C. Mon. Fin., articles L. 612-18 à L. 612-20.

³⁸⁰⁶ DOSIÈRE R., VANNESTE C., *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 82 et s.

³⁸⁰⁷ MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *article précité*, p. 351 ; *Adde* MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », *op. cit.*, pp. 52-54.

autorités publiques indépendantes, comme l'AMF, l'ARAF, voire l'HADOPI dans un cas limite³⁸⁰⁸. Pourtant, une telle répartition des structures de régulation ne trouve guère de justifications théoriques, en témoigne l'exemple de la CRE, provisoirement modifiée pour devenir une autorité publique indépendante³⁸⁰⁹ avant de voir sa personnalité morale ôtée postérieurement³⁸¹⁰ et donc redevenir une autorité administrative indépendante³⁸¹¹.

En somme, du point de vue notionnel, le concept d'autorité de régulation prend aujourd'hui deux formes, soit l'autorité administrative indépendante soit l'autorité publique indépendante. Dès lors, il est nécessaire de définir la notion d'autorité de régulation comme étant *une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante disposant de pouvoirs normatifs et contentieux et ayant une fonction de régulation*. Cette pluralité est sans doute préjudiciable à la clarté de la notion, mais il s'agit de la solution pour le moment consacrée en droit positif. En toute hypothèse, elle n'empêche pas de poser une définition complète de la régulation.

ii. Proposition de définition de la régulation

1377. Les critères matériel et organique de la régulation étant réunis, il est désormais possible de définir la notion juridique de régulation de façon complète. La régulation s'analyse alors comme *la fonction administrative prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante ayant pour objet la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*.

³⁸⁰⁸ Cf. *Supra*.

³⁸⁰⁹ Loi n° 2004-1485 de finance rectificative, article 117.

³⁸¹⁰ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, article 103.

³⁸¹¹ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 64 ; Adde LOMBARD M., « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *article précité*, p. 127 ; Adde DEGOFFE M., « Les autorités publiques indépendantes », *article précité*, p. 622.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

1378. Conformément aux principes de l'analyse néo-institutionnelle du droit, la détermination du concept juridique de régulation permet de dégager une définition organique de celle-ci. L'analyse permet en effet, sur la base de la démonstration de l'existence d'une coévolution du droit et de l'économie néo-institutionnelle, de dégager un critère organique précis à la régulation.

En premier lieu, l'étude permet de démontrer une coévolution du droit et l'économie néo-institutionnelle concernant l'aspect organique de la régulation. En effet, si le droit de la régulation s'est d'abord caractérisé par l'existence d'une pluralité d'autorités de régulation, son évolution rejoint aujourd'hui les préconisations de la théorie économique pour laquelle les institutions classiques ne sont pas en mesure de mettre en œuvre de manière satisfaisante les réformes dans les industries de réseau. La régulation tend alors à être prise en charge, à titre exclusif, par des autorités de régulation dites également régulateurs, qui sont des autorités publiques intermédiaires, indépendantes des entreprises privées et du gouvernement tout en étant responsables vis-à-vis des pouvoirs publics, et disposant de pouvoirs normatifs et contentieux, considérées comme efficaces du point de vue de l'économie néo-institutionnelle.

En second lieu, l'analyse permet de dégager, sur cette base, un critère organique de la régulation. De ce point de vue, l'existence d'un concept unique d'autorité de régulation peut être démontrée de façon inductive, celle-ci pouvant être définie en suivant les principes posés par Hauriou comme une institution publique personnifiée, c'est-à-dire disposant de l'autonomie institutionnelle et connaissant un processus interne de séparation des pouvoirs puisqu'elle met en œuvre à la fois un pouvoir normatif et un pouvoir contentieux. Une telle définition peut ensuite être vérifiée déductivement concernant les autres secteurs régulés, y compris s'agissant de la régulation concurrentielle dont on constate une nouvelle fois le processus de rapprochement avec les autorités de régulation sectorielle. Cependant, si la portée théorique d'un tel concept est certaine, sa traduction notionnelle est encore imparfaite puisqu'au concept d'autorité de régulation ne répond pas une catégorie juridique unique. Il est cependant possible de définir le concept d'autorité de régulation, en droit administratif, comme *une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante disposant de pouvoirs normatifs et contentieux et ayant une fonction de régulation*.

Dès lors, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de donner une définition complète de l'institution juridique de régulation. Celle-ci se définit en définitive comme *la fonction administrative prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante ayant pour objet la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. La notion de régulation étant ainsi définie, il est possible de démontrer l'existence d'un régime juridique propre à la régulation.

Chapitre 2nd

Analyse néo-institutionnelle du régime juridique de la régulation

1379. La notion juridique de régulation peut donc être définie comme la *fonction administrative prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante ayant pour objet la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. Cependant, à ce stade, elle ne constitue pas encore une catégorie juridique complète du droit administratif français, car il reste à déterminer son régime juridique³⁸¹².

1380. Or, l'analyse néo-institutionnelle du droit formel de la régulation permet de dégager le régime juridique applicable à la notion de régulation. De ce point de vue, l'approche pluridisciplinaire est plus secondaire mais reste utile.

En effet, l'économie néo-institutionnelle s'intéresse à l'efficacité des incitations réglementaires mises en œuvre par les autorités de régulation³⁸¹³, qui dépend de l'environnement institutionnel dans lequel elles évoluent³⁸¹⁴. Cela la conduit alors à proposer certains instruments au bénéfice des autorités de régulation en fonction de l'environnement institutionnel considéré et donc à proposer une analyse du régime juridique de la régulation en termes d'efficacité économique³⁸¹⁵.

1381. Il résulte ainsi de l'analyse que le régime de la régulation est davantage associé à l'autorité de régulation qu'à l'ordre public économique mis en œuvre par celle-ci, ce dernier entraînant l'application d'un régime variable selon le secteur considéré. Au contraire, l'ensemble des autorités de régulation connaissent un régime juridique, si ce n'est identique, au moins convergent.

De ce point de vue, toutes les règles du régime juridique de la régulation ne sont pas totalement originales, cette dernière ne constituant alors pas une branche du droit spécifique. La plupart des règles du régime juridique de la régulation relèvent en effet du droit administratif, et la régulation est donc une catégorie juridique du droit administratif³⁸¹⁶.

Cela n'empêche toutefois pas la constitution d'une catégorie nouvelle au sein du droit administratif. En effet, en premier lieu, la régulation se présente comme un ensemble de règles qui,

³⁸¹² PICARD E., *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 146, 1984, pp. 42-43.

³⁸¹³ QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, p. 69.

³⁸¹⁴ SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 515-516 ; *Adde* QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », *op. cit.*, pp. 69-72.

³⁸¹⁵ DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *workpaper GRJM*, 2007, pp. 11-12.

³⁸¹⁶ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 36-37.

mises ensemble et au service de l'idée d'œuvre de l'institution, forment un nouveau tout cohérent. En second lieu, le droit administratif consacre l'existence de règles spécifiquement et explicitement attachées à la notion de régulation et conformes à son idée d'œuvre.

Il existe donc un régime juridique spécifiquement attaché aux autorités de régulation. Il est possible de le démontrer tant en ce qui concerne les règles relatives à leur organisation (Section I) qu'en ce qui concerne les règles relatives à leur fonctionnement (Section II).

Section I. L'organisation des autorités de régulation

1382. La régulation est une institution juridique spécifique en ce qu'elle se caractérise par la présence d'une organisation répondant à des caractéristiques particulières, l'autorité de régulation. Cette autorité de régulation est d'une part indépendante (§1) et d'autre part cumule des pouvoirs normatifs et contentieux (§2).

§1. L'indépendance des autorités de régulation

1383. Un débat doctrinal continue d'opposer, à propos des autorités de régulation, les partisans de la notion d'indépendance et les partisans de la notion d'autonomie³⁸¹⁷. Il résulte des éléments qui précèdent que l'autorité de régulation dispose d'un statut d'indépendance (A) dont les limites s'analysent en termes de responsabilité vis-à-vis des autres pouvoirs (B).

A. Les instruments de l'indépendance des autorités de régulation

1384. Suivant une distinction bien établie en doctrine³⁸¹⁸ et reprise en droit de l'Union européenne³⁸¹⁹, les autorités de régulation disposent d'une indépendance organique (1) et d'une indépendance fonctionnelle (2).

³⁸¹⁷ TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, pp. 217-218 et p. 243 ; *Adde* GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, « Clefs politique », 1994, 2^{ème} Ed., pp. 15-16 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in C. Ribot, J.-L. Autin (dirs.), *Environnements, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 445.

³⁸¹⁸ SABOURIN P., « Les autorités administratives indépendantes dans l'État », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, p. 290 ; *Adde* CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1986, n°3254 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 42-43 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, p. 447.

³⁸¹⁹ En ce qui concerne les communications électroniques, *V.*, Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), article 3.2. En ce qui concerne l'électricité, *V.*, Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, article 35.4 a).

1. L'indépendance organique des autorités de régulation

1385. L'indépendance organique des autorités de régulation résulte du droit de l'Union européenne, en ce que celui-ci exige que les autorités de régulation soient « *juridiquement distinctes* » de toute entité publique ou privée³⁸²⁰. Cette indépendance organique désigne surtout les règles relatives à la composition des autorités de régulation³⁸²¹, qui sont communément considérées comme les instruments les plus importants de l'indépendance des autorités de régulation³⁸²².

Ainsi, le droit interne garantit l'indépendance des membres des autorités de régulation par un ensemble de dispositifs (a). L'Autorité de la concurrence présente de ce point de vue une certaine particularité tenant à son caractère d'autorité de régulation transversale (b).

a. Les dispositifs de garantie de l'indépendance des membres des autorités de régulation sectorielle

1386. De nombreux instruments s'additionnent afin de garantir l'indépendance des membres des autorités de régulation³⁸²³. De ce point de vue, le Conseil constitutionnel n'exige pas qu'un catalogue précis soit respecté, mais il veille à l'équilibre général de ces règles afin que celles-ci garantissent l'indépendance des autorités de régulation dès lors que celle-ci résulte de l'intention du législateur³⁸²⁴. Ces dispositifs et leurs différentes combinaisons se caractérisent donc par une certaine hétérogénéité, mais ils s'articulent autour d'une structure commune : ainsi, si la plupart des règles concernent les membres décisionnaires des autorités de régulation (i), certaines tendent aujourd'hui à s'étendre aux services de ces autorités (ii).

i. Les dispositifs de garantie de l'indépendance des membres décisionnaires des autorités de régulation

1387. Un grand nombre de dispositifs, différents selon les autorités de régulation mais néanmoins convergents et orientés vers le même but, concernent les membres décisionnaires des au-

³⁸²⁰ En ce qui concerne les communications électroniques, *V.* Directive 2002/21 précitée, articles 3.2 et 3 bis. En ce qui concerne le secteur électrique, *V.* Directive 2009/72 précitée, article 35.4 a).

³⁸²¹ LOMBARD M., « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », *in* M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 213-215 ; *Adde* CHEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, 1995, n°1, p. 84 ; *Adde* GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 60-61 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008, pp. 227-228.

³⁸²² CHEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *article précité*, p. 84 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 211 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « *Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche* », *in* P. Gélard, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Tome 2, Annexe, 2006, p. 58 et s.

³⁸²³ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 77.

³⁸²⁴ TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, pp. 238-243.

torités de régulation, c'est-à-dire les membres des collèges et le cas échéant les membres des commissions en charge des sanctions.

1388. En premier lieu, les autorités de régulation sont des autorités collégiales, ce qui garantit leur indépendance en rendant plus difficile la capture de l'autorité³⁸²⁵. C'est le cas de l'ARCEP³⁸²⁶, de la CRE³⁸²⁷, du CSA³⁸²⁸, de l'AMF³⁸²⁹, de l'ARAF³⁸³⁰, de l'ARJEL³⁸³¹ et d'HADOPI³⁸³², cas limite de régulation³⁸³³.

1389. En deuxième lieu, la multiplication des autorités de nomination permet de renforcer l'indépendance d'un membre de l'autorité vis-à-vis des autorités de nomination qui ne sont pas directement à l'origine de sa nomination³⁸³⁴. C'est ainsi le cas de l'ARCEP³⁸³⁵, de la CRE³⁸³⁶, du CSA³⁸³⁷, de l'AMF³⁸³⁸, de l'ARAF³⁸³⁹, de l'ARJEL³⁸⁴⁰ et d'HADOPI³⁸⁴¹.

1390. En troisième lieu, l'indépendance est renforcée par la compétence des membres, prévue par la plupart des lois instituant les autorités de régulation comme un critère de nomination³⁸⁴². Cette exigence de compétence est prévue pour l'ARCEP³⁸⁴³, la CRE³⁸⁴⁴, l'AMF³⁸⁴⁵, l'ARAF³⁸⁴⁶, l'ARJEL³⁸⁴⁷, HADOPI³⁸⁴⁸, à l'exception du CSA³⁸⁴⁹, sans doute en raison de sa composante plus

³⁸²⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 66 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, pp. 282-283.

³⁸²⁶ CPCE, article L. 130.

³⁸²⁷ Code de l'énergie, article L. 132-2. Anciennement, loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 28.II.

³⁸²⁸ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 4.

³⁸²⁹ C. Mon. Fin., article L. 621-2.I.

³⁸³⁰ Code des transports, article L. 2132-1.

³⁸³¹ Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, article 35.I.

³⁸³² Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-16.

³⁸³³ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.*

³⁸³⁴ MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, p. 52 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, pp. 283-287.

³⁸³⁵ CPCE, article L.130.

³⁸³⁶ Code de l'énergie, article L. 132-2. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 28.II.

³⁸³⁷ Loi n° 86-1067 précitée, article 4.

³⁸³⁸ C. Mon. Fin., article L. 621-2.II.

³⁸³⁹ Code des transports, articles L. 2132-4 à L.2132-7.

³⁸⁴⁰ Loi n° 2010-476 précitée, article 35.II.

³⁸⁴¹ Code de la propriété intellectuelle, article L.331-16.

³⁸⁴² FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 62-63 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, pp. 288-294.

³⁸⁴³ CPCE, article L. 130.

³⁸⁴⁴ Code de l'énergie, article L. 132-2. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 28.II.

³⁸⁴⁵ C. Mon. Fin., article L. 621-2.II.

³⁸⁴⁶ Code des transports, article L. 2132-1.

³⁸⁴⁷ Loi n° 2010-476 précitée, article 35.II.

³⁸⁴⁸ Code de la propriété intellectuelle, article L.331-16.

³⁸⁴⁹ Loi n° 86-1067 précitée, articles 4 et 5.

politique à l'origine.

1391. En quatrième lieu, l'indépendance est assurée par la durée du mandat, qui doit être suffisamment longue, et le cas échéant par l'existence d'un renouvellement périodique partiel³⁸⁵⁰. Le non-renouvellement du mandat est également fondamental en ce qu'il permet de s'assurer du désintéressement du membre de l'autorité³⁸⁵¹. Il faut noter ici que ces règles ont été considérées par le Conseil constitutionnel de nature à « garantir l'indépendance et l'autorité du président » de l'autorité de régulation financière à l'époque³⁸⁵², sans que le caractère non-renouvelable du mandat n'ait été érigé en obligation constitutionnelle³⁸⁵³. Enfin, l'irrévocabilité des membres des autorités de régulation est fondamentale³⁸⁵⁴.

Les différentes autorités de régulation suivent ce régime puisque ces règles s'appliquent pour l'ARCEP³⁸⁵⁵, la CRE³⁸⁵⁶, le CSA³⁸⁵⁷, l'ARAF³⁸⁵⁸, l'ARJEL³⁸⁵⁹, et HADOPI³⁸⁶⁰. Le régime de l'AMF est un peu plus souple puisque le caractère non renouvelable du mandat ne s'applique qu'au président et à certains membres spécifiques de l'autorité³⁸⁶¹.

De ce point de vue, il faut noter que le droit français a précédé le droit de l'Union européenne, qui met néanmoins en œuvre un renforcement de l'indépendance des autorités de régulation. D'une part, la nouvelle directive relative aux communications électroniques exige le principe de non-révocabilité des membres des autorités de régulation sauf motifs légitimes spécifiés *a priori*³⁸⁶². D'autre part, la nouvelle directive électricité prévoit que les membres de l'autorité doivent être nommés pour une durée comprise entre cinq et sept ans, que leur mandat peut être renouvelable une fois, qu'il convient d'assurer une rotation suffisante et de garantir l'impossibilité de les

³⁸⁵⁰ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 77 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 62.

³⁸⁵¹ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 77 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 63-64.

³⁸⁵² Décision du Conseil constitutionnel n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, considérant n° 9.

³⁸⁵³ *Ibid.*, considérant n° 10.

³⁸⁵⁴ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 77 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 62.

³⁸⁵⁵ CPCE, article L. 130.

³⁸⁵⁶ Code de l'énergie, articles L. 132-2 et L. 132-5. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 28.II et 28.V.

³⁸⁵⁷ Loi n° 86-1067 précitée, article 4.

³⁸⁵⁸ Code des transports, articles L. 2132-1, L. 2132-4 et L. 2132-7.

³⁸⁵⁹ Loi n° 2010-476 précitée, article 35.II.

³⁸⁶⁰ Code de la propriété intellectuelle, article L.331-16.

³⁸⁶¹ C. Mon. Fin., article L. 621-2.II.

³⁸⁶² Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, article 1^{er}.

révoquer pour d'autres motifs que ceux prévus par la loi³⁸⁶³. Si ces dispositions n'ont pas vocation à entraîner de modifications en droit français, elles traduisent néanmoins un renforcement de la figure de l'autorité de régulation et de son indépendance en droit de l'Union européenne.

1392. En cinquième lieu, un régime d'incompatibilités permet de s'assurer de l'indépendance des membres des autorités de régulation, même si ce régime est variable en fonction de la nature des activités exercées par les autorités, sans que la cohérence d'ensemble ne soit parfaite³⁸⁶⁴.

D'une part, le régime des incompatibilités garantit l'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, même si les régimes ne sont pas tous similaires. Les régimes les plus stricts sont ceux de l'ARCEP, qui prévoit une incompatibilité avec tout mandat électif national et tout autre emploi public³⁸⁶⁵, et du CSA, qui prévoit une incompatibilité avec tout mandat électif et tout emploi public³⁸⁶⁶. C'est le cas dans une moindre mesure pour l'ARAF, qui prévoit une incompatibilité de la fonction de président avec tout mandat électif et tout emploi public³⁸⁶⁷ et une incompatibilité de la fonction de membre avec tout mandat électif³⁸⁶⁸. Le régime de la CRE est moins strict, puisqu'est seulement prévue une incompatibilité avec tout mandat électif³⁸⁶⁹, et celui de l'ARJEL encore moins, puisqu'il n'est fait référence qu'à un mandat électif national³⁸⁷⁰, le président étant soumis au régime d'incompatibilité des agents publics³⁸⁷¹. Le régime de l'AMF est encore moins strict, puisque seul le président est soumis aux règles d'incompatibilités prévues pour les emplois publics³⁸⁷². Le régime d'HADOPI est le plus souple puisqu'il ne prévoit aucune incompatibilité de ce point de vue³⁸⁷³, ce qui est sans doute en rapport avec son activité de régulation partielle qui rend l'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics moins nécessaire.

D'autre part, le régime des incompatibilités garantit l'indépendance vis-à-vis des intérêts privés, même si les régimes diffèrent ici également. Les régimes les plus stricts sont ceux où la qualité de membre interdit toute autre activité professionnelle et toute détention directe ou indirecte d'intérêts dans les entreprises régulées, comme c'est le cas pour l'ARCEP³⁸⁷⁴ et le CSA³⁸⁷⁵. Le régime d'HADOPI est également très strict puisqu'il interdit le fait d'avoir été ou d'être dirigeant d'une société visée par la réglementation et la détention de tout intérêt³⁸⁷⁶. Le régime de l'ARAF

³⁸⁶³ Directive 2009/72 précitée, article 35.5 b).

³⁸⁶⁴ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 60-61.

³⁸⁶⁵ CPCE, article L. 131.

³⁸⁶⁶ Loi n° 86-1067 précitée, article 5.

³⁸⁶⁷ Code des transports, article L. 2132-5.

³⁸⁶⁸ *Ibid.*, article L. 2132-8.

³⁸⁶⁹ Code de l'énergie, article L. 132-2. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 28.V.

³⁸⁷⁰ Loi n° 2010-476 précitée, article 36.II.

³⁸⁷¹ *Ibid.*, article 35.II.

³⁸⁷² C. Mon. Fin., article L. 621-1. II.

³⁸⁷³ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-18.

³⁸⁷⁴ CPCE, article L.131.

³⁸⁷⁵ Loi n° 86-1067 précitée, article 5.

³⁸⁷⁶ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-18.

prévoit une telle interdiction pour le président³⁸⁷⁷, les autres membres étant seulement soumis à une interdiction de détenir des intérêts dans une entreprise ferroviaire³⁸⁷⁸. Le régime de l'ARJEL est un peu différent puisqu'il interdit d'exercer toute fonction dans le cadre d'une activité économique ou financière en rapport avec le secteur d'argent et de hasard³⁸⁷⁹, mais autorise la détention d'intérêts à condition de les déclarer et de ne pas siéger lorsque ceux-ci sont en jeu³⁸⁸⁰. Le régime de la CRE est plus souple en ce qu'il prévoit seulement l'interdiction de détenir des intérêts dans une entreprise du secteur de l'énergie³⁸⁸¹, mais certains auteurs considèrent qu'une telle disposition suffit à interdire l'exercice de toute activité professionnelle³⁸⁸². Enfin, le régime de l'AMF est le plus souple puisqu'il ne prévoit pas d'incompatibilités pour les membres qui ne sont soumis qu'à une obligation de déclaration de leurs intérêts et à une interdiction de siéger lorsque ceux-ci sont en jeu³⁸⁸³.

En somme, un régime d'incompatibilités publiques et privées caractérisent l'ensemble des autorités de régulation, et le rapport Gélard de 2006 préconise d'ailleurs son renforcement³⁸⁸⁴. Seule HADOPI ne connaît pas de régime d'incompatibilité vis-à-vis des fonctions publiques, ce qui s'explique sans doute par le fait que son activité relève en partie de la police.

1393. En sixième lieu, enfin, d'autres éléments plus épars et moins systématiques peuvent être cités, comme la nécessité d'assurer aux membres des autorités de régulation un traitement élevé permettant de garantir leur indépendance ou encore le devoir de réserve³⁸⁸⁵.

ii. L'extension des garanties d'indépendance des services des autorités de régulation

1394. En outre, et dans un registre équivalent, une amélioration récente du statut des autorités de régulation est en train de se produire en ce qui concerne les incompatibilités des services de celles-ci. Les services du CSA sont depuis longtemps soumis à un régime d'incompatibilités³⁸⁸⁶ et les services de l'AMF à des obligations déontologiques³⁸⁸⁷. Or, suite à certaines critiques doctrinales³⁸⁸⁸ et aux recommandations du rapport Gélard³⁸⁸⁹, ce régime a été étendu aux nouvelles au-

³⁸⁷⁷ Code des transports, article L. 2132-5.

³⁸⁷⁸ *Ibid.*, article L. 2132-8.

³⁸⁷⁹ Loi n° 2010-476 précitée, article 36.II.

³⁸⁸⁰ *Ibid.*, articles 36.I et 36.II.

³⁸⁸¹ Loi n° 2000-108 précitée, article 28.V.

³⁸⁸² DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, pp. 304-305.

³⁸⁸³ C. Mon. Fin., article L. 621-4.I.

³⁸⁸⁴ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 12, recommandation n°23.

³⁸⁸⁵ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 77.

³⁸⁸⁶ Loi n° 86-1067 précitée, article 7.

³⁸⁸⁷ C. Mon. Fin., article L. 621-5-1.

³⁸⁸⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 68.

³⁸⁸⁹ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 12, recommandation n°26.

torités de régulation. Ainsi, ce régime s'applique désormais aux services de l'ARJEL qui sont soumis à des obligations déontologiques³⁸⁹⁰, ou encore aux services d'HADOPI également soumis à des obligations déontologiques³⁸⁹¹. Sans aller jusqu'à imposer un régime d'incompatibilité, un principe d'indépendance fonctionnelle a été imposé aux services de l'ARAF qui ne peuvent recevoir aucune instruction d'aucune autorité³⁸⁹². En mai 2011, le Code de l'énergie a étendu ce régime à la CRE, puisqu'il prévoit désormais que les membres, mais également les agents, exercent leurs fonctions en toute impartialité et sans recevoir aucune instruction³⁸⁹³. Plus récemment encore, l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 a inséré à l'article L. 131 CPCE un nouvel alinéa prévoyant que les membres de l'autorité, mais également ses agents, exercent leurs fonctions en toute impartialité et sans recevoir aucune instruction³⁸⁹⁴.

1395. En définitive, l'indépendance organique des membres des autorités de régulation sectorielle semble assurée juridiquement par un nombre croissant de dispositifs. Il en est de même en ce qui concerne les membres de l'Autorité de la concurrence, selon des modalités qui diffèrent toutefois en raison des moindres risques de capture de l'autorité.

b. Les dispositifs de garantie de l'indépendance des membres de l'Autorité de la concurrence

1396. L'Autorité de la concurrence connaît des dispositifs visant à garantir l'indépendance de ses membres proches de ceux applicables pour les autorités de régulation sectorielle. Si le régime associé à l'Autorité de la concurrence n'est pas en tout point identique à ces dernières, en raison du caractère plus général de la régulation opérée qui rend moins probable la capture de l'autorité (ii), il reste que la plupart des dispositifs de garantie de l'indépendance sont communs (i).

i. Les dispositifs communs à l'Autorité de la concurrence et aux autorités de régulation sectorielle

1397. La plupart des dispositifs garantissant l'indépendance sont communs à l'Autorité de concurrence et aux autorités de régulation sectorielle. Ils figurent cependant parmi les plus souples des autorités de régulation en raison du risque plus faible de capture.

En premier lieu, l'Autorité de la concurrence est une autorité collégiale, ce qui garantit son indépendance à l'instar des autorités de régulation sectorielle³⁸⁹⁵.

³⁸⁹⁰ Loi n° 2010-476 précitée, article 37.II.

³⁸⁹¹ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-19.

³⁸⁹² Code des transports, article L. 2132-11.

³⁸⁹³ Code de l'énergie, article L.

³⁸⁹⁴ Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, article 31.

³⁸⁹⁵ C. Com., article L. 461-1.

En deuxième lieu, l'indépendance est renforcée par la compétence des membres de cette autorité puisque la loi prévoit que le président est nommé en raison de ses compétences économique et juridique, que six membres sont nommés en raison de leur compétence judiciaire, et que cinq membres sont nommés en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation³⁸⁹⁶.

En troisième lieu, un régime d'incompatibilités est prévu pour les membres de l'Autorité de la concurrence qui s'apparente à celui en vigueur pour l'Autorité des marchés financiers. Le président et les vice-présidents sont soumis au régime d'incompatibilité des emplois publics, tandis que les autres membres ne sont soumis qu'à une déclaration des intérêts qu'ils détiennent et à une obligation de se déporter en cas de conflits d'intérêts³⁸⁹⁷.

En quatrième lieu, l'encadrement des services et des membres de l'Autorité est croissant dans la mesure où est désormais nommé un conseiller auditeur, magistrat ou disposant de garanties d'indépendance et de compétences équivalentes, dont la mission est de s'assurer de la garantie des droits des entreprises devant l'Autorité de la concurrence³⁸⁹⁸.

ii. Des spécificités tenant au caractère général de la régulation mise en œuvre

1398. Par ailleurs, les différences entre l'Autorité de la concurrence et les autorités de régulation sectorielle existent mais leur portée doit être relativisée. En premier lieu, à la différence des autorités de régulation sectorielle, les membres de l'Autorité de la concurrence sont tous nommés par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'économie³⁸⁹⁹. Il n'existe donc pas, à la différence des autorités de régulation sectorielle, une multiplicité d'autorités de nomination. En second lieu, à la différence de la plupart des autorités de régulation sectorielle, le mandat des membres de l'Autorité de la concurrence est renouvelable, à l'exception du président dont le mandat n'est renouvelable qu'une seule fois³⁹⁰⁰. Ces différences s'expliquent par le caractère général de la régulation opérée, dont il résulte l'absence d'intérêts suffisamment immédiats de l'État susceptibles d'impliquer son intervention au détriment de l'objectif d'efficacité économique, et l'absence de proximité suffisante avec les entreprises pour entraîner une capture. Ces différences ne semblent donc pas *a priori* susceptibles de remettre en cause l'indépendance de l'Autorité de la concurrence.

1399. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent qu'à la notion d'autorité de régulation est d'abord attachée une indépendance de type organique. Celle-ci se trouve complétée par une indépendance de type fonctionnelle.

³⁸⁹⁶ C. Com., article L. 461-1.

³⁸⁹⁷ *Ibid.*, article L. 461-2.

³⁸⁹⁸ *Ibid.*, article L. 461-4.

³⁸⁹⁹ *Ibid.*, article L. 461-1.II.

³⁹⁰⁰ *Ibid.*, article L. 461-1.III.

2. L'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation

1400. Les directives européennes exigent dans un second temps que les autorités de régulation soient « *fonctionnellement indépendantes* »³⁹⁰¹. Cette indépendance fonctionnelle vise d'une part l'absence de pouvoir hiérarchique et de tutelle (a) et d'autre part l'indépendance de gestion administrative et financière³⁹⁰² (b).

a. L'absence de soumission des autorités de régulation au pouvoir hiérarchique

1401. L'absence de pouvoir hiérarchique pesant sur elles est la principale caractéristique des autorités administratives indépendantes³⁹⁰³ et elle s'applique donc aux autorités de régulation. Elle permet d'assurer l'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation. Si elle est le simple résultat de la qualification d'autorité administrative ou publique indépendante dans la plupart des cas (i), elle a fait l'objet d'un renforcement récent par le droit de l'Union européenne (ii).

i. Une absence de soumission au pouvoir hiérarchique liée à la qualification d'autorité administrative ou publique indépendante

1402. L'absence de soumission au pouvoir hiérarchique des autorités de régulation n'est pas nécessairement affirmée explicitement, mais résulte de la qualification même d'autorité administrative indépendante ou d'autorité publique indépendante³⁹⁰⁴. Elle peut également se déduire indirectement des pouvoirs attribués à l'autorité ministérielle, tantôt réduits au pouvoir de demander une nouvelle délibération comme c'est le cas pour les actes réglementaires du CSA³⁹⁰⁵ et de l'AMF³⁹⁰⁶, tantôt réduits au pouvoir de saisir le juge des actes adoptés par ces autorités, comme on le constate pour l'Autorité de la concurrence³⁹⁰⁷. L'absence de soumission au pouvoir hiérarchique est donc intrinsèquement attachée à l'existence d'autorités de régulation. Ce principe a en outre été renforcé récemment par le droit de l'Union européenne.

³⁹⁰¹ Directive 2002/21 précitée, article 3.2 ; *Adde* Directive 2009/72 précitée, article 35.4 a).

³⁹⁰² CHEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *article précité*, p. 84 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, pp. 42-43 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 58 et s.

³⁹⁰³ EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Rapport public*, n°35, 1983-1984, Paris, La documentation française, p. 14 ; *Adde* EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Les autorités administratives indépendantes, Rapport public*, n°52, Paris, La documentation française, 2001, p. 257 ; *Adde* GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 31 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, pp. 45-46 ; *Adde* CHEVALLIER J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *article précité*, p. 84.

³⁹⁰⁴ *Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.*

³⁹⁰⁵ Loi n° 86-1067 précitée, article 7.

³⁹⁰⁶ C. Mon. Fin., article L. 621-3.I.

³⁹⁰⁷ C. Com., articles L. 464-7 et L. 464-8.

ii. Une absence de soumission renforcée par le droit de l'Union européenne

1403. L'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation fait aujourd'hui l'objet d'un renforcement par le droit de l'Union européenne originaire et dérivé.

1404. En premier lieu, la jurisprudence de la Cour de justice *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne* de 2010³⁹⁰⁸ est venue renforcer le principe de l'indépendance fonctionnelle pour l'ensemble des « *autorités administratives indépendantes* » exerçant des « *fonctions régulatrices* »³⁹⁰⁹, la Cour ayant considéré qu'elles devaient bénéficier d'un statut d'indépendance assurant « *à l'organe concerné la possibilité d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction ou de toute pression* »³⁹¹⁰. Cette jurisprudence pose donc bien le principe de l'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation.

1405. En second lieu, le droit dérivé a également soustrait les autorités de régulation à l'exercice du pouvoir hiérarchique, conduisant alors le droit interne à transposer le principe d'indépendance fonctionnelle de ces autorités.

D'une part, l'absence de soumission au pouvoir hiérarchique de l'ARCEP est aujourd'hui exigée par le droit de l'Union européenne qui prévoit la mise en place d'une disposition expresse garantissant l'indépendance de l'autorité vis-à-vis de toute intervention extérieure et de pression politique³⁹¹¹ et le principe selon lequel les autorités réglementaires nationales « *ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées* »³⁹¹². Ce principe vient d'être transposé en droit interne par l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 insérant à l'article L. 131 CPCE un nouvel alinéa selon lequel les « *membres et agents de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du Gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme* »³⁹¹³.

D'autre part, cette règle vaut également pour la CRE, la directive 2009/72 disposant que les autorités de régulation « *ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation* »³⁹¹⁴. Ce principe a été transposé en mai 2011 dans le Code de l'énergie, qui dispose que les membres et les agents de la CRE doivent exercer leurs fonctions « *sans recevoir d'instruction du Gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entre-*

³⁹⁰⁸ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 9 mars 2010, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-518/07. Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1*.

³⁹⁰⁹ *Ibid.*, § 42.

³⁹¹⁰ *Ibid.*, § 18.

³⁹¹¹ Directive 2009/140 précitée, § 13 de l'exposé des motifs.

³⁹¹² *Ibid.*, article 1^{er}.

³⁹¹³ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 31.

³⁹¹⁴ Directive 2009/72 précitée, article 35.4 b) ii. *V.*, en outre l'article 35.5 a) qui dispose qu'il est nécessaire que « *l'autorité de régulation puisse prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique* ».

prise ou organisme »³⁹¹⁵.

1406. En définitive, le droit de l'Union européenne vient donc confirmer et renforcer l'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation en les soustrayant à l'exercice du pouvoir hiérarchique attaché traditionnellement aux administrations. En outre, les autorités de régulation disposent d'une autonomie de gestion administrative et financière.

b. L'autonomie de gestion administrative et financière

1407. Le second aspect de l'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation est leur autonomie de gestion c'est à dire, d'une part, leur autonomie de gestion administrative (i), et d'autre part, leur autonomie de gestion financière (ii).

i. L'autonomie de gestion administrative

1408. En premier lieu, les autorités de régulation disposent d'une véritable autonomie de gestion administrative qui garantit leur indépendance.

D'une part, ces autorités disposent de services propres et du droit dérogatoire de recourir autant qu'elles le souhaitent à des contractuels, comme on le constate pour l'ARCEP³⁹¹⁶, la CRE³⁹¹⁷, l'ARJEL³⁹¹⁸, l'ARAF³⁹¹⁹, et l'Autorité de la concurrence en ce qui concerne notamment ses rapporteurs³⁹²⁰. Il n'est pas précisé dans la loi que le CSA peut faire appel à des agents contractuels³⁹²¹ mais cela résulte du décret relatif à son organisation et son fonctionnement³⁹²². Le régime de l'AMF présente de plus grandes particularités puisque ses services sont composés soit d'agents contractuels de droit public soit de salariés de droit privé et seulement par exception d'agents publics, certains articles du Code du travail leur étant par ailleurs applicables³⁹²³. En toute hypothèse, au-delà de la diversité de régimes applicables, ces règles assurent une autonomie de gestion aux autorités de régulation³⁹²⁴.

Enfin, ces autorités disposent toutes du pouvoir fondamental d'adopter leur règlement intérieur, comme on le constate pour l'ARCEP³⁹²⁵, la CRE³⁹²⁶, le CSA³⁹²⁷, l'Autorité de la concu-

³⁹¹⁵ Code de l'énergie, article L. 133-6. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 35.

³⁹¹⁶ CPCE, article L. 132.

³⁹¹⁷ Code de l'énergie, article L. 133-5. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 30.

³⁹¹⁸ Loi n° 2010-476 précitée, article 37.II.

³⁹¹⁹ Code des transports, article L. 2132-10.

³⁹²⁰ C. Com., articles L. 461-4, R. 461-3 et R. 461-4.

³⁹²¹ Loi n° 86-1067 précitée, article 7.

³⁹²² Décret n° 89-518 du 26 juillet 1989, article 8.

³⁹²³ C. Mon. Fin., article L. 621-5-1.

³⁹²⁴ GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., pp. 62-64.

³⁹²⁵ CPCE, article D. 288.

³⁹²⁶ Code de l'énergie, article L. 133-5. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 30.

³⁹²⁷ Loi n°86-1067 précitée, article 4.

rence³⁹²⁸, l'ARJEL³⁹²⁹, l'AMF³⁹³⁰, l'ARAF³⁹³¹, HADOPI³⁹³², ce qui contribue bien entendu à leur autonomie de gestion administrative.

ii. L'autonomie de gestion financière

1409. En second lieu, les autorités de régulation bénéficient d'une véritable autonomie financière. En effet, la loi du 10 août 1922 ne leur est pas applicable et le président de l'autorité est l'ordonnateur des dépenses et des recettes comme le démontrent les régimes de l'ARCEP³⁹³³, de la CRE³⁹³⁴, du CSA³⁹³⁵, de l'ARJEL³⁹³⁶, de l'AMF³⁹³⁷, de l'ARAF³⁹³⁸ et de l'Autorité de la concurrence³⁹³⁹. Les autorités de régulation échappent donc au droit commun en ce qu'elles ne sont pas soumises au contrôle financier de l'exécutif³⁹⁴⁰, et elles sont libres de l'élaboration et de l'exécution de leur budget³⁹⁴¹.

De ce point de vue, il est significatif que la directive 2009/72 pose désormais le principe selon lequel des dispositions nationales doivent garantir aux autorités de régulation l'autonomie dans la mise en œuvre de leur budget³⁹⁴². L'autonomie de gestion financière tend donc à devenir un élément de régime des autorités de régulation y compris en droit de l'Union européenne.

1410. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que les autorités de régulation disposent d'une véritable indépendance organique et fonctionnelle. Celle-ci ne saurait cependant être absolue. L'indépendance des autorités de régulation, autorités administratives et exécutives, trouve sa limite dans leur responsabilité vis-à-vis des autres pouvoirs.

³⁹²⁸ C. Com., article R. 461-8.

³⁹²⁹ Loi n° 2010-476 précitée, article 36.III.

³⁹³⁰ C. Mon. Fin., article L. 621-5-1.

³⁹³¹ Code des transports, article L. 2132-2.

³⁹³² Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-19.

³⁹³³ CPCE, article L.133.

³⁹³⁴ Code de l'énergie, article L. 133-5. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 30.

³⁹³⁵ Loi n° 86-1067 précitée, article 7.

³⁹³⁶ Loi n° 2010-476 précitée, article 37.III.

³⁹³⁷ C. Mon. Fin., article L. 621-5-2.I.

³⁹³⁸ Code des transports, article L. 2132-12.

³⁹³⁹ C. Com., article L. 461-4.

³⁹⁴⁰ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 131-132 ; ADDE DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, pp. 326-332.

³⁹⁴¹ STORCH O., « Les conditions et modalités budgétaires de l'indépendance du régulateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 67 ; ADDE BERGER G., « Le rapport entre l'indépendance du régulateur et le choix de l'évaluateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 89.

³⁹⁴² Directive 2009/72/CE précitée, § 34 de l'exposé des motifs qui dispose que des « dispositions relatives à l'autonomie de l'autorité de régulation en ce qui concerne la mise en œuvre du budget qui lui est alloué » doivent être prévues par la législation nationale, et article 35.5 a) qui fait référence à l'« autonomie dans l'exécution du budget alloué ».

B. La responsabilité des autorités de régulation

1411. Pour une partie de la doctrine, il n'existe pas de « *principe d'indépendance* » des autorités administratives indépendantes³⁹⁴³, le Conseil d'État préférant lui-même le concept d'autonomie³⁹⁴⁴. Cependant, c'est bien le concept d'indépendance qu'il convient ici de retenir, en ce que les autorités de régulation ne trouvent la limite de leur action que dans leur responsabilité vis-à-vis du Parlement (1). L'économie néo-institutionnelle prend acte de ce principe ce qui confirme la pertinence pluridisciplinaire de cette solution (2).

1. Les limites juridiques de l'indépendance des autorités de régulation

1412. L'émergence des autorités de régulation sont sans doute une manifestation de l'évolution des démocraties modernes dans le sens d'une plus grande participation des administrés dans le fonctionnement démocratique, caractéristique de l'évolution de la démocratie représentative vers la démocratie participative ou délibérative³⁹⁴⁵. Leur indépendance et leur existence n'est donc pas à craindre car elles permettent un renforcement de la démocratie.

Cependant, dans le cadre de la démocratie, l'indépendance signifie également la responsabilité et les autorités de régulation ne sauraient y échapper. Elles continuent donc d'être responsables devant les autres pouvoirs publics. D'une part, l'indépendance des autorités de régulation connaît encore un certain nombre de limites vis-à-vis du gouvernement, mais celles-ci tendent à se réduire, seul le pouvoir de saisir le juge ne pouvant faire l'objet d'aucune contestation (a). D'autre part, cependant, les autorités de régulation sont responsables devant le Parlement (b).

a. L'affaiblissement des limites de l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du gouvernement

1413. L'indépendance de l'autorité de régulation vis-à-vis du gouvernement est relative en vertu du principe constitutionnel selon lequel le gouvernement dispose de l'administration (i). Cependant celle-ci ne cesse de se renforcer et seul le pouvoir de saisir le juge ne fait l'objet d'aucune remise en question (ii).

³⁹⁴³ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 30.

³⁹⁴⁴ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 292.

³⁹⁴⁵ LOMBARD M., « Introduction générale », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 1. *Cf. Infra.*

i. Les limites à l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du gouvernement

1414. Le problème juridique posé par l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du gouvernement est d'ordre constitutionnel, puisque l'article 20 de la Constitution prévoit que le gouvernement « dispose de l'administration »³⁹⁴⁶. Dès lors, l'idée même qu'il puisse exister une administration indépendante, donc non soumise au gouvernement, est, comme la doctrine l'a noté, un oxymore³⁹⁴⁷. Par conséquent, il se trouve que nonobstant la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle l'autorité administrative indépendante l'est du gouvernement³⁹⁴⁸, certains dispositifs sont maintenus et conduisent à relativiser cette indépendance³⁹⁴⁹.

1415. En premier lieu, le Conseil constitutionnel a tenu à consacrer la responsabilité du gouvernement devant le Parlement pour les actes commis par les autorités administratives indépendantes³⁹⁵⁰. En effet, le Conseil constitutionnel a souligné à propos de la Commission nationale de la communication et des libertés que celle-ci serait « à l'instar de toute autorité administrative, soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre (...) par le Gouvernement, qui est responsable devant le Parlement de l'activité des administrations de l'État »³⁹⁵¹.

1416. En deuxième lieu, la question du financement et de l'origine des ressources des autorités de régulation est une question fondamentale du point de vue de leur indépendance³⁹⁵². Pourtant, les autorités de régulation ne disposent pas encore d'une indépendance budgétaire réelle.

Notamment, celles qui sont des autorités administratives indépendantes ne disposent pas de la personnalité morale et leur budget relève de l'État³⁹⁵³. C'est ainsi le cas en ce qui concerne le CSA³⁹⁵⁴, l'ARCEP³⁹⁵⁵, la CRE³⁹⁵⁶, l'Autorité de la concurrence³⁹⁵⁷, l'ARJEL³⁹⁵⁸. Ainsi, si certaines autorités proposent les crédits nécessaires aux ministres compétents lors du vote de la loi de fi-

³⁹⁴⁶ Constitution du 4 octobre 1958, article 20.

³⁹⁴⁷ AUTIN J.-L., « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *Revue administrative*, 1988, pp. 334-335 ; Adde GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 20 ; Adde TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, pp. 212-216.

³⁹⁴⁸ Décision du Conseil constitutionnel n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative à l'exploitation des services de radiotélévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*, considérant n° 4.

³⁹⁴⁹ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 292.

³⁹⁵⁰ GENEVOIS B., « Les conflits de compétence concernant les autorités administratives indépendantes », in P. Rambaud (dir.), *Mélanges Paul Sabourin*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 132 ; Adde TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, p. 64 ; Adde GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 30.

³⁹⁵¹ Décision du Conseil constitutionnel n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, considérant n° 23.

³⁹⁵² MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 78.

³⁹⁵³ *Ibid.*, pp. 78-79 ; Adde DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, *Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, p. 333.

³⁹⁵⁴ Loi n° 86-1067 précitée, article 7.

³⁹⁵⁵ CPCE, article 133.

³⁹⁵⁶ Code de l'énergie, article L. 133-5. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 30.

³⁹⁵⁷ C. Com., article L. 461-4.

³⁹⁵⁸ Loi n° 2010-476 précitée, article 37.III.

nances, il reste que ceux-ci sont fixés par le gouvernement³⁹⁵⁹.

En outre, les autorités de régulation sont inscrites dans un programme budgétaire non spécifique et le directeur du programme, qui dispose du pouvoir de redistribuer les crédits au sein d'un programme, peut réallouer, modifier et supprimer les crédits budgétaires attribués aux autorités de régulation³⁹⁶⁰. Or, ainsi qu'ont pu le relever certains rapports de l'ARCEP et de la CRE, de tels problèmes se sont déjà produits³⁹⁶¹.

Ainsi, les autorités de régulation ne disposent pas d'une indépendance budgétaire. Le Conseil constitutionnel a cependant refusé de considérer que l'application du droit commun budgétaire pourrait porter atteinte à leur indépendance³⁹⁶².

1417. En troisième lieu, les limites les plus importantes à l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du gouvernement tiennent à la limitation de leur pouvoir réglementaire, lié notamment au mécanisme d'homologation dont peut disposer le ministre³⁹⁶³. Cela est tout à fait significatif pour l'ARCEP dont une partie des compétences réglementaires fait l'objet d'une homologation³⁹⁶⁴, pour l'ARAF dont l'ensemble du pouvoir réglementaire fait l'objet d'une homologation³⁹⁶⁵, ou encore de l'AMF dont le règlement général fait l'objet d'une homologation³⁹⁶⁶. Sans aucun doute, un tel dispositif caractérise le maintien d'une certaine tutelle sur l'autorité de régulation³⁹⁶⁷.

1418. En dernier lieu, de façon beaucoup plus accessoire, on constate le maintien d'une certaine tutelle³⁹⁶⁸ concernant les dispositifs qui donnent au gouvernement un pouvoir de substitution en cas de carence de l'autorité de régulation, comme on le trouve notamment pour l'AMF³⁹⁶⁹.

1419. Ainsi, des dispositifs résiduels conduisent à relativiser encore aujourd'hui l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du gouvernement. Cependant, ceux-ci sont en voie d'affaiblissement et l'indépendance des autorités de régulation ne cesse de se renforcer.

³⁹⁵⁹ DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, pp. 321-323.

³⁹⁶⁰ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 118-119 et pp. 126-130 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, pp. 326-332.

³⁹⁶¹ DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, pp. 321-323.

³⁹⁶² Décision du Conseil constitutionnel n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, considérants n°2 à 5.

³⁹⁶³ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, pp. 290-293 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, pp. 379-387.

³⁹⁶⁴ CPCE, article 36-6.

³⁹⁶⁵ Code des transports, article L. 2131-7.

³⁹⁶⁶ C. Mon. Fin., article L. 621-6.

³⁹⁶⁷ LINOTTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *AJDA*, 2004, pp. 146-147.

³⁹⁶⁸ *Ibid.* V., également TRAORÉ S., « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique », *Droit administratif*, août-septembre 2004, p. 20.

³⁹⁶⁹ C. Mon. Fin., article L. 621-7-2.

ii. Des limites à relativiser au regard de l'évolution du droit positif

1420. Les limites à l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du gouvernement doivent être relativisées, notamment dans le contexte actuel de renforcement de l'indépendance des autorités de régulation.

1421. En premier lieu, c'est d'abord le cas en ce qui concerne la présence dans certaines de ces autorités d'un représentant du gouvernement. Celui-ci peut être un commissaire du gouvernement, comme pour la CRE³⁹⁷⁰ ou l'Autorité de la concurrence³⁹⁷¹. Dans le cas de l'AMF, il s'agit du directeur général du Trésor³⁹⁷².

Cependant, la présence de ce représentant du gouvernement, si elle permet le maintien d'un lien entre l'autorité de régulation et ce dernier³⁹⁷³, ne conduit pas à reconnaître une tutelle de l'État sur ces autorités³⁹⁷⁴. Celui-ci ne dispose en effet dans le cas de la CRE que du pouvoir de faire inscrire à l'ordre du jour de la Commission une question dont l'examen ne peut pas être refusé³⁹⁷⁵. Concernant l'Autorité de la concurrence, la place du commissaire du gouvernement est importante puisqu'il a connaissance des griefs adressés aux entreprises³⁹⁷⁶ et peut assister aux séances de l'autorité³⁹⁷⁷ mais il ne dispose que du pouvoir d'émettre des observations³⁹⁷⁸ et de saisir le juge³⁹⁷⁹. Dans le cas de l'AMF, le directeur général du trésor assiste aux séances du collège à l'exception de la Commission des sanctions et peut demander une seconde délibération sauf en matière de sanction³⁹⁸⁰. Enfin, dans le cas du CSA, c'est le Premier Ministre qui dispose directement de la possibilité de demander une nouvelle délibération³⁹⁸¹.

Ainsi, la préconisation du rapport Gélard prévoyant de nommer un commissaire du gouvernement dans les AAI disposant d'un pouvoir réglementaire³⁹⁸², comme l'avait déjà envisagé en son temps le Conseil d'État³⁹⁸³, ne paraît pas constituer un danger pour l'indépendance des autorités de régulation, mais pourrait au contraire accompagner le renforcement de leur indépendance, celui-ci rendant plus nécessaire le maintien d'un lien entre le gouvernement et l'autorité de régulation. Cependant, le projet du gouvernement de nommer un Commissaire du gouvernement à l'ARCEP a été abandonné suite à des craintes, sans doute excessives, que cela puisse nuire à

³⁹⁷⁰ Code de l'énergie, article L. 133-4. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 29.

³⁹⁷¹ C. Com., article L. 461-2.

³⁹⁷² C. Mon. Fin., article L.621-3.I.

³⁹⁷³ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., pp. 290-293 ; Adde DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, op. cit., pp. 348-351.

³⁹⁷⁴ GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 88.

³⁹⁷⁵ Code de l'énergie, article L. 133-4. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 29.

³⁹⁷⁶ C. Com., article L. 463-2.

³⁹⁷⁷ *Ibid.*, article L. 463-7.

³⁹⁷⁸ *Ibid.*

³⁹⁷⁹ *Ibid.*, article L. 464-7.

³⁹⁸⁰ C. Mon. Fin., article L. 621-3.I.

³⁹⁸¹ Loi n° 86-1067 précitée, article 6.

³⁹⁸² GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 52.

³⁹⁸³ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., pp. 370-371.

l'indépendance de l'autorité³⁹⁸⁴.

1422. En deuxième lieu, la portée de la responsabilité du gouvernement posée par le Conseil constitutionnel doit être relativisée³⁹⁸⁵. En effet, le Conseil constitutionnel n'a ici en réalité affirmé que la possibilité de mettre en œuvre un contrôle de légalité. Si certains auteurs analysent cette possibilité comme une forme de tutelle³⁹⁸⁶, force est cependant de constater que ce pouvoir est en réalité réduit à la possibilité de renvoyer à un autre pouvoir lui-même indépendant du gouvernement, le pouvoir judiciaire, le devoir de trancher les conflits. Suggérer qu'un tel pouvoir remet en cause l'indépendance des autorités de régulation paraît excessif.

1423. En troisième lieu, la dépendance budgétaire des autorités de régulation est en voie de remise en question en raison d'évolutions liées au droit interne et au droit de l'Union européenne.

Tout d'abord, l'évolution la plus importante de ce point de vue est la création des autorités publiques indépendantes. En effet, l'attribution de la personnalité morale permet d'échapper aux contraintes de la LOLF si le Parlement le prévoit expressément et permet donc de renforcer l'autonomie budgétaire des autorités de régulation³⁹⁸⁷. En outre, l'attribution de la personnalité morale facilite le fait de disposer de ressources propres³⁹⁸⁸, comme le démontrent les régimes de l'AMF³⁹⁸⁹ ou de l'ARAF³⁹⁹⁰. Ces éléments concourent à faire passer les autorités publiques de l'état d'autonomie budgétaire à celui d'indépendance budgétaire³⁹⁹¹.

En outre, en ce qui concerne les autorités administratives indépendantes, dont le budget relève de celui de l'État en toute hypothèse³⁹⁹², le rapport Gélard avait préconisé la création d'une mission budgétaire spécifiquement consacrée à la régulation³⁹⁹³ et l'attribution de la personnalité

³⁹⁸⁴ V., Loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques.

³⁹⁸⁵ Cons. Const., *Liberté de communication*, n° 86-217 DC, précité, considérant n°23. Cf. *Supra*.

³⁹⁸⁶ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 290-293 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, pp. 251-253 ; *Adde* GENEVOIS B., « Les conflits de compétence concernant les autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 132 ; *Adde* DEGOFFE M., « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 2008, pp. 627-628.

³⁹⁸⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 52 et s.

³⁹⁸⁸ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 63 ; *Adde* LOMBARD M., « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *RJEP/CJEG*, 2005, p. 128 ; *Adde* DEGOFFE M., « Les autorités publiques indépendantes », *article précité*, p. 623 ; *Adde* LINOTTE D., SIMONIN G., « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *article précité*, p. 145.

³⁹⁸⁹ C. Mon. Fin., articles L. 621-5-2 et L. 621-5-3.

³⁹⁹⁰ Code des transports, articles L. 2132-12 et L. 2132-13.

³⁹⁹¹ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 121 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, *Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, p. 333 et p. 338.

³⁹⁹² LOMBARD M., « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *article précité*, pp. 129-130 ; *Adde* DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, *Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, pp. 333-338.

³⁹⁹³ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 104. V., antérieurement LOMBARD M., « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », *op. cit.*, p. 217.

morale aux autorités pouvant percevoir directement des ressources propres³⁹⁹⁴. Il existe aujourd'hui au sein du ministère de l'économie et des finances une mission budgétaire intitulée « *Développement et régulations économiques* »³⁹⁹⁵ dont l'objet est cependant plus large que les seules autorités de régulation au sens strict.

Ensuite, le droit de l'Union européenne tend aujourd'hui à renforcer l'indépendance budgétaire des autorités de régulation. Ainsi, la nouvelle directive relative aux communications électroniques prévoit que les autorités réglementaires nationales doivent disposer d'un budget propre, public et publié tous les ans³⁹⁹⁶, et la nouvelle directive électricité prévoit que l'autorité de régulation doit disposer d'un budget séparé³⁹⁹⁷. L'évolution du droit positif tend donc à la consécration de l'indépendance budgétaire des autorités de régulation.

1424. En quatrième lieu, la dépendance fonctionnelle des autorités de régulation dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire connaît également des évolutions, même si celles-ci posent plus de questions et sont donc moins franches.

D'une part, la question se pose de savoir quelle est la portée réelle de la procédure d'homologation prévue pour l'adoption de nombreux actes réglementaires des autorités de régulation³⁹⁹⁸. Or, celle-ci peut être relativisée³⁹⁹⁹ dans la mesure où elle ne permet que d'accepter ou de rejeter la proposition⁴⁰⁰⁰ et ne remet guère en cause les décisions de l'autorité dans la pratique⁴⁰⁰¹. Par ailleurs, certaines solutions jurisprudentielles audacieuses, toutefois isolées, ont démontré la faiblesse de la portée d'une telle procédure en écartant tout simplement les conséquences juridiques de la procédure d'homologation⁴⁰⁰².

D'autre part, le droit de l'Union européenne tend aujourd'hui à renforcer le pouvoir déci-

³⁹⁹⁴ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 72.

³⁹⁹⁵ Loi n° 2007-1822 de finances pour 2008 du 24 décembre 2007.

³⁹⁹⁶ Directive 2009/140 précitée, § 13 de l'exposé des motifs, confirmé par l'article 1^{er}.

³⁹⁹⁷ Directive 2009/72 précitée, article 35.5 a).

³⁹⁹⁸ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 339. Le rapport de 2001 du Conseil d'État préconisait une extension du pouvoir réglementaire au bénéfice des autorités de régulation et dans le même temps une extension du contrôle notamment par le biais de la procédure d'homologation.

³⁹⁹⁹ JEANNENEY P.-A., « Le régulateur producteur de droit », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 45.

⁴⁰⁰⁰ CHEROT J.-Y., « Le premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire. Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, p. 2196.

⁴⁰⁰¹ DELION A., « Notion de régulation et droit de l'économie », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation Volume 1*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, p. 28.

⁴⁰⁰² V., Décision n° 98-MC-03 du Conseil de la concurrence du 19 mai 1998 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Association française des opérateurs privés de télécommunications, pp. 2-3. Dans cette affaire était posée la question de la compétence du Conseil de la concurrence alors même que le tarif contesté de France Télécom avait fait l'objet d'une homologation ministérielle conformément à l'ancien cadre réglementaire. Selon France Télécom, le tarif n'étant pas détachable de la décision d'homologation, il s'agissait d'un acte administratif pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique qui relevait donc de la compétence du juge administratif. Cependant, le Conseil considéra qu'était ici en cause une décision de France Télécom vis-à-vis de ses clients dans un cadre concurrentiel, soumise au droit de la concurrence et à la compétence du Conseil de la concurrence. Cette jurisprudence audacieuse est tout à fait révélatrice de la faiblesse normative que peut avoir la norme d'homologation.

sionnel des autorités de régulation. Notamment, il a déjà été souligné⁴⁰⁰³ que la Cour de justice de l'Union européenne a renforcé le pouvoir discrétionnaire de l'autorité réglementaire nationale en matière de communications électroniques en préservant son pouvoir d'appréciation vis-à-vis des autorités publiques⁴⁰⁰⁴, et qu'elle a interprété l'exigence d'indépendance des autorités en charge d'une fonction régulatrice en visant « *un pouvoir décisionnel soustrait à toute influence extérieure* »⁴⁰⁰⁵, considérant la tutelle du gouvernement comme contraire à l'exigence d'indépendance⁴⁰⁰⁶.

En outre, certaines dispositions des nouvelles directives ont vocation à renforcer le pouvoir décisionnel attribué aux autorités de régulation, à l'instar de la directive électricité qui pose le principe selon lequel il « *convient que les régulateurs de l'énergie soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents* »⁴⁰⁰⁷ et ceci de manière autonome⁴⁰⁰⁸. Toutefois, l'homologation n'a jamais été prévue concernant le pouvoir réglementaire de la CRE et aucune modification n'a été apportée sur ce point par le Code de l'énergie⁴⁰⁰⁹. En ce qui la concerne, la directive relative aux communications électroniques prévoit plus largement qu'elle n'exclut pas une « *surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel* »⁴⁰¹⁰, et la procédure d'homologation n'a donc pas été remise en cause par l'ordonnance du 24 août 2011 relative aux communications électroniques⁴⁰¹¹. La conciliation entre le droit de l'Union européenne et le droit interne pose donc des difficultés qui ne sont pas encore résolues.

En toute hypothèse, l'indépendance fonctionnelle a été renforcée puisqu'il est désormais expressément prévu tant par le Code de l'énergie depuis mai 2011 que par le Code des postes et des communications électroniques depuis août 2011 que les autorités de régulation doivent exercer leurs fonctions sans recevoir d'instructions du gouvernement⁴⁰¹².

1425. En définitive, il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les limites à l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du gouvernement sont progressivement remises en cause ou en tout cas atténuées. En revanche, cette indépendance accrue vis-à-vis du gouvernement se traduit par la nécessité d'une responsabilité toujours plus grande vis-à-vis du Parlement.

⁴⁰⁰³ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.*

⁴⁰⁰⁴ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 3 décembre 2009, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-424/07, § 74 à 84.

⁴⁰⁰⁵ CJUE, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-518/07, précité, § 19.

⁴⁰⁰⁶ *Ibid.*, § 30 à 37.

⁴⁰⁰⁷ Directive 2009/72 précitée, § 33 de l'exposé des motifs.

⁴⁰⁰⁸ *Ibid.*, article 35.5 a).

⁴⁰⁰⁹ Code de l'énergie, articles L. 134-1 et L. 134-2. Anciennement, loi n° 2000-108, article 37.

⁴⁰¹⁰ Directive 2009/140 précitée, article 1^{er}.

⁴⁰¹¹ CPCE, article L. 36-6.

⁴⁰¹² CPCE, article L. 131 et Code de l'énergie, article L. 133-6. Cf. *Supra.*

b. La responsabilité des autorités de régulation vis-à-vis du Parlement

1426. L'indépendance des autorités de régulation trouve sa limite dans la responsabilité de celles-ci vis-à-vis du Parlement. Ce principe résultant d'abord du droit interne (i) est aujourd'hui reconnu en droit de l'Union européenne comme intrinsèquement attaché à la démocratie (ii).

i. La responsabilité des autorités de régulation vis-à-vis du Parlement en droit interne

1427. Comme le souligne la doctrine, l'autorité de régulation ne saurait être totalement indépendante du Parlement au nom du principe démocratique⁴⁰¹³. Ce principe, bien établi dans le modèle américain⁴⁰¹⁴, n'est pas suffisamment mis en œuvre aujourd'hui en France⁴⁰¹⁵. Il existe pourtant déjà en droit positif et devrait à l'avenir se développer⁴⁰¹⁶, comme le plaident de longue date le Conseil d'État et la doctrine universitaire⁴⁰¹⁷.

1428. En premier lieu, le législateur peut en principe librement défaire ce qu'il a fait, c'est-à-dire peut en principe librement supprimer une autorité qu'il a créée ou en changer les modalités d'organisation⁴⁰¹⁸. Cependant, ce principe doit aujourd'hui être largement relativisé dans la mesure où beaucoup d'autorités de régulation ont un fondement en droit de l'Union européenne ce qui vient limiter fortement les pouvoirs du législateur⁴⁰¹⁹.

1429. En deuxième lieu, le législateur dispose de nombreux moyens pour contrôler les autorités de régulation⁴⁰²⁰ comme le vote des lois de finances⁴⁰²¹, l'examen des rapports annuels, l'audition devant des commissions parlementaires⁴⁰²², etc. En effet, pour que l'action des autorités de régu-

⁴⁰¹³ TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, pp. 224-228 ; *Adde* LOMBARD M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, pp. 530-540 ; *Adde* GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 21 et pp. 115-116.

⁴⁰¹⁴ ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, 2004, pp. 757-771. *Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.*

⁴⁰¹⁵ LOMBARD M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *article précité*, p. 532.

⁴⁰¹⁶ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p.6.

⁴⁰¹⁷ EDCE, 1983-1984, *op. cit.*, pp. 29-30 ; *Adde* EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 371-373 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 227 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 139-142.

⁴⁰¹⁸ AUTIN J.-L., « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *article précité*, p. 334 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, pp. 233-238 ; *Adde* GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 88-89 ; *Adde* EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 285 ; *Adde* LOMBARD M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *article précité*, p. 539.

⁴⁰¹⁹ CJUE, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-424/07, *précité*, § 74 à 84.

⁴⁰²⁰ LOMBARD M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *article précité*, p. 539.

⁴⁰²¹ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 132-133.

⁴⁰²² Pour l'ARCEP, *V.*, CPCE, article L. 135. Pour la CRE, *V.*, Code de l'énergie, article L. 133-6, anciennement loi n° 2000-108 *précitée*, article 32.

lation soit politiquement supportable, le régulateur doit continuer d'être responsable et donc de rendre des comptes vis-à-vis du Parlement⁴⁰²³.

1430. En troisième lieu, il faut souligner que les présidents des autorités de régulation sont désormais soumis à la procédure de contrôle parlementaire prévue à l'article 13 de la Constitution, qu'il s'agisse des présidents de l'ARCEP, de la CRE, de l'AMF, de l'Autorité de la concurrence, ou encore de l'ARAF⁴⁰²⁴. Une telle solution semble donc généralisée à toutes les autorités de régulation, ainsi que le préconisait en son temps le rapport Balladur, qui prévoyait explicitement l'application de cette procédure aux « *autorités de régulation* »⁴⁰²⁵.

De ce point de vue, il est très intéressant de noter que cette procédure ne s'applique en revanche pas aux présidents de l'ARJEL et d'HADOPI. Cette absence peut être interprétée, conformément aux hypothèses précédemment émises, comme confirmant le fait que ces autorités relèvent encore assez largement d'une logique de police et non de régulation⁴⁰²⁶.

ii. Une responsabilité consacrée en droit de l'Union européenne

1431. Si le droit de l'Union européenne prévoit aujourd'hui l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis de l'ensemble des pouvoirs publics⁴⁰²⁷, il n'exclut pas pour autant une responsabilité des autorités de régulation vis-à-vis du Parlement.

D'une part, le droit dérivé prévoit la possibilité d'un tel contrôle en raison des contraintes constitutionnelles des États membres. Ainsi la nouvelle directive relative aux communications électroniques n'exclut pas une « *surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel* »⁴⁰²⁸, tandis que la nouvelle directive électricité prévoit « *l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des États membres* »⁴⁰²⁹. Ces dispositions laissent donc la porte ouverte à une responsabilité des autorités de régulation devant le Parlement.

D'autre part, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne considère, s'agissant des autorités administratives indépendantes exerçant une fonction régulatrice, qu'en vertu du principe de démocratie reconnu par le droit de l'Union⁴⁰³⁰, « *l'absence de toute influence par-*

⁴⁰²³ V., par exemple LARCHER G., « Quelles relations entre pouvoirs publics et régulateurs ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 19-21 ; Adde FRISON-ROCHE M.-A., « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 67-70.

⁴⁰²⁴ Loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution.

⁴⁰²⁵ BALLADUR E., *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Une Vème République plus démocratique*, 2008, p. 19.

⁴⁰²⁶ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.*

⁴⁰²⁷ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.*

⁴⁰²⁸ Directive 2009/140 précitée, article 1^{er}.

⁴⁰²⁹ Directive 2009/72 précitée, § 34 de l'exposé des motifs.

⁴⁰³⁰ CJUE, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-518/07, précité, § 39 à 41.

lementaire sur ces autorités ne saurait se concevoir »⁴⁰³¹. Cela permet alors au Parlement de nommer les membres des autorités de régulation, de définir leurs compétences⁴⁰³², de demander des comptes et d'opérer un contrôle notamment par l'intermédiaire de l'édition d'un rapport annuel⁴⁰³³, etc. Ce contrôle du Parlement est indispensable selon la Cour pour garantir la légitimité démocratique des autorités de régulation⁴⁰³⁴.

En définitive, l'indépendance des autorités de régulation implique leur responsabilité vis-à-vis du Parlement. Sans remettre en cause l'indépendance de ces autorités, il s'agit là d'une application traditionnelle de la séparation des pouvoirs. Or, cette structure du droit positif est par ailleurs considérée comme économiquement efficace.

2. L'efficacité économique de la responsabilité des autorités de régulation en économie néo-institutionnelle

1432. La communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle se trouve confirmée par le fait que non seulement cette dernière transcrit les limites juridiques à l'indépendance des autorités de régulation (a) mais surtout les considère comme efficaces (b).

a. La transcription des limites juridiques à l'indépendance des autorités de régulation

1433. À la différence d'autres théories économiques, notamment l'économie des réseaux dont la conception de l'indépendance de l'autorité de régulation, absolue, apparaît assez simpliste⁴⁰³⁵, l'économie néo-institutionnelle a une conception très nuancée de celle-ci.

Elle considère en effet que le pouvoir discrétionnaire du régulateur ne peut être absolu⁴⁰³⁶ en raison de l'existence de l'environnement institutionnel, couplage structurel du droit et de l'économie⁴⁰³⁷, qui s'impose à lui⁴⁰³⁸. Dès lors, le régulateur doit nécessairement rendre des comptes devant le Parlement et devant le juge⁴⁰³⁹. Il en résulte notamment que la loi peut changer

⁴⁰³¹ CJUE, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-518/07, précité, § 43.

⁴⁰³² *Ibid.*, § 44.

⁴⁰³³ *Ibid.*, § 45.

⁴⁰³⁴ *Ibid.*, § 46.

⁴⁰³⁵ DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, p. 9.

⁴⁰³⁶ SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, pp. 518-523 et p. 529.

⁴⁰³⁷ *Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.*

⁴⁰³⁸ LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », in B. Levy, P. T. Spiller (Eds.), *Regulations, Institutions and Commitment, Comparative Studies of Telecommunications*, Cambridge, Cambridge University Press, USA, 1996, pp. 3-5.

⁴⁰³⁹ *Ibid. V.*, également DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Économiques, Université Paris 11, 2007, pp. 89-90.

les pouvoirs voire remettre en cause l'existence des autorités de régulation⁴⁰⁴⁰.

Par le concept d'environnement institutionnel, l'économie néo-institutionnelle réalise donc la transcription des règles juridiques en ce qu'elle limite l'indépendance des autorités de régulation face aux pouvoirs législatif et judiciaire. Cependant, il est surtout significatif de noter que la responsabilité ainsi instituée des autorités de régulation est considérée comme efficace.

b. L'efficacité de la responsabilité de l'autorité de régulation

1434. Pour l'économie néo-institutionnelle, l'indépendance absolue du régulateur n'est pas souhaitable. En effet, l'attribution d'un trop grand pouvoir discrétionnaire à une autorité de régulation, et les risques d'abus qui y sont nécessairement liés, poseraient problème au regard de la crédibilité de la réforme elle-même⁴⁰⁴¹. Au contraire, le régulateur doit être responsable, d'autant qu'il ne dispose pas de la légitimité démocratique, et doit donc répondre de ses actions devant le législateur et le juge⁴⁰⁴². Par ailleurs, le régulateur doit avoir un fonctionnement transparent et public pour garantir qu'il ne sera pas capturé et restera donc impartial⁴⁰⁴³.

Ainsi, l'économie néo-institutionnelle ne préconise pas une indépendance absolue du régulateur mais au contraire un juste équilibre entre la garantie de son indépendance et la nécessité de sa responsabilité⁴⁰⁴⁴. Dès lors, le régime juridique de l'autorité de régulation peut être considéré comme satisfaisant du point de vue juridique comme du point de vue économique.

1435. Les autorités de régulation se caractérisent donc en premier lieu par un régime juridique garantissant leur indépendance tout en maintenant leur responsabilité du point de vue démocratique. Elles se caractérisent en second lieu par un cumul de pouvoirs normatifs et contentieux.

§2. Le cumul de pouvoirs normatifs et contentieux

1436. À défaut de présenter un visage unique ici, le régime juridique des différentes autorités de régulation converge dans un sens conforme au processus de coévolution du droit et l'économie néo-institutionnelle. En effet, droit et théorie économique tendent à se rejoindre sur la nature des pouvoirs des autorités de régulation tant du point de vue normatif (A) que du point de vue contentieux (B).

⁴⁰⁴⁰ SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, pp. 518-523 et p. 532.

⁴⁰⁴¹ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, 2007, pp. 59-60.

⁴⁰⁴² *Ibid.*, pp. 89-90.

⁴⁰⁴³ *Ibid.*, p. 90.

⁴⁰⁴⁴ GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, Cambridge, Massachusetts, USA, London, UK, Harvard University Press, 2006, pp. 48-50.

A. La convergence des instruments normatifs des autorités de régulation

1437. Les pouvoirs à la disposition des autorités de régulation, au-delà de leurs différences de régime, sont sans aucun doute convergents. D'une part, les autorités de régulation disposent de la gamme la plus étendue des pouvoirs unilatéraux, du pouvoir général et impersonnel au pouvoir incitatif (1). D'autre part, se développent de manière significative des instruments de type conventionnel caractéristiques de la régulation (2).

1. Le pouvoir normatif unilatéral des autorités de régulation

1438. Les autorités de régulation se caractérisent par l'utilisation conjointe de l'ensemble de la gamme des pouvoirs unilatéraux existant en droit public, mettant ainsi en œuvre une sorte d'« échelle de normativité »⁴⁰⁴⁵. D'une part, elles disposent d'un pouvoir normatif classique c'est-à-dire du pouvoir de prendre des actes administratifs décisifs (a). D'autre part, elles disposent d'outils plus originaux comme la possibilité d'adopter un grand nombre d'actes incitatifs (b).

a. Le pouvoir normatif unilatéral décisif des autorités de régulation

1439. Le pouvoir normatif unilatéral décisif des autorités de régulation est une composante particulièrement importante du régime juridique de la régulation conformément au modèle de l'analyse néo-institutionnelle du droit (i). Les autorités de régulation en sont donc toutes dotées, à l'exception de celles dont la mission est plus proche de la police, ce qui confirme *a contrario* le caractère nécessaire du pouvoir réglementaire dans la qualification de régulation. De ce point de vue, le régime de l'Autorité de la concurrence pose certains problèmes, mais l'absence de pouvoir réglementaire se trouve compensée par le recours aux autres procédés normatifs (ii).

i. L'attribution d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation

1440. L'exercice d'un pouvoir réglementaire apparaît spécifique aux autorités de régulation, à la différence des autres autorités administratives indépendantes⁴⁰⁴⁶. En effet, l'attribution d'un tel pouvoir est tout à fait cohérente au regard du concept d'autorité de régulation tel qu'il résulte de l'analyse néo-institutionnelle du droit.

D'une part, il résulte de l'économie néo-institutionnelle que les autorités de régulation

⁴⁰⁴⁵ AUTIN J.-L., « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDJ*, 1988, pp. 1222-1223 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *op. cit.*, p. 72.

⁴⁰⁴⁶ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 51.

doivent agir *ex ante*, dans la mesure où la loi initiale est nécessairement incomplète⁴⁰⁴⁷ et où l'octroi d'un pouvoir réglementaire excessif au gouvernement pose des problèmes de crédibilité⁴⁰⁴⁸. Il apparaît donc logique de confier le pouvoir d'agir *ex ante* à l'autorité de régulation⁴⁰⁴⁹.

D'autre part, il résulte de l'analyse institutionnelle que la réglementation est un outil de l'autonomie institutionnelle⁴⁰⁵⁰ qui permet, par son action contraignante, de mettre en œuvre l'idée d'œuvre de la régulation⁴⁰⁵¹. Dès lors, l'attribution d'un pouvoir réglementaire apparaît consubstantielle aux autorités de régulation, dans la mesure où elles sont des institutions ayant pour objet de combler les insuffisances des institutions classiques⁴⁰⁵².

L'attribution d'un pouvoir réglementaire apparaît donc bien associée aux autorités de régulation, ainsi qu'en témoignent l'exemple américain où celle-ci s'est imposée d'elle-même⁴⁰⁵³ ou la doctrine du Conseil d'État⁴⁰⁵⁴.

1441. Cependant, le pouvoir réglementaire des autorités de régulation doit respecter les contraintes constitutionnelles qui en limitent la portée, dans la mesure où le Premier ministre dispose par principe du monopole du pouvoir réglementaire⁴⁰⁵⁵.

Par exception à ce principe, il est possible de confier un pouvoir réglementaire à une autorité de régulation à condition que celui-ci soit limité à la fois verticalement et horizontalement⁴⁰⁵⁶. Verticalement, le pouvoir réglementaire des autorités de régulation est nécessairement un pouvoir réglementaire d'application des lois et non un pouvoir réglementaire autonome⁴⁰⁵⁷, et s'exerce dans le respect des principes posés par le législateur et sous le contrôle du gouvernement⁴⁰⁵⁸. Horizontalement, le pouvoir réglementaire des autorités de régulation est limité à un

⁴⁰⁴⁷ DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, p. 21 ; Adde PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Économiques, Paris 1, 2007, pp. 202-204.

⁴⁰⁴⁸ DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, p. 21.

⁴⁰⁴⁹ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1*.

⁴⁰⁵⁰ HECQUARD-THÉRON M., *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome CXXVI, 1977, p. 8 et p. 121 et s. ; Adde MAZÈRES J.-A., « Préface », in M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome CXXVI, 1977, pp. xiv-xviii.

⁴⁰⁵¹ HECQUARD-THÉRON M., *Essai sur la notion de réglementation*, *op. cit.*, pp. 133-134.

⁴⁰⁵² BERGEL J.-L., « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative (Essai de synthèse) », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, p. 2377.

⁴⁰⁵³ ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, p. 765 ; Adde DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, *Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁰⁵⁴ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 339.

⁴⁰⁵⁵ Décision du Conseil constitutionnel 76-94 L du 2 décembre 1976. V., CHEROT J.-Y., « Le premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire. Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », *op. cit.*, p. 2191.

⁴⁰⁵⁶ TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 170. V., Cons. Const., *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC, précité, considérant n° 58.

⁴⁰⁵⁷ Cons. Const., *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC, précité, considérant n° 58. V., par ailleurs GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 49-50.

⁴⁰⁵⁸ Décision du Conseil constitutionnel n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, considérant n°31.

« domaine déterminé »⁴⁰⁵⁹, c'est-à-dire ne concerne que « des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »⁴⁰⁶⁰. En définitive, comme la doctrine l'a souligné, le pouvoir réglementaire dont disposent les autorités de régulation est un pouvoir réglementaire « spécial »⁴⁰⁶¹, « limité »⁴⁰⁶², « subordonné et second »⁴⁰⁶³.

1442. Néanmoins, cet encadrement du pouvoir réglementaire des autorités de régulation ne doit pas conduire à sous-estimer son importance pratique⁴⁰⁶⁴. Certains auteurs vont même jusqu'à considérer que l'existence d'une procédure d'homologation servirait en réalité à couvrir l'existence d'un pouvoir réglementaire dont la portée pourrait paraître insuffisamment limitée au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁴⁰⁶⁵, ce qui constitue un biais juridique afin de renforcer le pouvoir réglementaire effectif de ces autorités.

1443. Le pouvoir réglementaire apparaît donc comme un instrument consubstantiel à la régulation, ce qui explique que l'ensemble des autorités de régulation sectorielle en soient pourvues. Les autorités de régulation s'opposent de ce point de vue aux autres autorités administratives indépendantes qui n'en disposent pas en principe, le Conseil d'État n'hésitant d'ailleurs pas à soulever d'office l'incompétence des autorités administratives indépendantes dans l'hypothèse où celles-ci adoptent des actes réglementaires sans habilitation législative précise⁴⁰⁶⁶.

ii. Les pouvoirs réglementaires des autorités de régulation sectorielles

1444. L'ensemble des autorités de régulation sectorielles disposent d'un pouvoir réglementaire, même si l'étendue de celui-ci diverge selon les cas. Les autorités ne disposant pas d'un tel pouvoir et pourtant qualifiées d'autorité de régulation sont celles dont la mission semble plus proche de celle de police⁴⁰⁶⁷. L'existence ou non d'un pouvoir réglementaire semble donc bien constitutif d'un élément de régime propre à la régulation.

⁴⁰⁵⁹ Cons. Const., *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC, précité, considérant n° 58.

⁴⁰⁶⁰ Cons. Const., *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC, considérant n°15. *V.*, dans le même sens Cons. Const., *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, n° 89-260 DC, précité, considérant n°31.

⁴⁰⁶¹ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 97.

⁴⁰⁶² CHEROT J.-Y., « Le premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire. Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », *op. cit.*, p. 2195 ; Adde DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, *op. cit.*, pp. 402-413.

⁴⁰⁶³ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 51 ; Adde JEANNENEY P.-A., « Le régulateur producteur de droit », *op. cit.*, pp. 44-51.

⁴⁰⁶⁴ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 89 et p. 97 ; Adde BATTISTINI P., « Le pouvoir normatif de l'autorité de régulation des Télécommunications », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, p. 2237.

⁴⁰⁶⁵ CHEROT J.-Y., « Le premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire. Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », *op. cit.*, p. 2196.

⁴⁰⁶⁶ *V.*, récemment, à propos de la Haute autorité de Santé, Arrêt du Conseil d'État, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, du 17 novembre 2010, *Société Arthus Consulting*, n°320827. *V.*, VIALETTES M., conclusions sur CE, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, du 17 novembre 2010, *Société Arthus Consulting*, n°320827, *AJDA*, 2011, pp. 337-340.

⁴⁰⁶⁷ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.*

1445. En premier lieu, l'ARCEP dispose d'un pouvoir réglementaire étendu. D'une part, elle dispose du pouvoir d'adopter des normes générales et absolues en vertu de l'article L.36-6 CPCE dans des matières concernant surtout l'accès aux réseaux et l'usage des fréquences⁴⁰⁶⁸, pouvoir réglementaire dont la légalité a été admise par le Conseil constitutionnel⁴⁰⁶⁹ notamment en ce qu'il est soumis à une procédure d'homologation⁴⁰⁷⁰. D'autre part, l'autorité de régulation s'est vue transférer d'autres pouvoirs relatifs aux mesures d'encadrement pluriannuel des tarifs du service universel et à l'élaboration du plan national de numérotation⁴⁰⁷¹. L'attribution de ce pouvoir réglementaire a été validée par le Conseil constitutionnel même en l'absence de procédure d'homologation⁴⁰⁷².

1446. En deuxième lieu, la CRE dispose également d'un pouvoir réglementaire qui, d'abord formellement limité, a fait l'objet d'un renforcement progressif.

Le pouvoir réglementaire de droit commun de la CRE était prévu à l'article 37 de la loi de 2000 concernant l'électricité⁴⁰⁷³. Ce pouvoir lui permettait surtout de préciser les règles relatives à l'accès aux réseaux⁴⁰⁷⁴, ce qui est en général considéré comme conforme aux exigences constitutionnelles même si le Conseil n'a pas été saisi de cette question⁴⁰⁷⁵. Par ailleurs, le contrat de concession du gestionnaire de réseau de transport lui a attribué le pouvoir d'approuver les modèles de contrats d'accès aux réseaux, les procédures de traitement des demandes de raccordement, etc., ce qui vient renforcer très largement le pouvoir réglementaire de l'autorité⁴⁰⁷⁶. Enfin, la CRE disposait d'un pouvoir de proposition concernant la méthodologie de fixation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution établis par le ministre qui, s'il n'est pas à proprement parler un pouvoir réglementaire, était assez contraignant, le gouvernement ne pouvait que rejeter ou adopter une proposition sans pouvoir la modifier⁴⁰⁷⁷. Ce pouvoir réglementaire était cependant considéré par les économistes comme trop limité pour faire face aux spécifi-

⁴⁰⁶⁸ CPCE, article L. 36-6.

⁴⁰⁶⁹ Décision du Conseil constitutionnel n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, considérant n°12.

⁴⁰⁷⁰ *Ibid.*, considérant n°9.

⁴⁰⁷¹ CPCE, article L. 36-7 5° et 7°.

⁴⁰⁷² Décision n° 2004-497 DC du 01 juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, considérant n°7.

⁴⁰⁷³ Loi n° 2000-108 précitée, article 37.

⁴⁰⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁷⁵ BOREL J.-V., « L'attribution à une autorité autre que le Premier Ministre du pouvoir normatif d'application d'une loi ou d'un décret : le cas de la Commission de régulation de l'électricité » in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, pp. 2243-2245 ; Adde ISIDORO C., *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 242, 2006, p. 452 et pp. 455-456 ; Adde CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité, Concurrence et accès aux réseaux*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2006, p. 407 et s.

⁴⁰⁷⁶ SABLIERE P., « La nouvelle concession du réseau de transport d'électricité », *AJDA*, 2009, pp. 462-498.

⁴⁰⁷⁷ Loi n°2000-108 précitée, article 4.

cités du secteur⁴⁰⁷⁸. Dès lors, il est significatif de souligner que celui-ci a fait l'objet d'un renforcement récent.

En effet, ainsi qu'il a déjà été relevé, la nouvelle directive électricité a exigé un renforcement du pouvoir réglementaire de l'autorité de régulation électrique⁴⁰⁷⁹, ce dont a pris acte la loi du 5 janvier 2011 qui a prévu que l'ordonnance portant transposition de la directive devait renforcer les compétences de la CRE notamment en matière de fixation des tarifs⁴⁰⁸⁰. Le Code de l'énergie a alors procédé à cette extension. Outre les pouvoirs dont elle disposait déjà précédemment en matière d'accès aux réseaux, la CRE précise désormais les conditions d'accès et d'utilisation des réseaux y compris la méthodologie de calcul des prix à la place du ministre concerné⁴⁰⁸¹, la méthode de calcul des coûts de production de l'électricité nucléaire et le calcul des droits des opérateurs⁴⁰⁸² et les règles d'accès aux réseaux des nouvelles interconnexions transfrontalières⁴⁰⁸³. En outre, son pouvoir de proposition s'est nettement étendu concernant les prix de fourniture de l'électricité⁴⁰⁸⁴.

1447. En troisième lieu, il faut noter, sans qu'il soit nécessaire de les étudier dans le détail, que les autres autorités de régulation sectorielle disposent d'un pouvoir réglementaire variable en fonction de l'autorité. L'AMF dispose ainsi d'un pouvoir réglementaire extrêmement important puisqu'elle édicte un règlement général, dont la portée est très étendue, soumis à homologation ministérielle⁴⁰⁸⁵. L'ARAF dispose quant à elle d'un pouvoir réglementaire équivalent à celui de la CRE sous l'empire de la loi de 2000 qui fait cependant l'objet d'une homologation ministérielle⁴⁰⁸⁶. Le pouvoir réglementaire du CSA existe également⁴⁰⁸⁷, et a été renforcé en matière politique⁴⁰⁸⁸ et en matière de publicité⁴⁰⁸⁹.

1448. Au contraire, certaines autorités disposent d'un pouvoir réglementaire partiel ou n'en disposent pas. Or, une telle structure vient confirmer la distinction entre la mise en œuvre de fonctions de police et de régulation.

D'une part, il est tout à fait significatif de noter qu'HADOPI ne dispose d'un pouvoir

⁴⁰⁷⁸ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle, op. cit.*, pp. 125-130.

⁴⁰⁷⁹ Directive 2009/72 précitée, § 33 à 37 de l'exposé des motifs. Cf. *Supra*.

⁴⁰⁸⁰ Loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne, article 4. I 6°.

⁴⁰⁸¹ Code de l'énergie, article L. 134-1 3°.

⁴⁰⁸² *Ibid.*, article L. 134-1 7°.

⁴⁰⁸³ *Ibid.*, article L. 134-1 8°.

⁴⁰⁸⁴ *Ibid.*, article L. 337-4 pour les tarifs réglementés de vente et article L. 337-13 et s. pour le prix de l'accès à la fourniture d'électricité nucléaire historique. Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1*.

⁴⁰⁸⁵ C. Mon. Fin., article L. 621-6.

⁴⁰⁸⁶ Code des transports, article L. 2131-7. *V.*, en outre PEYLET R., « La nouvelle régulation ferroviaire. À propos de la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 », *RJEP*, n°672, février 2010, p. 7.

⁴⁰⁸⁷ Loi n° 86-1067 précitée, article 6, renvoyant à certaines décisions prévues aux articles 22 et 27.

⁴⁰⁸⁸ *Ibid.*, articles 16 et 16-1.

⁴⁰⁸⁹ *Ibid.*, article 14-1.

réglementaire qu'en ce qui concerne sa mission de régulation des mesures techniques⁴⁰⁹⁰, et n'en dispose pas en ce qui concerne sa mission d'encouragement de l'offre légale et d'observation des comportements illicites⁴⁰⁹¹ et sa mission de protection des œuvres pour laquelle elle ne dispose que d'un pouvoir d'adresser des avertissements⁴⁰⁹². L'attribution exclusive d'un pouvoir réglementaire dans le cadre de la mission de régulation d'HADOPI confirme donc le lien existant entre le pouvoir réglementaire et la qualification de régulation.

D'autre part, certaines autorités ne disposent pas d'un pouvoir réglementaire. C'est notamment le cas de l'ARJEL, dont le pouvoir réglementaire est quasi-inexistant⁴⁰⁹³. Cela peut être interprété comme lié à la qualification de l'activité de l'ARJEL, dont on a vu qu'elle était particulièrement proche d'une activité de police⁴⁰⁹⁴. Par ailleurs, il est significatif de noter que l'ARJEL rejoint en cela l'ACP, qui ne dispose pas d'un pouvoir réglementaire⁴⁰⁹⁵ et dont on a vu qu'elle ne mettait également en œuvre qu'une mission de police⁴⁰⁹⁶.

Ce résultat semble donc confirmer la validité de la distinction entre police et régulation s'agissant de la mission mise en œuvre par l'autorité et du nécessaire rattachement d'un pouvoir réglementaire à l'exercice de la régulation. Il est d'ailleurs cohérent avec l'idée selon laquelle la police sert à protéger les libertés, ce qui justifie l'absence d'un contrôle trop fort *a priori*, et qu'elle relève donc d'une autre logique que celle de la régulation.

1449. Dans ce cadre cependant, la question est posée de savoir si la qualification de régulation du droit de la concurrence se trouve justifiée, dans la mesure où l'Autorité de la concurrence ne dispose d'aucun pouvoir réglementaire. Cette absence plaiderait alors pour le maintien de la qualification d'autorité de police⁴⁰⁹⁷.

Néanmoins, il apparaît que le processus de rapprochement de l'Autorité de la concurrence avec la régulation se manifeste également du point de vue de son régime juridique normatif puisque l'absence de pouvoir normatif décisive est aujourd'hui compensée par l'émergence d'un pouvoir normatif non décisive, processus que l'on constate par ailleurs pour l'ensemble des autorités de régulation, ainsi que par l'utilisation très intensive du pouvoir normatif quasi-bilatéral.

⁴⁰⁹⁰ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-31.

⁴⁰⁹¹ *Ibid.*, article L. 331-23.

⁴⁰⁹² *Ibid.*, articles L. 331-24 et s.

⁴⁰⁹³ Loi n° 2010-476 précitée, article 34.III.

⁴⁰⁹⁴ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.*

⁴⁰⁹⁵ C. Mon. Fin., article L. 612-1.

⁴⁰⁹⁶ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.*

⁴⁰⁹⁷ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 98.

b. Le pouvoir normatif unilatéral non décisoire des autorités de régulation

1450. De manière générale, les autorités administratives indépendantes se caractérisent toutes par l'utilisation d'incitations, c'est-à-dire d'avis, de recommandations, etc.⁴⁰⁹⁸. Les autorités de régulation font alors un usage intensif de ce type de normes (i). Or, un régime juridique spécifique des incitations semble émerger dans le seul cadre des autorités de régulation (ii).

i. L'utilisation des normes non décisiores par les autorités de régulation

1451. Comme le souligne la doctrine, le pouvoir incitatif est utilisé par la totalité des autorités en charge d'une mission de régulation économique⁴⁰⁹⁹. Ce pouvoir est fondamental car il participe grandement du pouvoir d'influence, au-delà du pouvoir contraignant, des autorités de régulation⁴¹⁰⁰, et parce qu'il permet mieux que d'autres instruments la connaissance par les acteurs économiques de la « doctrine » de l'autorité de régulation⁴¹⁰¹.

Ainsi, les autorités de régulation, et c'est notamment le cas de l'ARCEP et de la CRE, utilisent ce type d'instruments⁴¹⁰². C'est d'ailleurs surtout le cas pour cette dernière⁴¹⁰³, comme le soulignait récemment, de manière critique, un rapport parlementaire⁴¹⁰⁴. On a ainsi vu précédemment, à ce propos, que la CRE utilisait effectivement ce type d'instruments en matière de régulation des marchés électriques et de dé-intégration horizontale des entreprises⁴¹⁰⁵, aux fins évidentes de contourner la faiblesse de son pouvoir réglementaire⁴¹⁰⁶. De ce point de vue, il conviendrait sans doute de développer encore davantage le pouvoir réglementaire de la CRE, plutôt que de la laisser combler les lacunes du système juridique par des incitations plus difficilement saisissables par le droit⁴¹⁰⁷, conformément à la logique de la nouvelle directive électricité⁴¹⁰⁸.

1452. Par ailleurs, il est important de souligner que la mise en œuvre d'un pouvoir normatif non décisoire peut venir utilement combler la faiblesse du pouvoir normatif décisoire.

Le pouvoir incitatif peut d'abord suppléer un faible pouvoir réglementaire accordé aux autorités de régulation sectorielle. Ainsi, le CSA s'est vu attribuer le pouvoir d'émettre des re-

⁴⁰⁹⁸ GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 68-73.

⁴⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 73 ; Adde FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 90.

⁴¹⁰⁰ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 50 et pp. 112-113.

⁴¹⁰¹ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 340.

⁴¹⁰² JEANNENEY P.-A., « Le régulateur producteur de droit », *op. cit.*, pp. 44-51.

⁴¹⁰³ CHEBEL-HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité, Concurrence et accès aux réseaux*, *op. cit.*, pp. 407-415.

⁴¹⁰⁴ DOSIÈRE R., VANNESTE C., *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, Tome 1, Rapport, 2010, pp. 53-57.

⁴¹⁰⁵ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

⁴¹⁰⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 5 et pp. 112-113.

⁴¹⁰⁷ *Ibid.*

⁴¹⁰⁸ *Cf. Supra.*

commandations afin de permettre le développement de la concurrence⁴¹⁰⁹. Il en est de même s'agissant de l'ARAF, qui peut formuler et publier toute recommandation⁴¹¹⁰. C'est enfin le cas, récemment, de la CRE, puisque le Code de l'énergie lui permet désormais de formuler des avis et de proposer toute mesure favorisant le bon fonctionnement et la transparence du marché de détail⁴¹¹¹, alors que la CRE ne dispose pas de pouvoir réglementaire sur ce point.

1453. Enfin, le pouvoir incitatif peut suppléer à l'absence de pouvoir réglementaire d'une autorité de régulation. C'est ici le cas de l'Autorité de la concurrence. En effet, l'attribution récente au bénéfice de l'Autorité de la concurrence d'un pouvoir normatif non décisoire participe significativement de son rapprochement avec la régulation⁴¹¹².

En 2008, la loi de modernisation de l'économie a renforcé le pouvoir normatif de l'Autorité de concurrence, qui continue par ailleurs de donner des avis sur saisine de très nombreuses organisations⁴¹¹³, essentiellement par deux biais consacrés à l'article L. 462-4 du Code de commerce. D'une part, l'Autorité de la concurrence « *peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis est rendu public* ». D'autre part, elle peut « *également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés* »⁴¹¹⁴. Or, ces deux pouvoirs, loin d'être anecdotiques, s'inscrivent dans le processus de convergence entre l'Autorité de concurrence et la notion d'autorité de régulation.

L'Autorité de la concurrence prend soin d'insister elle-même sur cet aspect. En effet, dans l'éditorial de son rapport de 2008 dans lequel l'Autorité explique, conformément à ce que nous avons déjà vu⁴¹¹⁵, qu'elle a par la loi de modernisation de l'économie « *reçu le mandat d'assurer la régulation concurrentielle des marchés* »⁴¹¹⁶ et qu'il « *ne lui revient donc pas uniquement d'appliquer le droit de la concurrence, mais également, et de plus en plus, de définir une vraie politique de la concurrence* »⁴¹¹⁷, l'Autorité de la concurrence met en avant ses nouveaux pouvoirs incitatifs. Elle considère ainsi que la « *politique de l'Autorité en matière consultative est elle aussi en première ligne* »⁴¹¹⁸. Pour l'autorité, ce nouveau pouvoir est un « *outil stratégique, à très forte valeur ajoutée. Il constitue un élément central de la réforme* »⁴¹¹⁹. En effet, il lui permet de donner des « *signaux plus complets et pédagogiques* » au marché qu'une intervention uniquement contentieuse et lui permet de prendre l'initiative de recommander des modifications

⁴¹⁰⁹ Loi n° 86-1067 précitée, article 17.

⁴¹¹⁰ Code des transports, article L. 2131-3.

⁴¹¹¹ Code de l'énergie, article L. 131-2.

⁴¹¹² Dans le même sens, V., GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, Thessalonique, Athènes, Bruxelles, Éditions Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2010, pp. 252-257.

⁴¹¹³ C. Com., article L. 462-1.

⁴¹¹⁴ *Ibid.*, article L. 462-4.

⁴¹¹⁵ Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 2*.

⁴¹¹⁶ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2008, p. 1.

⁴¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 1-2.

⁴¹¹⁸ *Ibid.*, p. 2.

⁴¹¹⁹ *Ibid.*

dans le droit applicable, et il convient de le souligner, « comme le pouvaient déjà l'ARCEP ou la CRE »⁴¹²⁰. L'attribution d'un pouvoir normatif apparaît donc comme un facteur de rapprochement de l'Autorité de la concurrence et de la régulation sectorielle.

Le rapport de l'Autorité de 2009 vient confirmer ce résultat. Ainsi, de façon significative, l'Autorité atteste de son passage d'une autorité de police à une autorité de régulation en estimant qu'« un bon régulateur de la concurrence, ce n'est pas seulement une Autorité qui intervient vite et bien. C'est aussi une institution qui assure la transparence, qui permet aux régulés de comprendre ses convictions et son approche, et qui sait se mettre à leur écoute »⁴¹²¹. L'Autorité considère par ailleurs qu'il existe des sujets pour lequel « l'intervention au cas par cas » n'est pas suffisante et qu'il faut au contraire « prendre de la hauteur »⁴¹²². Le passage de la première forme d'intervention à la seconde forme d'intervention dépend donc de l'existence d'un pouvoir normatif qui se manifeste par l'intermédiaire du pouvoir incitatif. L'Autorité constate d'ailleurs qu'elle a fait « monter en puissance » son activité consultative, le nombre des avis étant désormais quasiment égal au nombre de décisions contentieuses, faisant ainsi « un usage très proactif de sa faculté nouvelle »⁴¹²³.

En définitive, cette évolution démontre que l'existence d'un pouvoir normatif est bien consubstantiellement attachée à la régulation et, s'agissant de l'Autorité de la concurrence, que le pouvoir normatif incitatif vient compenser son absence de pouvoir réglementaire.

1454. Une telle évolution peut faire l'objet d'une analyse néo-institutionnelle, ainsi que de manière plus générale les rapports entre la régulation et le pouvoir normatif non décisore. D'une part, elle confirme l'analyse de l'économie néo-institutionnelle dans la mesure où celui-ci prévoit l'existence d'« incitations réglementaires »⁴¹²⁴ visant à mettre en œuvre le régime matériel de la régulation⁴¹²⁵. D'autre part, l'analyse institutionnelle du droit permet d'envisager le droit incitatif davantage comme une extension de l'acte unilatéral à portée générale et impersonnelle plutôt que comme une disparition de celui-ci⁴¹²⁶. Le droit incitatif relève donc d'une conception étendue de la fonction de réglementation⁴¹²⁷, elle-même consubstantielle à la régulation et élément fondamental de son régime juridique.

Or, il semble, renforçant encore la cohérence de la catégorie juridique de régulation, qu'un

⁴¹²⁰ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, p. 44.

⁴¹²¹ *Ibid.*, p. 2.

⁴¹²² *Ibid.*

⁴¹²³ *Ibid.*

⁴¹²⁴ SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, p. 516.

⁴¹²⁵ GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », working paper, 2007, p. 11 ; *Adde* SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, pp. 515-516 ; *Adde* QUELIN B., RICCARDI D., « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », *op. cit.*, pp. 70-71.

⁴¹²⁶ MAZÈRES J.-A., « Préface », *op. cit.*, p. xix.

⁴¹²⁷ HECQUARD-THÉRON M., *Essai sur la notion de réglementation*, *op. cit.*, p. 8 et p. 121 et s. ; *Adde* MAZÈRES J.-A., « Préface », *op. cit.*, pp. xiv-xviii.

régime juridique émergent vise les incitations de manière relativement spécifique aux autorités de régulation, régime dont la particularité s'explique par l'idée d'œuvre de la régulation.

ii. La relative spécificité du régime juridique des incitations dans le cadre de la régulation

1455. Le rattachement de la régulation au droit incitatif par une partie de la doctrine, ainsi que l'impossibilité pour cette dernière de s'affranchir de la figure des autorités administratives indépendantes⁴¹²⁸, pose la question de savoir si, à défaut d'une synonymie entre les deux termes, il existe un rapport particulier entre la régulation et le droit incitatif en termes de régime juridique.

1456. Pour Gérard Timsit, dont les travaux s'inscrivent dans le cadre de la théorie du droit, la réponse à cette question est négative par nature puisque la régulation désigne tous les procédés juridiques non contraignants tels que les orientations, conseils, avis, recommandations⁴¹²⁹, directives⁴¹³⁰ et circulaires⁴¹³¹, etc. Ainsi, si les autorités administratives indépendantes restent une structure administrative faisant particulièrement appel à ce type d'instruments⁴¹³², il n'existe pas de régime juridique spécifique aux autorités de régulation au sens où nous l'avons précédemment déterminé. La solution semble cependant différente dans le champ du droit administratif.

1457. Dans le champ du droit administratif, la spécificité de la notion de régulation semble au contraire se traduire par l'existence d'un régime juridique relativement propre à la régulation s'agissant des incitations mises en œuvre par les autorités de régulation. Cette spécificité concerne les règles de recevabilité des recours contre ces décisions. En effet, si les incitations des autorités de régulation ne présentent pas de spécificité en ce que la question de savoir si elles font grief ou non relève du droit commun⁴¹³³, le régime du refus de prendre des incitations semble au contraire s'affranchir des règles classiques du droit administratif.

Ainsi, se fondant sur certains arrêts du Conseil d'État contraires au droit commun⁴¹³⁴, Martin Collet a d'abord mis en avant l'existence d'une certaine spécificité du régime des autorités administratives indépendantes du point de vue de la recevabilité des recours dirigés contre des

⁴¹²⁸ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.*

⁴¹²⁹ TIMSIT G., *Archipel de la norme*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1997, pp. 170-172.

⁴¹³⁰ TIMSIT G., « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996, p. 378.

⁴¹³¹ TIMSIT G., *Archipel de la norme*, *op. cit.*, pp. 178-196.

⁴¹³² TIMSIT G., « Conclusions. L'avenir des autorités administratives indépendantes. Synthèse », in J.-C. Colliard, G. Timsit (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 315-137 et pp. 318-319 ; *Adde* TIMSIT G., *Archipel de la norme*, *op. cit.*, pp. 214-215.

⁴¹³³ *V.*, récemment concernant la CRE, Arrêt du Conseil d'État, 9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies, *SA Voltalis*, du 3 mai 2011, n° 331858, Mentionné dans les tables du recueil Lebon. *V.*, par ailleurs en ce qui concerne le CSA DELZANGLES H., note sous CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, du 09 juillet 2010, *Société Canal + Distribution*, n°335336, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, n°684, mars 2011, pp. 20-22.

⁴¹³⁴ Arrêt du Conseil d'État, du 28 juillet 2000, *Dakar*, n°204025, inédit au recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, du 18 décembre 2002, *Association Promouvoir*, n°232273, publié au recueil Lebon.

actes refusant l'adoption d'actes non décisives⁴¹³⁵. Selon l'auteur, cette spécificité doit être rattachée à la particularité de la mission prise en charge par cette autorité⁴¹³⁶. L'arrêt *Association Promouvoir* relatif au CSA⁴¹³⁷ met également en avant le large pouvoir d'appréciation et à la variété des moyens dont ce dernier dispose, ainsi que la portée effective des recommandations qu'il adopte⁴¹³⁸. Or, l'association de telles caractéristiques à la régulation est aisée⁴¹³⁹ au regard de la définition de la régulation retenue précédemment.

Une telle argumentation a été reprise et généralisée par la thèse de Laurence Calandri, qui a cherché à démontrer l'existence d'une notion d'acte de régulation et ses spécificités en termes de régime juridique⁴¹⁴⁰. Si l'on peut contester l'utilisation du terme de régulation pour désigner de tels actes et lui préférer le terme d'incitations⁴¹⁴¹, l'auteur a cherché à démontrer cependant qu'il existe un régime juridique particulier des actes non contraignants adoptés uniquement par les autorités administratives indépendantes et les autorités publiques indépendantes⁴¹⁴². Ces actes présentent en effet des spécificités en termes de régime juridique et notamment en termes de contrôle juridictionnel⁴¹⁴³. L'analyse cherche alors à dégager certaines particularités en termes de recevabilité des recours dirigés contre les refus d'adopter un acte ou de les publier⁴¹⁴⁴, ou encore en matière de responsabilité⁴¹⁴⁵.

En somme, il existe une certaine spécificité du droit incitatif adopté par les autorités administratives indépendantes, voire par la catégorie spécifique des autorités de régulation.

1458. En définitive, les autorités de régulation disposent donc toutes de pouvoirs normatifs, décisives et/ou non décisives, qui les spécifient notamment par rapport aux autres autorités administratives indépendantes. Apparaît également caractéristique de la régulation l'utilisation toujours croissante d'instruments conventionnels, caractéristiques d'un pouvoir normatif quasi-bilatéral, dont l'émergence se justifie notamment pour des raisons d'efficacité économique.

⁴¹³⁵ COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 233, 2003, pp. 214-215 ; *Adde* COLLET M., « De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 47-50 ; *Adde* COLLET M., « Autorités de régulation économique : l'émergence d'une catégorie nouvelle ? », note sous CE, Section du contentieux, du 30 novembre 2007, *Tinez et a.*, n°293952, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, n°651, mars 2008, p. 12.

⁴¹³⁶ *Ibid.*

⁴¹³⁷ CE, *Association Promouvoir*, n°232273, précité.

⁴¹³⁸ COLLET M., « De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », *op. cit.*, pp. 51-52.

⁴¹³⁹ COLLET M., « Autorités de régulation économique : l'émergence d'une catégorie nouvelle ? », *article précité*, p. 12.

⁴¹⁴⁰ CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 259, 2008, pp. 379-382.

⁴¹⁴¹ *Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.*

⁴¹⁴² CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 385-480.

⁴¹⁴³ *Ibid.*, p. 553.

⁴¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 567.

⁴¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 575.

2. Le pouvoir normatif quasi-bilatéral des autorités de régulation

1459. L'expression de pouvoir normatif quasi-bilatéral peut être utilisée pour désigner les instruments unilatéraux négociés impliquant deux parties, l'autorité de régulation et l'entreprise régulée, et ayant pour effet d'engager juridiquement ces parties. L'émergence de ce type d'instruments (b) résulte directement d'une communication entre le droit et la théorie économique puisque celle-ci dérive du constat de leur pertinence en termes d'efficacité économique (a).

a. Le modèle économique du contrat comme instrument de régulation

1460. L'économie néo-institutionnelle, et c'est un facteur de sa pertinence du point de vue de la communication avec le droit, s'intéresse à l'efficacité respective des différents instruments mis en œuvre par les autorités de régulation⁴¹⁴⁶. Elle cherche ainsi à déterminer les instruments les plus crédibles aux fins de diminuer l'opportunisme du gouvernement mais aussi de l'autorité de régulation⁴¹⁴⁷, et ainsi de mieux garantir la stabilité de la réglementation sur le long terme⁴¹⁴⁸.

Le simple respect d'une procédure administrative non contentieuse n'est pas suffisant de ce point de vue, notamment dans les systèmes unitaires où celle-ci peut être aisément modifiée ou contournée par le gouvernement ou le législateur⁴¹⁴⁹. Dès lors l'économie néo-institutionnelle considère qu'il est plus pertinent d'utiliser des instruments contractuels⁴¹⁵⁰.

1461. Le modèle de référence de l'économie néo-institutionnelle s'agissant des instruments à mettre en œuvre par les autorités de régulation est le modèle de la régulation par la licence, ou, ce qui pour un économiste est tout à fait équivalent, le modèle de la régulation par le contrat⁴¹⁵¹, qui doit s'ajouter à la régulation par la réglementation⁴¹⁵². Cette solution est établie par référence au modèle anglais, qui se caractérise par la mise en œuvre concrète du cadre général par le biais de licences qui prévoient les prix, les obligations de non-discrimination, les règles de la séparation

⁴¹⁴⁶ LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », *op. cit.*, pp. 1-2 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The MIT Press, « The Walras-Pareto Lectures », 2000, pp. 57-59 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 340-341.

⁴¹⁴⁷ LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », *op. cit.*, p. 1 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 55.

⁴¹⁴⁸ HOPE E., SINGH B., « Harmonizing an effective regulation in Europe », in J.-M. Glachant, F. Lévêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, p. 97.

⁴¹⁴⁹ LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », *op. cit.*, p. 5 ; Adde DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, p. 22 ; Adde PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, *op. cit.*, pp. 206-207.

⁴¹⁵⁰ LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », *op. cit.*, pp. 7-8 ; Adde HOPE E., SINGH B., « Harmonizing an effective regulation in Europe », *op. cit.*, p. 97 ; Adde SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, p. 535.

⁴¹⁵¹ HOPE E., SINGH B., « Harmonizing an effective regulation in Europe », *op. cit.*, p. 97.

⁴¹⁵² *Ibid. V.*, également GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, p. 163, pp. 168-169 et pp. 170-173.

comptable, les obligations de portabilité, etc.⁴¹⁵³.

Le contrat est en théorie économique un accord par lequel deux parties s'engagent sur leur comportement⁴¹⁵⁴. Dès lors, les licences sont considérées comme des contrats dans la mesure où elles ne peuvent être modifiées unilatéralement ou seulement par le biais de procédures difficiles impliquant l'intervention d'une autre autorité⁴¹⁵⁵.

Or, les économistes considèrent que cette méthode est particulièrement efficace parce qu'elle permet de trouver un bon compromis entre la crédibilité et l'adaptabilité⁴¹⁵⁶. Cet instrument est en effet crédible dans la mesure où il permet aux entreprises de s'opposer aux changements les concernant⁴¹⁵⁷ et permet donc de limiter les pouvoirs du gouvernement et du régulateur⁴¹⁵⁸. Dans le même temps, cette crédibilité ne s'exerce pas au détriment de toute adaptabilité, d'une part parce qu'il existe des procédures, même strictes, pour modifier les licences⁴¹⁵⁹, et d'autre part parce que le contrat permet l'adaptation des règles générales aux cas particuliers⁴¹⁶⁰. Enfin, du point de vue incitatif, le contrat est un outil très utile dans la mesure où il permet d'obtenir des entreprises la révélation de leurs informations et donc de lutter contre les asymétries d'information existant au détriment du régulateur⁴¹⁶¹.

1462. L'économie néo-institutionnelle formule donc des propositions normatives s'agissant des instruments devant être utilisés par les autorités de régulation puisqu'elle préconise le développement des instruments contractuels. Or, une telle solution semble aujourd'hui trouver un écho croissant en droit positif, et ce même si les techniques utilisées ne relèvent pas du contrat au sens strict d'un point de vue juridique.

⁴¹⁵³ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 57-59.

⁴¹⁵⁴ BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M., « Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, p. 23.

⁴¹⁵⁵ LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », *op. cit.*, p. 20 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, p. 169.

⁴¹⁵⁶ *Ibid.* V., également DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, p. 25.

⁴¹⁵⁷ LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », *op. cit.*, pp. 20-21 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 57-59 ; Adde GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 208-210.

⁴¹⁵⁸ GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 208-210 ; Adde DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 121-124.

⁴¹⁵⁹ LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », *op. cit.*, p. 21 ; Adde NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 57-59.

⁴¹⁶⁰ DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, p. 123.

⁴¹⁶¹ PERROT A., « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 151-159.

b. L'émergence d'instruments conventionnels subsidiaires de régulation

1463. Certes, l'utilisation des instruments conventionnels n'est pas l'exclusivité de la régulation et touche le droit administratif en son entier, un rapport entier du Conseil d'État ayant été consacré à cette problématique en 2008⁴¹⁶². Cependant, même ceux qui défendent la thèse de l'absence de spécificité de la régulation de ce point de vue ne nient pas que l'instrument conventionnel est particulièrement présent en cette matière⁴¹⁶³. De ce point de vue, le choix de la qualification d'instruments conventionnels pour désigner certains procédés de la régulation doit d'abord être expliqué (i) avant que leur rattachement au régime juridique de la régulation ne soit démontré (ii).

i. La qualification d'instrument conventionnel

1464. En théorie économique, les réflexions précédentes sont fondées sur la notion de contrat. Il s'agit cependant de la notion économique de contrat, qui vise un accord par lequel deux parties s'engagent sur leur comportement⁴¹⁶⁴, qui ne se réduit donc pas à la notion juridique de contrat, plus restrictive⁴¹⁶⁵. Cette divergence entre la théorie économique et le droit conduit à des confusions puisque certains instruments considérés par les économistes comme des contrats sont en droit considérés comme des actes unilatéraux pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique⁴¹⁶⁶. Ainsi, comme le relevait l'ART elle-même, la licence, qui pour les économistes est un contrat, n'est juridiquement qu'une autorisation administrative⁴¹⁶⁷. De manière générale, à la différence de ce que préconisent les économistes, la plupart des instruments des régulateurs sont de nature unilatérale et non de nature contractuelle. L'utilisation du terme de contrat est donc, en cette matière comme en d'autres, ainsi que l'indique le Conseil d'État, un « *abus de langage* »⁴¹⁶⁸.

1465. Néanmoins, un certain nombre d'instruments unilatéraux ne sont pour autant pas réductibles à des actes administratifs unilatéraux classiques puisqu'ils se caractérisent par la volonté d'élaborer conjointement les règles de droit et ainsi de mieux garantir leur effectivité⁴¹⁶⁹. Ainsi que

⁴¹⁶² EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public, n° 59, Paris, La documentation française, 2008, pp. 5-275.

⁴¹⁶³ SÉE A., *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université de Strasbourg, 2010, pp. 228-249.

⁴¹⁶⁴ BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M., « Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », *article précité*, p. 23.

⁴¹⁶⁵ *Ibid.* V., également CHEVALLIER J., « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques » in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 150.

⁴¹⁶⁶ JAMIN C., « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 189 ; *Adde* CHEVALLIER J., « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques » *op. cit.*, p. 150.

⁴¹⁶⁷ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 37.

⁴¹⁶⁸ EDCE, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, p. 17.

⁴¹⁶⁹ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 759.

le souligne le Conseil d'État, les entreprises sont dans le domaine de la régulation particulièrement associées à la production de la norme, cette caractéristique pouvant être considérée comme propre à la régulation, celle-ci ne pouvant être efficace qu'à condition de tenir compte des « *particularités techniques et économiques évolutives dont seuls les opérateurs sont familiers* »⁴¹⁷⁰. Notamment, concernant les licences, il est certes admis qu'il s'agit non de contrats mais bien d'instruments unilatéraux, mais il est également considéré qu'il s'agit d'une « *sorte de contrat* » en raison de leurs caractéristiques⁴¹⁷¹, notamment en termes de consentement⁴¹⁷².

Ainsi, les catégories traditionnelles ont des difficultés à rendre compte de ce nouveau type d'instruments juridiques⁴¹⁷³. Le Conseil d'État, dans son rapport de 2008, a considéré que le terme de « *contrat* » était inadéquat, et a proposé d'utiliser, en se fondant sur les travaux de Léon Duguit, le terme plus large de « *convention* » pour désigner l'ensemble des actes s'apparentant à des contrats sans en être⁴¹⁷⁴. Cette qualification sera donc ici retenue s'agissant des actes formellement unilatéraux mais qui ont pour particularité d'être élaborés de manière négociée mais aussi d'engager, au moins relativement, leurs auteurs. Or, ces derniers se développent en matière de régulation.

ii. La place de l'instrument conventionnel dans le régime de l'autorité de régulation

1466. On trouve une nouvelle démonstration de la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle à propos de l'utilisation des instruments conventionnels en matière de régulation. Celle-ci connaît en effet un fort développement actuellement⁴¹⁷⁵, comme l'a relevé le Conseil d'État qui considère que cette pratique est d'une grande efficacité⁴¹⁷⁶. Il estime désormais que la « *régulation contractuelle* » devrait se développer concernant les autorités de régulation du point de vue normatif comme du point de vue contentieux⁴¹⁷⁷.

1467. En France, les prémisses de la régulation conventionnelle peuvent être trouvées dans la régulation de l'audiovisuel⁴¹⁷⁸, puisque la loi a joint aux autorisations unilatérales la conclusion d'une convention entre le CSA et l'opérateur, qui a pour objet de fixer les « *règles particulières appli-*

⁴¹⁷⁰ EDCE, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, p. 62. Dans le même sens, p. 155.

⁴¹⁷¹ NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Régulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 111-112.

⁴¹⁷² CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, « *Droit et société* », 2^{ème} Ed., 2004, p. 121.

⁴¹⁷³ PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 759.

⁴¹⁷⁴ EDCE, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, pp. 250-252.

⁴¹⁷⁵ CHEVALLIER J., « *Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques* » *op. cit.*, pp. 143-150.

⁴¹⁷⁶ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 337-338 ; Adde EDCE, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, p. 223.

⁴¹⁷⁷ EDCE, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, p. 223.

⁴¹⁷⁸ CHEVALLIER J., « *Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques* » *op. cit.*, pp. 143-150 ; Adde FRISON-ROCHE M.-A., « *Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche* », *op. cit.*, pp. 87-88.

cables au service » sur de très nombreux points et prévoit les prérogatives du CSA⁴¹⁷⁹. Selon le Conseil constitutionnel, cette solution répond « *au souci de permettre au CSA d'adapter à chaque situation particulière les règles de portée générale définies par la loi du 30 septembre 1986* »⁴¹⁸⁰. La régulation de l'audiovisuel est donc un secteur privilégié de mise en œuvre de la régulation par la convention⁴¹⁸¹.

1468. La régulation par la convention est également utilisée en matière de communications électroniques⁴¹⁸², même si elle l'est uniquement de manière subsidiaire et non de manière principale contrairement aux préconisations de l'économie néo-institutionnelle.

En effet, le droit positif est venu infirmer le modèle anglais « pur » de la régulation par la licence, l'entrée en vigueur du Paquet Télécom de 2002 ayant posé le principe de la liberté d'exercice de l'activité de communications électroniques⁴¹⁸³ et par conséquent mis fin au système d'autorisations particulières⁴¹⁸⁴. La procédure n'étant plus individualisée⁴¹⁸⁵, la régulation se fait davantage de manière générale et impersonnelle et non plus de manière conventionnelle.

Cependant, l'instrument conventionnel continue d'intervenir par exception concernant les ressources rares comme la gestion du spectre hertzien et la gestion du plan de numérotation⁴¹⁸⁶. Dans ce cas, il est possible de mettre en œuvre une autorisation individuelle⁴¹⁸⁷ qui permet d'imposer des obligations diverses aux opérateurs⁴¹⁸⁸. Or, si l'autorisation individuelle est un acte administratif unilatéral, certaines caractéristiques de son régime plaident pour sa qualification d'instrument conventionnel. En premier lieu, ces autorisations disposent d'un régime juridique particulier dans la mesure où les pouvoirs unilatéraux de l'État sont limités à leur propos⁴¹⁸⁹. Ainsi, la directive a prévu que les États membres ne pouvaient pas remettre en cause en principe les droits octroyés de manière unilatérale avant terme⁴¹⁹⁰. Ce principe n'a pas été transposé par le législateur français mais a été consacré dans une certaine mesure par le Conseil d'État qui a considéré, s'agissant des occupations du domaine public hertzien et par opposition au droit commun

⁴¹⁷⁹ Loi n° 86-1067 précitée, article 28.

⁴¹⁸⁰ Cons. Const., *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC, précité, considérant n°19.

⁴¹⁸¹ EDCE, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, op. cit., pp. 62-63.

⁴¹⁸² CHEVALLIER J., « Loi et contrat dans l'action publique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n°17, pp. 85-86.

⁴¹⁸³ Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation"), article 3.

⁴¹⁸⁴ *Ibid.*, § 8 de l'exposé des motifs et article 3.

⁴¹⁸⁵ NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, op. cit., p. 124.

⁴¹⁸⁶ Directive 2002/20 précitée, article 5. V., NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, op. cit., pp. 127-129.

⁴¹⁸⁷ Directive 2002/20 précitée, article 5. Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 1*.

⁴¹⁸⁸ NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, op. cit., pp. 142-153.

⁴¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 173.

⁴¹⁹⁰ V., Directive 2002/20 précitée, article 14§2, qui dispose que « *Les États membres ne restreignent ni ne retirent de droits afférents à la mise en place de ressources avant l'expiration de la période pour laquelle ils ont été octroyés, sauf dans des cas justifiés et, le cas échéant, en conformité avec les dispositions nationales applicables en matière de compensation pour retrait de droits* ».

des autorisations administratives d'occupation du domaine public, que celles-ci étaient créatrices de droit, ce qui vient donc limiter les pouvoirs d'abrogation au bénéfice de l'État⁴¹⁹¹. En second lieu, les dispositions relatives à la patrimonialisation de ces autorisations, notamment en ce qui concerne la possibilité de les céder, tendent également à les rapprocher des contrats⁴¹⁹².

1469. Par ailleurs, on constate le renforcement de l'utilisation d'instruments conventionnels en matière électrique, notamment depuis l'adoption de la directive 2009/72. Les exemples les plus significatifs de ces méthodes sont les différentes hypothèses d'engagements s'imposant au gestionnaire de réseau.

En premier lieu, les sociétés gestionnaires des réseaux de transport et de distribution doivent être agréées et désignées par l'autorité administrative, sous le contrôle de la Commission européenne⁴¹⁹³. Cette certification est un acte unilatéral et non un contrat, en témoignent les pouvoirs unilatéraux de la CRE en ce domaine⁴¹⁹⁴, mais elle peut s'apparenter à un instrument conventionnel, notamment dans la mesure où l'octroi de la certification peut être assorti d'obligations à la charge du gestionnaire consistant à prendre dans un délai fixé diverses mesures organisationnelles destinées à garantir son indépendance⁴¹⁹⁵.

En second lieu, et surtout, le gestionnaire du réseau de transport doit adopter un programme d'engagements s'agissant de ses obligations en matière d'accès au réseau. Cet instrument a fait l'objet d'un renforcement progressif. Prévu par la directive 2003/54, ce dispositif consistait initialement en l'adoption d'un programme d'engagement et la présentation d'un rapport annuel à l'autorité de régulation présentant les mesures adoptées⁴¹⁹⁶. Ce dispositif a été renforcé de manière significative par la directive 2009/72, puisque le programme d'engagement est cette fois soumis à l'approbation de l'autorité de régulation⁴¹⁹⁷. Ainsi, le Code de l'énergie a prévu l'adoption d'un code de bonne conduite approuvé par la CRE réunissant les mesures d'organisation prises pour prévenir les risques de pratiques discriminatoires⁴¹⁹⁸. Un tel code de bonne conduite s'apparente à une convention au sens qui a été indiqué précédemment.

1470. Enfin, ce mouvement s'étend aux autres autorités de régulation, qui utilisent également des instruments conventionnels, de façon peut être plus significative encore⁴¹⁹⁹.

⁴¹⁹¹ Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 30 juin 2006, n°289564, *France Télécom*, Publié au recueil Lebon.

⁴¹⁹² Cf. *Partie 2, Titre 1, Chapitre 1*.

⁴¹⁹³ Directive 2009/72 précitée, article 10 ; *Adde* Code de l'énergie, articles L. 111-2 à L. 111-6.

⁴¹⁹⁴ Code de l'énergie, article L. 111-4.

⁴¹⁹⁵ *Ibid.*, article L. 111-3.

⁴¹⁹⁶ Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, article 10, d) pour le transport et article 15, d) pour la distribution.

⁴¹⁹⁷ Directive 2009/72 précitée, article 21§1.

⁴¹⁹⁸ Code de l'énergie, articles L. 111-22 et L. 111-23. Pour le gestionnaire du réseau de distribution, article L. 111-61.

⁴¹⁹⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 87-88.

C'est d'abord le cas de l'Autorité de la concurrence, qui, en utilisant de plus en plus d'instruments de type conventionnel, se rapproche des autorités de régulation sectorielle ainsi que le souligne la doctrine universitaire⁴²⁰⁰ mais également le Conseil d'État dans son rapport public de 2008⁴²⁰¹. Le rapport de l'Autorité de la concurrence de 2009 a d'ailleurs consacré une étude thématique à cette évolution, considérant le contrat comme un « *instrument de la régulation concurrentielle* »⁴²⁰². L'Autorité de la concurrence relève à ce propos que « *se font jour (...) des procédés alternatifs ou complémentaires, qui font appel à des discussions avec les entreprises. Le terme de contrat est impropre mais la technique emprunte certaines caractéristiques propres à l'instrument contractuel* »⁴²⁰³ en ce qu'ils sont fondés sur la discussion et la négociation avec les entreprises⁴²⁰⁴. Ainsi que le relève l'Autorité, ces « *procédures négociées permettent donc de « contractualiser » les relations entre l'autorité de concurrence et les entreprises mais ne consacrent pas la conclusion de contrats au sens civiliste du terme* »⁴²⁰⁵. Il s'agit donc d'instruments conventionnels au sens qui a été retenu ici.

Sont alors visés ici, au moins en ce qui concerne les outils permettant de poser des règles en même temps que de les sanctionner, les engagements pris dans le cadre de procédures de concentrations⁴²⁰⁶, les programmes d'engagement qui peuvent se voir reconnaître une force exécutoire par l'autorité⁴²⁰⁷ ou les procédures de non contestation des griefs par lesquelles les entreprises s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir⁴²⁰⁸. Sur ce point, il a déjà été démontré de quelle manière la procédure d'engagement participait de la régulation *ex ante* de l'Autorité de la concurrence et par voie de conséquence du rapprochement entre autorités de régulation sectorielle et Autorité de la concurrence⁴²⁰⁹.

Un tel système a par ailleurs été étendu à d'autres autorités de régulation, notamment à HADOPI, qui dispose du pouvoir d'accepter des engagements pris par les parties dans le cadre de sa mission de régulation des mesures techniques⁴²¹⁰. La convention tend donc à devenir un élément commun du régime juridique des autorités de régulation.

1471. En définitive, il résulte de l'analyse que le régime juridique de la régulation se caractérise

⁴²⁰⁰ LASSERRE B., « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 239-251 ; Adde PERROT A., « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », *op. cit.*, pp. 151-159 ; Adde GALANIS T., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, *op. cit.*, pp. 250-252 ; Adde BENZONI L., « Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des opérateurs. Un point de vue économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, p. 51

⁴²⁰¹ EDCE, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, pp. 64-65.

⁴²⁰² AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, p. 89.

⁴²⁰³ *Ibid.*, p. 98.

⁴²⁰⁴ *Ibid.*, p. 96.

⁴²⁰⁵ *Ibid.*, p. 103.

⁴²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 97-98.

⁴²⁰⁷ *Ibid.*, 100.

⁴²⁰⁸ *Ibid.*

⁴²⁰⁹ *Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.*

⁴²¹⁰ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32.

d'abord par l'attribution à ces autorités d'un pouvoir normatif prenant trois formes cumulatives ou alternatives : un pouvoir réglementaire, un pouvoir incitatif et un pouvoir conventionnel. Ces différentes attributions, qui tendent à converger pour construire un régime juridique homogène de la régulation, se combinent pour réaliser une facette essentielle de celle-ci, préciser *a priori* les règles du jeu. À cet aspect s'ajoute la convergence des instruments contentieux mis en œuvre par les autorités de régulation.

B. La convergence des instruments contentieux des autorités de régulation

1472. Les autorités de régulation disposent dans un second temps de fonctions contentieuses, c'est-à-dire du pouvoir non juridictionnel de trancher des litiges⁴²¹¹. Toutes disposent en effet, au minimum, d'un pouvoir de sanction dont l'objet est de mettre en œuvre le droit objectif (1). Elles disposent également d'un pouvoir de règlement de différends lorsqu'elles doivent sanctionner l'attribution de droits subjectifs, à l'exception de l'Autorité de la concurrence (2).

1. Le pouvoir de sanction administrative : la régulation objective

1473. Les autorités de régulation mettent toutes en œuvre un pouvoir de sanction (a), accompagné de pouvoirs accessoires convergents (b).

a. L'exercice d'un pouvoir de sanction par les autorités de régulation

1474. Les autorités de régulation présentent une structure particulière du point de vue de la séparation des pouvoirs en ce qu'elles cumulent des prérogatives normatives et contentieuses (i). Toutes les autorités de régulation exercent en effet un pouvoir de sanction (ii).

i. La spécificité des autorités de régulation du point de vue de la séparation des pouvoirs

1475. Les autorités de régulation apparaissent d'un certain point de vue comme des anomalies constitutionnelles puisqu'elles exercent des prérogatives qui sont habituellement dissociées, c'est-à-dire d'une part un pouvoir normatif, notamment par l'intermédiaire du pouvoir réglementaire, et d'autre part un pouvoir contentieux, notamment par l'intermédiaire du pouvoir de sanction administrative⁴²¹². Le Conseil constitutionnel a pour autant admis cette construction.

⁴²¹¹ QUILICHINI P., « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, 2004, pp. 1062-1063.

⁴²¹² GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 84-86 ; *Adde* TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 192 ; *Adde* AUTIN J.-L., « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », *op. cit.*, p. 444.

D'une part, saisi de la constitutionnalité de l'attribution d'un pouvoir de sanction aux autorités de régulation au nom de la séparation des pouvoirs entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire⁴²¹³, le Conseil constitutionnel a estimé que « *la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission* »⁴²¹⁴. D'autre part, saisi de l'argument selon lequel l'attribution d'un pouvoir de sanction administrative contreviendrait à la séparation des pouvoirs en ce que l'autorité disposerait alors à la fois d'un pouvoir normatif et contentieux, le Conseil a évité d'y répondre et considéré implicitement que le problème ne se posait pas⁴²¹⁵, en considérant que « *le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction* »⁴²¹⁶. Ces principes ont été récemment confirmés à propos d'HADOPI⁴²¹⁷.

1476. En définitive, la particularité d'une autorité de régulation est qu'elle dispose du pouvoir de prononcer des sanctions à la différence de beaucoup d'autres autorités administratives indépendantes⁴²¹⁸. En effet, la régulation a ceci de spécifique qu'elle rend nécessaire une sanction *ex post* des règles posées *ex ante*, conformément à l'analyse néo-institutionnelle du droit⁴²¹⁹. Ce pouvoir contentieux donne alors aux autorités de régulation un de leurs traits les plus particuliers, à savoir qu'elles disposent de prérogatives que la doctrine qualifie de « *quasi-juridictionnelles* »⁴²²⁰. Les autorités de régulation présentent donc une figure particulière du point de vue de la séparation des pouvoirs qui les spécifie en tant que catégorie juridique propre du droit administratif.

ii. Les différents pouvoirs de sanction des autorités de régulation

1477. Les autorités de régulation disposent d'un pouvoir de sanction qui, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, répond à ce qui est nécessaire pour l'exercice de leur

⁴²¹³ Cons. Const., *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC, précité, considérants n° 23 et 24.

⁴²¹⁴ *Ibid.*, considérant n°27.

⁴²¹⁵ TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 190 ; Adde GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 84-86.

⁴²¹⁶ Cons. Const., *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, considérant n°6. *V.*, également, concernant spécifiquement l'ARCEP, Cons. Const., *Loi de réglementation des télécommunications*, n° 96-378 DC, précité, considérant n°12.

⁴²¹⁷ Décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, considérant n°16.

⁴²¹⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 84-86.

⁴²¹⁹ *Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.*

⁴²²⁰ TEITGEN-COLLY C., « Les instances de régulation et la Constitution », *article précité*, p. 190 ; Adde GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 53 ; Adde POCHARD M., « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », in *Les sanctions administratives*, *AJDA*, 2001, numéro spécial, pp. 106-110.

mission⁴²²¹. Celui-ci a pour caractéristique de varier fortement selon l'autorité dont il s'agit⁴²²². D'une manière générale, ce pouvoir de sanction vise soit à prononcer des sanctions pécuniaires soit à prononcer des sanctions privatives de droit⁴²²³.

1478. En ce qui concerne la régulation des communications électroniques, le Code des postes et des communications électroniques donne à l'ARCEP le pouvoir de sanctionner les dispositions du code, la réglementation édictée par l'autorité de régulation elle-même, ou encore les décisions résultant du pouvoir de règlement de différends⁴²²⁴.

1479. En ce qui concerne la CRE, dans le même sens⁴²²⁵, la loi de 2000 lui attribuait le pouvoir de sanctionner les manquements des gestionnaires de réseau de transport et de distribution ainsi que des différents opérateurs et exploitants⁴²²⁶. Suite à l'adoption de la nouvelle directive électricité qui insiste à de très nombreuses reprises sur la nécessité pour l'autorité de régulation de prononcer des sanctions efficaces⁴²²⁷, le Code de l'énergie a renforcé le pouvoir de sanction de la CRE. Celle-ci peut désormais sanctionner les gestionnaires de réseau de transport et de distribution, mais également les fournisseurs d'électricité, pour les manquements à leurs obligations⁴²²⁸, sanctionner les abus de droit d'accès à l'électricité nucléaire historique ou au contraire les entraves à l'exercice de ce droit⁴²²⁹, sanctionner les obligations de communication des informations⁴²³⁰, sanctionner les manquements aux règles d'indépendance des gestionnaires de réseau⁴²³¹, et enfin sanctionner le respect de ses propres décisions⁴²³². Son pouvoir de sanction a donc été accru.

1480. Les autres autorités de régulation disposent également du pouvoir de prendre des sanctions administratives. C'est ainsi le cas, sans qu'il soit nécessaire de le détailler, du CSA⁴²³³, de l'AMF⁴²³⁴, de l'ARAF⁴²³⁵, de l'ARJEL⁴²³⁶, et enfin de l'Autorité de la concurrence⁴²³⁷.

S'agissant d'HADOPI, il est significatif de noter que l'attribution d'un pouvoir de sanction dépend de la compétence dont il s'agit. En effet, l'autorité ne dispose pas d'un pouvoir de

⁴²²¹ Cons. Const., *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC, précité, considérant n°27.

⁴²²² MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 111.

⁴²²³ *Ibid.*

⁴²²⁴ CPCE, article L. 36-11.

⁴²²⁵ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 113.

⁴²²⁶ Modifié par l'article 11 de la loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006.

⁴²²⁷ Directive 2009/72 précitée, § 37 et 38 de l'exposé des motifs et article 3.

⁴²²⁸ Code de l'énergie, article L. 134-25.

⁴²²⁹ *Ibid.*, article L. 134-26.

⁴²³⁰ *Ibid.*, article L. 134-29.

⁴²³¹ *Ibid.*, article L. 134-30.

⁴²³² *Ibid.*, article L. 134-28.

⁴²³³ Loi n° 86-1067 précitée, articles 42-1, 48-2, 28, 33-1.

⁴²³⁴ C. Mon. Fin., article L. 621-15.

⁴²³⁵ Code des transports, article L. 2135-7.

⁴²³⁶ Loi n°2101-476 précitée, articles 43 et 44.

⁴²³⁷ C. Com., articles L. 462-6, L. 464-2 et L. 464-3.

sanction mais seulement de recommandation s'agissant de sa mission de protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur⁴²³⁸, suite à la décision du Conseil constitutionnel ayant considéré que l'interruption du droit d'accès à internet ne pouvait être prononcée que par un juge en raison notamment du caractère non limité des personnes soumises à ce contrôle⁴²³⁹. En revanche, concernant sa mission de régulation des mesures techniques, HADOPI dispose d'un pouvoir de sanction pour assurer le respect de ses décisions⁴²⁴⁰. Ainsi, l'exercice d'un pouvoir de sanction semble bien associé à la mission de régulation.

1481. Le régime juridique de la régulation se caractérise donc par un pouvoir de sanction nécessairement limité à l'ordre public économique dont l'autorité a la charge. En outre, le régime juridique accessoire à ce pouvoir de sanction tend également à converger.

b. La convergence des pouvoirs accessoires au pouvoir de sanction

1482. Le régime juridique des autorités de régulation est en outre convergent en ce qui concerne l'attribution de pouvoirs accessoires au pouvoir de sanction. Notamment, on constate un rapprochement des différentes autorités de régulation s'agissant du pouvoir d'auto-saisine d'une part (i) et des pouvoirs d'obtention d'informations et d'enquête d'autre part (ii).

i. L'attribution d'un pouvoir d'auto-saisine

1483. La faculté d'auto-saisine apparaît comme un élément convergent du régime juridique des autorités de régulation⁴²⁴¹. Elle est en effet parfaitement logique au regard de la notion de régulation⁴²⁴² dans la mesure où celle-ci ne se limite pas à une intervention au coup par coup mais est une mission de supervision permanente. Dès lors, le pouvoir d'auto-saisine se voit reconnaître pour l'ensemble des autorités de régulation, comme l'AMF⁴²⁴³, l'ARCEP⁴²⁴⁴, la CRE⁴²⁴⁵, le CSA⁴²⁴⁶, l'ARAF⁴²⁴⁷, l'ARJEL⁴²⁴⁸, HADOPI⁴²⁴⁹. De ce point de vue, l'attribution récente d'un pouvoir

⁴²³⁸ Code de la propriété intellectuelle, articles L. 331-25 et s.

⁴²³⁹ Cons. Const., *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n°2009-580 DC, précité, considérant n°16. *Cf. Infra.*

⁴²⁴⁰ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32.

⁴²⁴¹ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 82-83.

⁴²⁴² FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 99 ; *Adde* COLLET M., « De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », *op. cit.*, p. 45.

⁴²⁴³ C. Mon. Fin., article L. 621-15.

⁴²⁴⁴ CPCE, article L. 36-11.

⁴²⁴⁵ Code de l'énergie, article L. 134-25. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 40.

⁴²⁴⁶ Loi n° 86-1067, articles L. 42-1 et s.

⁴²⁴⁷ Code des transports, article L. 2135-7.

⁴²⁴⁸ Loi n° 2010-476 précitée, article 43.

⁴²⁴⁹ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32.

d'auto-saisine à l'Autorité de la concurrence⁴²⁵⁰ est un facteur tout à fait fondamental de rapprochement de l'Autorité de concurrence et des autorités de régulation sectorielle⁴²⁵¹.

1484. Sur ce point, il faut souligner que dans un arrêt important rendu en 2009 à propos de la procédure contentieuse suivie devant la Commission bancaire, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, à propos de la jurisprudence du Conseil d'État et alors même que cela n'apparaît pas expressément dans les arrêts en question⁴²⁵², que celui-ci avait admis la faculté d'auto-saisine « *en la justifiant par la particularité des autorités administratives indépendantes dans leur rôle de régulation des marchés* »⁴²⁵³. Il est tout à fait fondamental de noter que la Cour européenne des droits de l'homme fait donc référence expressément dans sa jurisprudence à la notion de régulation des marchés et y associe explicitement le pouvoir d'auto-saisine, en se fondant elle-même sur la jurisprudence du Conseil d'État. L'auto-saisine apparaît donc comme un élément de régime associé directement à la fonction de régulation.

ii. L'attribution des pouvoirs d'obtention d'informations et d'enquête

1485. En théorie économique, les autorités de régulation sont considérées comme des organisations pertinentes afin de lutter contre les asymétries d'information⁴²⁵⁴. Ainsi, un pouvoir important dans le cadre de la régulation est celui d'obtenir des informations et pour ce faire de disposer d'un pouvoir d'enquête⁴²⁵⁵.

Ainsi, les autorités de régulation sectorielle disposent d'un pouvoir très étendu pour recueillir des informations et procéder à des enquêtes puisqu'y est associé un pouvoir de contrôle sur pièce et sur place, de convocation, etc., comme on le constate aussi bien pour l'ARCEP⁴²⁵⁶, la CRE⁴²⁵⁷, le CSA⁴²⁵⁸, l'ARJEL⁴²⁵⁹, l'AMF⁴²⁶⁰, HADOPI⁴²⁶¹, les modalités de ce contrôle étant de plus en plus renforcées et détaillées dans la législation comme le montrent les exemples de

⁴²⁵⁰ C. Com., article L. 462-5.III.

⁴²⁵¹ DAHAN T., LEMAIRE C., « Portrait de l'Autorité en jeune fille. L'Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ », *RJEP*, n°683, février 2011, pp. 3-10.

⁴²⁵² Cf. *Infra*.

⁴²⁵³ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 11 juin 2009, *Dubus S.A contre France*, Requête n°5242/04, § 69.

⁴²⁵⁴ REY P., « Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 17-28.

⁴²⁵⁵ GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 60-68 ; Adde FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 79-80.

⁴²⁵⁶ CPCE, articles L. 36-13 et L. 32-4.

⁴²⁵⁷ Code de l'énergie, articles L. 135-1 à 135-11. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 28.

⁴²⁵⁸ Loi n° 86-1067 précitée, article 19.

⁴²⁵⁹ Loi n° 2010-476 précitée, article 42.

⁴²⁶⁰ C. Mon. Fin., article L. 621-9.

⁴²⁶¹ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-21.

l'ARAF⁴²⁶² et nouvellement de la CRE⁴²⁶³.

De ce point de vue, la réforme de l'Autorité de la concurrence constitue une nouvelle preuve du rapprochement entre le régime de cette autorité et le régime d'une autorité de régulation. En effet, si le Code de commerce prévoyait déjà l'existence d'un pouvoir d'enquête au bénéfice du Conseil de la concurrence⁴²⁶⁴, celui-ci a été considérablement renforcé par la loi de modernisation de l'économie⁴²⁶⁵. Celle-ci a en effet transféré à l'Autorité de la concurrence des services d'instruction ayant la compétence pour procéder à toutes les investigations nécessaires, alors que jusqu'à présent ces services appartenaient à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et donc à l'autorité ministérielle⁴²⁶⁶. Désormais, ce sont les propres agents de l'autorité qui vont pouvoir procéder à des vérifications sur pièce et sur place⁴²⁶⁷ suivant une procédure très encadrée⁴²⁶⁸. Pour l'autorité, « l'ensemble des compétences » est désormais intégré « dans une même institution afin d'assurer l'efficacité de la régulation de la concurrence »⁴²⁶⁹.

En définitive, l'attribution de pouvoirs permettant d'obtenir des informations semble caractériser l'ensemble des autorités de régulation. Cela apparaît donc comme un élément du régime juridique de la régulation associé au pouvoir de sanction. Enfin, on constate un mouvement de convergence des pouvoirs accessoires au pouvoir de sanction, mais dans une moindre mesure, également par l'utilisation d'instruments conventionnels en matière de sanctions.

iii. L'utilisation d'instruments conventionnels dans le cadre du pouvoir de sanction

1486. Une autre manifestation de la convergence entre autorités de régulation se trouve dans l'utilisation de plus en plus importante d'instruments conventionnels dans le cadre du pouvoir de sanction administrative. On peut signaler ici les procédures de clémence et d'engagement utilisées par l'Autorité de la concurrence⁴²⁷⁰ et HADOPI dans le cadre de sa mission de régulation des mesures techniques⁴²⁷¹. Des pouvoirs de ce type ont été attribués à l'Autorité des marchés financiers, qui dispose désormais d'un pouvoir de « composition administrative »⁴²⁷² qui permet d'échapper à la reconnaissance de la culpabilité à condition de payer une amende et de s'engager à remettre

⁴²⁶² Code des transports, articles L. 2135-1 et s.

⁴²⁶³ Code de l'énergie, articles L. 135-1 à L. 135-11.

⁴²⁶⁴ C. Com., articles L. 450-1 et s.

⁴²⁶⁵ POÉSY R., « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 350.

⁴²⁶⁶ C. Com., article L. 461-4.

⁴²⁶⁷ *Ibid.*, article L. 450-3.

⁴²⁶⁸ *Ibid.*, articles L. 450-4 et s.

⁴²⁶⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2008, p. 34.

⁴²⁷⁰ C. Com., article L. 464-2.

⁴²⁷¹ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32.

⁴²⁷² C. Mon. Fin., article L. 621-14-1.

les situations dans l'état antérieur⁴²⁷³. En toute hypothèse, la multiplication de ce type de dispositifs est souhaitée par le rapport Gélard car il permet une meilleure efficacité de la régulation dans son volet répressif⁴²⁷⁴.

1487. Les autorités de régulation disposent donc d'un pouvoir de sanction administrative, qui vise à mettre en œuvre le droit objectif porté par l'institution. En outre, les autorités de régulation sectorielles ont un pouvoir de règlement de différends, dont l'objet est de sanctionner l'attribution de droits subjectifs, pouvoir dont ne dispose pas à ce jour l'Autorité de concurrence en raison de son enracinement historique dans la fonction de police.

2. Le pouvoir de règlement de différends : la régulation subjective

1488. Un élément convergent et spécifique du régime des autorités de régulation est le pouvoir de règlement de différends dont disposent la plupart des autorités de régulation sectorielle (a). L'Autorité de la concurrence, s'inscrivant encore en cela dans sa forme antérieure d'autorité de police, ne dispose pas encore d'une telle prérogative au sens strict même si certaines évolutions peuvent être soulignées (b).

a. La régulation subjective des autorités de régulation sectorielle par le pouvoir de règlement de différends

1489. L'attribution d'un pouvoir de règlement de différends semble un élément convergent du régime juridique de la régulation sectorielle (i). Celui-ci peut faire l'objet d'une analyse néo-institutionnelle du droit en ce qu'il vise à sanctionner des droits subjectifs (ii).

i. La convergence par l'attribution d'un pouvoir de règlement de différends

1490. Le pouvoir de règlement de différends attribué aux autorités de régulation est sans doute l'illustration la plus manifeste de l'exercice par celles-ci d'une fonction quasi-juridictionnelle⁴²⁷⁵. De ce point de vue, il est tout à fait significatif de souligner que l'ARCEP elle-même a qualifié ce

⁴²⁷³ V., sur cette procédure CELLUPICA N., OUDIN C. J., « Le pouvoir de composition de l'Autorité des marchés financiers. Vers une contractualisation de la répression en matière boursière », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 157-169.

⁴²⁷⁴ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 57, recommandation n°2.

⁴²⁷⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 269-287 ; Adde JEULAND E., « Régulation et théorie générale du procès », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2005, p. 257 ; Adde LACABARATS A., « Articulation du règlement des différends par le régulateur et par le juge du contrôle », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 253-256 ; Adde MARIMBERT J., « L'office des autorités de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, pp. 73-78.

pouvoir de « *compétence quasi-juridictionnelle* »⁴²⁷⁶. Cette qualification apparaît pertinente. D'une part, les décisions rendues par les autorités de régulation sur le fondement de ce pouvoir ne sont pas des décisions juridictionnelles mais bien « *des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique* » ainsi que l'a posé le Conseil constitutionnel⁴²⁷⁷, c'est-à-dire des actes administratifs. D'autre part, cependant, le pouvoir dont il s'agit est bien un pouvoir de trancher des litiges en ce sens qu'il a pour objet de départager des droits subjectifs, et s'apparente donc fonctionnellement, quoique non formellement, à une fonction juridictionnelle.

1491. Or, l'attribution d'un pouvoir de règlement des litiges apparaît aujourd'hui comme un élément convergent du régime juridique des autorités de régulation, et lui semble spécifiquement attaché. Ceci est d'ailleurs d'autant plus vrai qu'est attribué à certaines autorités le pouvoir original de statuer, dans le cadre des règlements de différends, non pas seulement en droit mais également en équité, ce qui est un procédé particulièrement inhabituel en droit français et qui s'impose donc comme assez spécifique à la catégorie juridique de régulation⁴²⁷⁸. C'est ainsi le cas de l'ARCEP⁴²⁷⁹, du CSA⁴²⁸⁰ ou de l'ARAF⁴²⁸¹. La référence à l'équité vient en outre de faire son apparition pour la CRE concernant l'ARENH⁴²⁸². Le recours à l'équité s'ajoute donc au règlement de différends pour constituer un régime juridique particulier aux autorités de régulation.

1492. Le pouvoir de règlement de différends a d'abord été attribué à l'ARCEP, qui dispose du pouvoir de régler les différends relatifs à l'accès aux réseaux⁴²⁸³, au partage des installations, à l'exécution des conventions d'itinérance locale, aux conditions d'accès au réseau des collectivités locales, etc.⁴²⁸⁴. Ce pouvoir a enfin été récemment étendu par l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 transposant le nouveau paquet Télécom, qui a attribué à l'ARCEP la compétence pour régler les différends entre les opérateurs de réseau et les entreprises fournissant des services de communication au public en ligne⁴²⁸⁵.

Ont donc été attribués à l'ARCEP des pouvoirs particulièrement larges afin de régler les litiges entrant dans le cadre de ses compétences. De ce point de vue, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de préciser dans sa jurisprudence que ce pouvoir de règlement de différends ne pouvait se contenter de mettre en œuvre des conciliations, mais devait avoir une

⁴²⁷⁶ Décision n° 05-0929 de l'Arcep en date du 8 novembre 2005 se prononçant sur un différend opposant la société Bouygues Telecom à la société Orange France, p. 31.

⁴²⁷⁷ Cons. Const., *Loi de réglementation des télécommunications*, n° 96-378 DC, précité, considérant n° 21.

⁴²⁷⁸ Y compris à ceux qui nient la spécificité de la fonction de régulation. V., SÉE A., *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique, op. cit.*, pp. 395-403.

⁴²⁷⁹ CPCE, article L. 36-8.

⁴²⁸⁰ Loi n° 86-1067 précitée, articles 3-1 et 17-1.

⁴²⁸¹ Code des transports, articles L. 2122-9 et L. 2131-4.

⁴²⁸² Code de l'énergie, article L. 336-9.

⁴²⁸³ CPCE, article L. 36-8. I.

⁴²⁸⁴ *Ibid.*, article L. 36-8. II.

⁴²⁸⁵ Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 précitée, article 17.

véritable portée contraignante afin de trancher des litiges⁴²⁸⁶.

1493. Ensuite, un pouvoir de règlement de différends a été attribué sur le modèle de l'ARCEP à la CRE⁴²⁸⁷, conformément à ce qu'exigeait la directive 2003/54 prévoyant que l'autorité devait pouvoir agir « *en tant qu'autorité de règlement du litige* » pour tout grief portant sur les questions d'accès au réseau⁴²⁸⁸, principe aujourd'hui largement repris par la directive 2009/72⁴²⁸⁹. La CRE a fait une utilisation extensive de son pouvoir de règlement de différends, afin de suppléer aux limites de ses pouvoirs par ailleurs.

D'une part, la CRE a interprété, parfois trop⁴²⁹⁰, largement son pouvoir de règlement de différends puisqu'elle a étendu sa compétence y compris aux contrats non mentionnés par la loi⁴²⁹¹, quels que soient les manquements constatés⁴²⁹². Elle s'est également reconnue compétente pour les litiges relatifs aux contrats de responsable d'équilibre⁴²⁹³, pour l'accès aux données de comptage⁴²⁹⁴, et est également aujourd'hui compétente pour les litiges relatifs au respect des règles d'indépendance du gestionnaire de transport⁴²⁹⁵. En revanche, elle s'est déclarée incompétente pour les lites concernant EDF en tant que producteur⁴²⁹⁶, s'agissant notamment des litiges relatifs

⁴²⁸⁶ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 18 mars 2010, *Rosalba Alassini contre Telecom Italia SpA (C-317/08)*, *Filomena Califano contre Wind SpA (C-318/08)*, *Lucia Anna Giorgia Iacono contre Telecom Italia SpA (C-319/08)* et *Multiservice Srl contre Telecom Italia SpA (C-320/08)*, Affaires jointes C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08, § 35.

⁴²⁸⁷ Code de l'énergie, articles L. 134-19 à L. 134-23. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 33.

⁴²⁸⁸ Directive 2003/54 précitée, article 23§5.

⁴²⁸⁹ Directive 2009/72 précitée, § 38 et 42 de l'exposé des motifs, article 3§7, et articles 32.2, 37.3 b), 37.4 e) et 37.11.

⁴²⁹⁰ *V.*, Décision de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), en date du 5 juin 2003, se prononçant sur un différend qui oppose Monsieur Michel PESTKA à EDF, p. 6. La CRE est allée très loin puisqu'elle a considéré pouvoir régler les litiges entre le gestionnaire de réseau et un client non éligible avant que la loi n'en décide autrement. Cette question n'a cependant plus d'autre intérêt qu'un intérêt historique.

⁴²⁹¹ Décision de la Commission de régulation de l'électricité (CRE) en date du 12 décembre 2002 se prononçant sur le différend qui oppose la société AESM à ELECTRICITE DE FRANCE sur la conclusion d'un contrat d'achat d'électricité, p. 6.

⁴²⁹² Décision de la Commission de régulation de l'électricité (CRE) en date du 30 mai 2002 se prononçant sur le différend qui oppose la société DOUNOR à ELECTRICITE DE FRANCE, en tant que gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité, relatif à l'exécution d'un contrat d'accès au réseau public, p. 6 ; *Adde* Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 22 juillet 2004 se prononçant sur un différend relatif au raccordement au réseau public de distribution d'un ensemble de sept maisons d'habitation qui oppose la société JMF IMMO à Électricité de France (EDF), pp. 7-8.

⁴²⁹³ Décision de la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE), en date du 6 février 2003, sur un différend qui oppose la Société Nationale d'Électricité et de Thermique (SNET) à Réseau de Transport d'Électricité (RTE), gestionnaire du réseau public de transport d'électricité, relatif aux modalités d'exécution du contrat de responsable d'équilibre de la SNET.

⁴²⁹⁴ Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 5 octobre 2006 se prononçant sur un différend qui oppose le Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIP-PEREC) à Électricité de France (EDF), relatif à la communication de données de comptage, pp. 10-11 ; *Adde* Décision du CoRDiS de la CRE en date du 2 octobre 2009 sur le différend qui oppose les sociétés Tembec Tarascon et Bioenerg à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF), relatif au comptage de l'électricité injectée par les installations de production des sociétés Tembec Tarascon et Bioenerg.

⁴²⁹⁵ Code de l'énergie, article L.134-19.

⁴²⁹⁶ Décision de la CRE *AESM contre ELECTRICITE DE FRANCE* précitée, p. 6.

à l'obligation d'achat⁴²⁹⁷ et des litiges relevant du droit commun de la concurrence⁴²⁹⁸.

D'autre part, la CRE a fait une utilisation extensive de son pouvoir du point de vue substantiel. Outre la sanction classique du droit d'accès et de raccordement aux réseaux de transport et de distribution⁴²⁹⁹, la CRE a par exemple pu censurer les dispositions d'un contrat d'accès au réseau qui limitait la responsabilité du gestionnaire de réseau vis-à-vis des clients finals et qui prévoyait une procédure de règlement amiable des conflits dans un délai trop restrictif pour contrariété avec le code de la consommation⁴³⁰⁰, décision qui ne fut pas respectée par ERDF ce qui donna lieu à l'édition d'une sanction⁴³⁰¹. Cependant, elle a refusé d'aller jusqu'à adopter, ne serait qu'à titre provisoire, une tarification relevant de la compétence ministérielle⁴³⁰².

1494. Sur le même modèle a ensuite été attribué un pouvoir de règlement de différends à l'ARAF, celle-ci pouvant être saisie par toute personne autorisée à demander des capacités d'infrastructure ferroviaire ou tout gestionnaire d'infrastructure pour sanctionner tout traitement inéquitable, toute pratique discriminatoire et plus généralement tout préjudice lié à l'accès au réseau ferroviaire⁴³⁰³. L'attribution d'un tel pouvoir apparaît ici caractéristique de la centralisation de la régulation dans les mains de l'autorité indépendance puisque le pouvoir de régler les différends appartenait auparavant à l'autorité ministérielle⁴³⁰⁴.

1495. Ainsi, l'exercice d'un pouvoir de règlement de différends est une prérogative qui a d'abord été attribuée aux autorités de régulation des industries de réseau pour régler les litiges relatifs à l'accès. Cependant, ce pouvoir s'étend aujourd'hui aux autres autorités de régulation sectorielle⁴³⁰⁵.

En premier lieu, un tel pouvoir de règlement de différends a été attribué au CSA. Depuis

⁴²⁹⁷ Décision de la Commission de régulation de l'énergie en date du 6 novembre 2003 se prononçant sur un différend, qui oppose la Société du parc éolien de La Conque et la Société du parc éolien des Quatre Bornes à Électricité de France (EDF) et à la Coopérative d'électricité de Saint-Martin-de-Londres (CESML), relatif aux conditions de raccordement de leurs installations de production d'électricité au réseau public de distribution, p. 12 ; *Adde* Décision de la Commission de régulation de l'énergie en date du 16 février 2005 se prononçant sur le différend qui oppose la société SA COLOMBIE et Fils à Électricité de France sur la conclusion d'un contrat d'achat d'électricité.

⁴²⁹⁸ Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 4 juin 2004 se prononçant sur un différend qui oppose la société Clariant Huningue à la SAEML Hunélec relatif aux conditions financières d'acheminement de l'énergie électrique pour son usine de fabrication de produits chimiques, p. 11.

⁴²⁹⁹ *V.*, en dernière analyse Décision du CoRDIS de la CRE en date du 22 juin 2011 sur le différend qui oppose la société Vol-V Solar à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif aux conditions de raccordement de six installations de production photovoltaïque au réseau public de distribution d'électricité.

⁴³⁰⁰ Décision du CoRDIS en date du 7 avril 2008 sur les différends qui opposent respectivement les sociétés Direct Energie, Gaz de France, Electrabel France et Poweo, à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF), relatifs à la signature d'un contrat GRD-F.

⁴³⁰¹ Décision du Directeur général de la CRE en date du 26 mars 2010 portant mise en demeure de la société ERDF de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives applicables au contrat unique.

⁴³⁰² Décision du CoRDIS de la CRE en date du 2 octobre 2009 sur le différend qui oppose la société POWEO Production à la société RTE EDF Transport, relatif à la participation aux services systèmes et à leur rémunération, p. 13.

⁴³⁰³ Code des transports, article L. 2134-2.

⁴³⁰⁴ PEYLET R., « La nouvelle régulation ferroviaire. À propos de la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 », *article précité*, p. 8.

⁴³⁰⁵ FRISON-ROCHE M.-A., « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », *op. cit.*, pp. 269-287.

2004, le CSA bénéficie en effet de la compétence de régler les litiges entre les éditeurs de services et les distributeurs relatifs au droit d'accès des premiers aux réseaux des seconds⁴³⁰⁶. Ce nouveau pouvoir a été expressément qualifié de « *nouvel outil de régulation* » par le CSA⁴³⁰⁷ et considéré comme un facteur de rapprochement du CSA et des autres autorités de régulation⁴³⁰⁸. La jurisprudence naissante du Conseil d'État relative à ce pouvoir confirme les solutions admises pour l'ARCEP et la CRE en refusant l'intérêt à agir des tiers contre une décision de règlement de différends dans la mesure où elle ne les affecte pas directement⁴³⁰⁹.

En deuxième lieu, un tel pouvoir a également été attribué à HADOPI à propos de la seule mission de régulation des mesures techniques. Ainsi, HADOPI peut être saisie d'abord par tout éditeur de logiciel, fabricant de système technique ou exploitant de service en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité⁴³¹⁰, ensuite par tout bénéficiaire des exceptions à la protection du droit d'auteur des pratiques visant à restreindre le bénéfice de ces exceptions⁴³¹¹, et enfin par toute personne bénéficiant d'une transmission sous forme électronique de certains textes adaptée aux personnes handicapées⁴³¹².

En troisième lieu, un pouvoir de règlement de différends un peu différent a été attribué récemment à l'AMF. Celle-ci dispose en effet désormais d'un pouvoir de « *règlement extrajudiciaire des différends* », pour toute question entrant par son objet dans le cadre de sa compétence, qui se résout uniquement de manière amiable par le biais d'une conciliation ou d'une transaction⁴³¹³. Il existe donc un pouvoir de règlement amiable des différends au bénéfice de l'AMF, certains auteurs allant plus loin encore et demandant à ce que soit attribué à l'AMF un pouvoir contraignant de règlement de différends⁴³¹⁴.

1496. Au contraire, certaines autorités ne disposent pas d'un pouvoir de règlement de différends. C'est ainsi le cas de l'ARJEL, qui ne dispose que d'un pouvoir de sanction⁴³¹⁵, et également de l'ACP, qui ne dispose que d'un pouvoir de police administrative⁴³¹⁶ et d'un pouvoir disciplinaire⁴³¹⁷. Or, ainsi qu'on l'a démontré précédemment, ces deux autorités exercent une mission particulièrement proche de la police, ce qui peut expliquer cette différence.

En effet, il peut être considéré que le pouvoir de règlement de différends n'est pas néces-

⁴³⁰⁶ Loi n° 86-1067 précitée, article 17-1.

⁴³⁰⁷ CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2007, pp. 26-27 et p. 46.

⁴³⁰⁸ *Ibid.*, pp. 45-47 et s.

⁴³⁰⁹ CE, *Société Canal + Distribution*, n°335336, précité. Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2*.

⁴³¹⁰ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32.

⁴³¹¹ *Ibid.*, articles L. 331-33 et L. 342-3-1.

⁴³¹² *Ibid.*, article L. 331-34.

⁴³¹³ C. Mon. Fin., article L. 621-19.

⁴³¹⁴ FRISON-ROCHE M-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 86.

⁴³¹⁵ Loi n° 2010-476 précitée, article 43.

⁴³¹⁶ C. Mon. Fin., articles L. 612-30 et s.

⁴³¹⁷ *Ibid.*, articles L. 612-38 et s.

saire à l'exercice de leur mission, la police relevant de la mise en œuvre d'un droit objectif et non de la garantie de droits subjectifs. C'est en tout cas ce qui résulte de l'analyse néo-institutionnelle du droit, qui démontre que la régulation se caractérise par la sanction non seulement d'un droit objectif mais également de droits subjectifs.

ii. L'analyse néo-institutionnelle du pouvoir de règlement de différends

1497. La présence d'un pouvoir de règlement de différends au bénéfice des autorités de régulation peut faire l'objet d'une analyse néo-institutionnelle.

Au sens de celle-ci, la différence fondamentale entre l'exercice du pouvoir de sanction et l'exercice du pouvoir de règlement de différends rejoint la distinction entre la sanction du droit objectif et la sanction des droits subjectifs, dans la mesure où tandis que le pouvoir de sanction a pour objet de sanctionner la réglementation générale du secteur, le pouvoir de règlement de différends a pour objet de sanctionner des litiges entre les opérateurs et donc le bénéfice de leurs droits subjectifs garantis par la régulation⁴³¹⁸. C'est ainsi que s'explique l'insistance des autorités de régulation à n'accepter la demande de règlement de différends que s'il existe entre les parties un véritable litige, condition vérifiée par l'autorité de régulation⁴³¹⁹, l'absence de litige véritable étant une source d'irrecevabilité de la demande⁴³²⁰. La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé logiquement ce principe dans un arrêt de décembre 2010⁴³²¹.

1498. Or, la question de la distinction, et du dépassement de cette distinction, entre droit objectif et droits subjectifs a été très tôt posée par Hauriou, pour qui la résolution de cette question était même un préalable à l'élaboration de la théorie de l'institution⁴³²². Refusant une opposition trop rigide entre les partisans du tout objectif et les partisans du tout subjectif⁴³²³, Hauriou propo-

⁴³¹⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », *op. cit.*, pp. 269-287.

⁴³¹⁹ En ce qui concerne l'ARCEP, *V.*, notamment Décision n° 97-0209 de l'Autorité de régulation des télécommunications réglant un différend entre Paris TV Câble et France Telecom, pp. 8-9 ; *Adde* Décision n° 97-0210 de l'Autorité de régulation des télécommunications réglant un différend entre la Compagnie générale de vidéocommunication (CGV) et France Telecom, p. 9. En ce qui concerne la CRE, *V.*, par exemple Décision de la Commission de Régulation de l'Électricité (CRE) en date du 2 mai 2002 sur un différend qui oppose le gestionnaire du Réseau de Transport d'Électricité (RTE) et la Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) relatif aux conditions de prise en compte de la multiplicité des points de livraison dans le dispositif contractuel d'accès au réseau électrique.

⁴³²⁰ En ce qui concerne l'ARCEP, *V.*, par exemple Décision n° 00-1092 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre MFS Communications et France Télécom Mobiles relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic à destination du réseau radioélectrique de France Télécom Mobiles. En ce qui concerne la CRE, *V.*, par exemple Décision de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), en date du 24 juin 2003, se prononçant sur deux demandes de règlement de différends opposant Réseau de transport d'électricité (RTE) à Réseau ferré de France (RFF) et à la Société nationale des chemins de fer français (SNCF), pp. 35-36.

⁴³²¹ Arrêt de la Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 14 décembre 2010, 09-67.371, Publié au bulletin.

⁴³²² HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *article précité*, p. 89. À son époque, un débat très important oppose les tenants de l'objectivisme et du subjectivisme, et Hauriou doit donc se positionner vis-à-vis de ce débat. *V.*, MILLARD E., *Famille et droit public*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 182, 1995, pp. 389-390.

⁴³²³ HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *article précité*, pp. 92-95.

sait un dépassement de cette distinction par l'intermédiaire de la théorie de l'institution⁴³²⁴. Pour lui, la théorie de l'institution conduit à une voie doctrinale médiane puisqu'elle propose une coexistence du droit objectif et des droits subjectifs⁴³²⁵, solution reprise par l'ensemble des théories institutionnalistes⁴³²⁶.

La régulation, en tant qu'institution, rejoint ce modèle. D'une part, elle fait intervenir de nombreux procédés de droit objectif, c'est-à-dire qui relèvent de règles à portée générale et impersonnelle⁴³²⁷. Le marché est un ordre construit et non un ordre spontané, de sorte qu'il apparaît nécessaire de construire un cadre général en adoptant un ensemble de règles juridiques à l'intérieur desquelles se dérouleront les échanges économiques, et de le sanctionner⁴³²⁸. D'autre part, la régulation institue au bénéfice des tiers, des acteurs sur le marché, de nouveaux droits c'est-à-dire qu'elle institue dans le même temps des droits subjectifs⁴³²⁹.

1499. La régulation a donc pour spécificité de réunir et de dépasser l'opposition entre droit objectif et droits subjectifs, ce qui la distingue de la police qui n'a pour objet que de mettre en œuvre un droit objectif. Le rapprochement du droit de la concurrence et de la régulation trouve sans doute ici une de ses principales limites actuellement, qui s'explique par cette situation d'entre-deux dans laquelle se trouve l'Autorité de la concurrence aujourd'hui.

b. La convergence inachevée du droit de la concurrence et de la régulation du point de vue du droit subjectif

1500. *A priori*, il n'est pas contestable que l'Autorité de la concurrence ne dispose pas d'un pouvoir de règlement de différends et qu'elle ne dispose que d'un pouvoir de sanction, ce qui apparaît pour certains auteurs comme une confirmation de la thèse selon laquelle la concurrence relève de la police et non de la régulation⁴³³⁰. Cependant, on constate une tendance à la subjectivisation du droit de la concurrence, au sens large, et à son rapprochement avec la régulation, très largement inachevée. On peut ainsi noter l'émergence d'une quasi-régulation des pratiques restrictives de concurrence (i), tandis que le droit général de la concurrence, s'il reste très largement objectif, tend également à se subjectiviser (ii).

⁴³²⁴ HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *article précité*, pp. 89-90.

⁴³²⁵ *Ibid.*, p. 96 ; Adde MILLARD E., *Famille et droit public*, *op. cit.*, pp. 389-390 ; Adde ARCHAMBAULT P., « Préface », in M. Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 9.

⁴³²⁶ ROMANO S., *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} Ed., 1975, réédité en 2002, pp. 48-51 ; Adde CHEVALLIER J., « L'analyse institutionnelle », in J. Chevallier (dir.), *L'institution*, Paris, PUF, « C.U.R.A.P.P. », 1981, pp. 4-5.

⁴³²⁷ MARCOU G., « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », *op. cit.*, pp. 92-95.

⁴³²⁸ *Ibid.*

⁴³²⁹ *Ibid.*

⁴³³⁰ *Ibid.*, p. 98.

i. L'émergence d'une quasi-régulation des pratiques restrictives de concurrence

1501. Le droit de la concurrence français a toujours connu une distinction entre le droit de la concurrence, droit objectif visant la préservation de l'ordre concurrentiel, et le droit des pratiques restrictives de concurrence, qui font l'objet d'un titre spécifique du Code de commerce⁴³³¹, dont l'objet est de protéger les droits subjectifs des opérateurs. L'existence de ce second droit de la concurrence est une particularité française, instituée pour combler les carences de la conception purement objective du droit de la concurrence mise en œuvre par le Conseil de la concurrence. Le droit des pratiques restrictives de concurrence est sanctionné par les tribunaux ordinaires, par le juge civil ou pénal selon les cas, et vise à engager la responsabilité civile des auteurs des manquements constatés⁴³³².

Cependant, on constate l'émergence, extrêmement parcellaire à ce stade, d'une régulation des pratiques restrictives de concurrence, la sanction de celles-ci par le juge ordinaire étant apparue insuffisante. En effet, la loi relative aux nouvelles régulations économiques de 2001 a créé la Commission d'examen des pratiques commerciales⁴³³³. Celle-ci ressemble à ce qui pourrait s'analyser comme les prémises d'une autorité de régulation, dans la mesure où elle est composée de parlementaires, de magistrats et de professionnels, dispose d'un pouvoir d'avis et de recommandation, et peut être saisie par toute personne intéressée et notamment celles s'estimant victimes de pratiques restrictives de concurrence⁴³³⁴. Pour une partie de la doctrine, l'institution de cette Commission constitue un signe important du rapprochement du droit des pratiques restrictives de concurrence de la régulation⁴³³⁵.

Toutefois, celle-ci est en toute hypothèse encore très insuffisante comme le révèlent les problèmes récurrents dans le marché de la distribution en France, et la publication très récente du rapport de l'Autorité de la concurrence de 2010 sur ce sujet, visant à démontrer que le droit objectif de la concurrence peut venir remédier à ces insuffisances⁴³³⁶, pose la question de savoir s'il ne faudrait pas, un jour, attribuer ce type de compétences à l'Autorité de la concurrence et procéder à une subjectivisation accrue du droit de la concurrence. De manière plus générale, la question de la subjectivisation du droit de la concurrence doit en effet être posée.

⁴³³¹ C. Com., article L. 440-1.

⁴³³² *Ibid.*, articles L. 442-1 et s.

⁴³³³ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, article 51.

⁴³³⁴ *Ibid.*

⁴³³⁵ DEL CONT C., « Le conflit fournisseurs-distributeurs : entre régulation et réglementation », in O. Ménard (dir.), *Le conflit*, Paris, L'Harmattan, « Logiques sociales », 2006, pp. 49-62.

⁴³³⁶ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2010, pp. 157-138.

ii. La subjectivisation inachevée du droit des pratiques anticoncurrentielles

1502. Le droit des pratiques anticoncurrentielles fait quant à lui l'objet d'une subjectivisation largement inachevée. Pourtant, ainsi qu'a pu le relever la doctrine, fonctionnellement, l'exercice d'un pouvoir de sanction n'est pas si différent de la mise en œuvre d'un pouvoir de règlement de différends⁴³³⁷ dans l'hypothèse où l'Autorité de la concurrence est saisie par des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles⁴³³⁸. De ce point de vue, la porosité qui existe entre le pouvoir de sanction et le pouvoir de règlement de différends en matière de régulation sectorielle doit être soulignée⁴³³⁹. Ainsi, le pouvoir de règlement de différends permet dans le cadre de la régulation sectorielle de sanctionner des manquements au droit objectif⁴³⁴⁰ et inversement⁴³⁴¹.

L'analyse néo-institutionnelle du droit conduit ici à considérer, conformément à la théorie de l'institution, qu'il ne faut pas distinguer trop radicalement droit objectif et droits subjectifs. Si l'Autorité de la concurrence sanctionne un ordre public économique, celui-ci n'est pas sans créer des droits au profit d'autrui. À ce propos, il n'est pas utile de revenir ici sur la façon dont le droit de la concurrence a mis en œuvre un véritable droit d'accès au réseau dans le cadre des industries de réseau⁴³⁴². La question de la subjectivisation du droit de la concurrence peut donc être posée, d'autant qu'on constate une certaine tendance en ce sens en droit positif.

1503. En effet, la subjectivisation du contentieux de la concurrence doit être soulignée, ainsi que l'illustre l'importance désormais acquise par la procédure d'engagement, qui fait intervenir la victime de l'infraction quoiqu'encore de manière insuffisante⁴³⁴³. La procédure d'engagement semble en outre un signe de subjectivisation du droit de la concurrence en ce qu'elle permet de négocier avec l'entreprise les solutions à apporter ainsi que le contenu des contrats qui seront négociés par la suite par cette entreprise, qui constituent alors le cadre dans lequel l'entreprise évoluera⁴³⁴⁴.

En outre, l'Autorité de la concurrence dispose d'un pouvoir croissant d'intervention sur

⁴³³⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », *op. cit.*, pp. 269-287.

⁴³³⁸ C. Com., article L. 462-5.

⁴³³⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », *op. cit.*, pp. 269-287.

⁴³⁴⁰ En ce qui concerne l'ARCEP, *V.*, Arrêt de la Cour d'appel de Paris, 30 janvier 2007, *SFR c/ AFONE*, 2006/07964 ; *Adde* Décision n° 2008-0839 de l'Arcep en date du 24 juillet 2008 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Neuf Cegetel et France Télécom, p. 19. En ce qui concerne la CRE, *V.*, Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 8 mars 2005 relatif au recours formé par la SA Électricité de France contre la décision du 3 juin 2004 rendue par la Commission de régulation de l'énergie ; *Adde* Décision de la Commission de régulation de l'énergie en date du 3 juin 2004 se prononçant sur un différend qui oppose la Société Pouchon Cogen à Électricité de France (EDF) relatif aux conditions de raccordement d'une installation de cogénération au réseau public de distribution. *Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.*

⁴³⁴¹ En ce qui concerne l'ARCEP, *V.*, CPCE, article L. 36-11. En ce qui concerne la CRE, *V.*, Code de l'énergie, article L. 134-25. *Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.*

⁴³⁴² *Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.*

⁴³⁴³ SOFIANATOS G., *Injonctions et engagements en droit de la concurrence. Étude de droit communautaire, français, grec*, Paris, LGDJ, 2009, « Bibliothèque de droit privé », Tome 206, pp. 425-428.

⁴³⁴⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, p. 84.

les contrats conclus par les entreprises⁴³⁴⁵. L'Autorité de concurrence peut désormais obliger les entreprises à négocier un contrat, formuler une offre, modifier les clauses d'un contrat, modifier ou réviser les tarifs, etc.⁴³⁴⁶. Sans garantir l'existence de droits subjectifs, cette évolution tend à démontrer l'intervention croissante de l'autorité sur les droits subjectifs des entreprises soumises à son contrôle au profit d'autres entreprises. De ce point de vue, les exemples cités par la doctrine de l'Autorité de la concurrence elle-même sont significatifs puisqu'ils visent des mesures prises en matière de communications électroniques et d'électricité lors de litiges d'accès, confirmant le rapprochement entre la régulation sectorielle et la régulation générale de la concurrence⁴³⁴⁷.

Ainsi, si la fonction mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence relève encore largement de la sanction d'un droit objectif, on constate une tendance à la subjectivisation du droit de la concurrence. Celle-ci, encore très largement inachevée, participe du rapprochement entre l'Autorité de concurrence et les autorités de régulation sectorielle. En effet, l'approche exclusivement objective du droit de la concurrence dérive de son enracinement historique dans la fonction de police administrative. Le passage de la police de la concurrence à la régulation de la concurrence devrait entraîner à terme une subjectivisation accrue de ce dernier.

1504. En définitive, il résulte donc de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'organisation des autorités de régulation tend à converger vers un régime juridique unique. Les autorités de régulation se caractérisent d'abord par une indépendance organique et fonctionnelle, qui trouve sa limite dans leur responsabilité démocratique vis-à-vis du Parlement, assurée par des dispositifs divers concordants. Elles se caractérisent ensuite par le cumul de pouvoirs normatifs et contentieux, c'est-à-dire qu'elles disposent toutes, d'une part, d'un pouvoir d'édiction de normes décisives et/ou non décisives, unilatérales et conventionnelles, et d'autre part, d'un pouvoir de sanction du droit objectif et des droits subjectifs posés par le cadre législatif s'exerçant par le biais d'un pouvoir de sanction administrative et/ou d'un pouvoir de règlement de différends.

En outre, l'existence d'un régime juridique convergent des autorités de régulation peut être démontrée en ce qui concerne les règles relatives à leur fonctionnement.

Section II. Le fonctionnement des autorités de régulation

1505. En tant qu'institution, l'autorité de régulation dispose d'un droit statutaire et donc d'une procédure de fonctionnement interne. L'émergence des autorités de régulation a alors donné lieu à la constitution de procédures présentant certaines spécificités en lien avec leur idée d'œuvre, tant du point de vue non contentieux (§1) que du point de vue contentieux (§2).

⁴³⁴⁵ SOFIANATOS G., *Injonctions et engagements en droit de la concurrence. Étude de droit communautaire, français, grec, op. cit.*, pp. 249-316.

⁴³⁴⁶ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, p. 82.

⁴³⁴⁷ *Ibid.*, p. 81 et s.

§1. La procédure administrative non contentieuse des autorités de régulation

1506. La procédure administrative non contentieuse suivie par les autorités de régulation présente un certain nombre de spécificités qui peuvent s'analyser en termes néo-institutionnels. En effet, les économistes néo-institutionnalistes ont conceptualisé l'existence d'une procédure administrative efficace dans le cadre des autorités de régulation (A). Le droit positif est allé dans le même sens, s'éloignant du droit commun du droit administratif (B).

A. Le modèle procédural américain, modèle économique de référence

1507. Il a été vu précédemment, à propos de l'analyse économique du droit voire même du courant « *Law & Economics* » en général⁴³⁴⁸, à quel point le droit américain pouvait servir de cadre de pensée de référence explicite ou implicite aux économistes. On retrouve ce constat à propos de la procédure administrative, puisque le modèle américain de procédure administrative non contentieuse (1) sert de référence à la théorie économique en termes d'efficacité (2).

1. Le modèle américain de procédure administrative non contentieuse

1508. La doctrine économique américaine insiste largement sur l'importance de la procédure administrative non contentieuse suivie par les autorités de régulation par l'intermédiaire de l'*Administrative Procedure Act*, dit APA⁴³⁴⁹. Cette procédure suit en effet un certain nombre de principes originaux (a) dont rend compte le régime juridique qu'elle met en œuvre (b).

a. Les principes de l'*Administrative Procedure Act*

1509. L'APA est révélatrice d'une certaine conception de la procédure administrative non contentieuse, originale et caractéristique du modèle américain. En effet, il est acquis dans la doctrine américaine que la responsabilité des autorités de régulation ne saurait se manifester uniquement par le biais de leur responsabilité devant le Congrès, mais doit aussi se traduire de manière permanente devant les citoyens par la transparence des procédures mises en œuvre⁴³⁵⁰. Cette source de légitimité se réalise notamment grâce aux dispositions de l'*Administrative Procedure Act*⁴³⁵¹, c'est-à-dire par le biais de la procédure administrative non contentieuse.

⁴³⁴⁸ Cf. Introduction.

⁴³⁴⁹ GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 23.

⁴³⁵⁰ LOMBARD M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », article précité, p. 537 ; Adde DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, *Communications électroniques, Énergie et Postes*, op. cit., pp. 81-82.

⁴³⁵¹ AUBY J.-L., « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, février 2006, n°2, p. 9 ; Adde ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », article précité, p. 759 ; Adde DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, *Communications électroniques, Énergie et Postes*, op. cit., pp. 81-82.

L'*Administrative Procedure Act*, adopté en 1946 par le Congrès Américain, a vocation à détailler les procédures contentieuse et non contentieuse suivies par les agences américaines, au sens large⁴³⁵². Il s'applique donc à l'ensemble des administrations américaines exception faite de celles exclues par l'APA lui-même⁴³⁵³, et non seulement aux autorités de régulation. Cependant, c'est spécifiquement à propos des autorités de régulation qu'il est utilisé comme argument d'efficacité et outil de légitimité dans la littérature économique.

En effet, de nombreuses règles sont prévues dans l'APA afin de rendre le fonctionnement des autorités de régulation transparent et démocratique en permettant la participation des personnes intéressées au processus d'édition des actes de l'autorité⁴³⁵⁴. Le respect de ces principes est désormais sévèrement sanctionné dans la mesure où la participation des intéressés est apparue comme un facteur considérable d'amélioration de la réglementation, notamment en termes de lutte contre les asymétries d'information⁴³⁵⁵.

b. Éléments du régime juridique de l'*Administrative Procedure Act*

1510. Sans qu'il soit nécessaire d'examiner en détail le régime juridique mis en œuvre par l'APA, on peut néanmoins rendre compte de certaines de ses dispositions.

En premier lieu, l'*Administrative Procedure Act* prévoit une très large publicité du fonctionnement de l'autorité, puisque sont prévues des obligations de publicité des décisions prises, des procédures, de l'organisation, etc.⁴³⁵⁶. Ces règles garantissent donc le fonctionnement transparent du fonctionnement de l'autorité de régulation.

En second lieu, et la doctrine française insiste largement sur cet aspect⁴³⁵⁷, la procédure d'édition des règlements est très particulière⁴³⁵⁸ et gouvernée par deux impératifs, la participation des intéressés d'une part et le caractère suffisamment rationnel de la procédure d'autre part⁴³⁵⁹. Celle-ci se caractérise alors par une publication et un partage de l'initiative, par une participation large des intéressés dans le cadre de la procédure de droit commun⁴³⁶⁰ et par l'existence d'une

⁴³⁵² ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, p. 759.

⁴³⁵³ DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes, op. cit.*, p. 82. *V.*, *Administrative procedure act*, article 551.

⁴³⁵⁴ ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, pp. 759-760 ; *Adde* AUBY J.-L., « Droit administratif et démocratie », *article précité*, p. 9.

⁴³⁵⁵ ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, p. 760 ; *Adde* AUBY J.-L., « Droit administratif et démocratie », *article précité*, p. 9.

⁴³⁵⁶ *Administrative procedure act*, article 552.

⁴³⁵⁷ ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, p. 760 ; *Adde* AUBY J.-L., « Droit administratif et démocratie », *article précité*, p. 9.

⁴³⁵⁸ *Administrative procedure act*, article 553.

⁴³⁵⁹ ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, p. 760.

⁴³⁶⁰ *V.*, ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, pp. 762-763 ; *Adde* AUBY J.-L., « Droit administratif et démocratie », *article précité*, p. 9.

procédure spécifique négociée d'adoption de l'acte administratif⁴³⁶¹ néanmoins limitée dans sa portée avant d'éviter, ainsi que l'a relevé Posner lui-même, le phénomène de la capture de l'autorité⁴³⁶². Cette procédure garantit la légitimité et l'efficacité de la régulation.

2. L'efficacité économique de l'*Administrative Procedure Act* en économie néo-institutionnelle

1511. Ainsi qu'il a déjà été dit⁴³⁶³, l'économie néo-institutionnelle apprécie l'efficacité économique des instruments utilisés par l'autorité de régulation en fonction de l'environnement institutionnel dans lequel elle se situe⁴³⁶⁴, aux fins de garantir la crédibilité des décisions prises par celle-ci⁴³⁶⁵. Cette recherche de crédibilité est d'autant plus importante que le pouvoir du gouvernement ou du législateur vis-à-vis du régulateur est fort⁴³⁶⁶.

De ce point de vue, l'économie néo-institutionnelle tend à considérer que le modèle américain de l'*Administrative Procedure Act* est un élément important de la crédibilité du régulateur⁴³⁶⁷, même s'il n'est pas suffisant notamment dans les systèmes centralisés où il faut par ailleurs recourir à l'instrument conventionnel⁴³⁶⁸. En effet, l'économie néo-institutionnelle considère que l'APA permet de concilier deux impératifs contradictoires, la participation des groupes d'intérêts d'une part, et d'autre part la vérification par le législateur et par le juge de l'absence de capture de l'autorité de régulation par l'application du principe de transparence⁴³⁶⁹. Dès lors, l'économie néo-institutionnelle préconise de mettre en place ce type de procédures en la combinant, notamment dans les systèmes centralisés, par le recours aux instruments conventionnels⁴³⁷⁰.

⁴³⁶¹ V., ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, pp. 761-762 ; *Adde* AUBY J.-L., « Droit administratif et démocratie », *article précité*, p. 9.

⁴³⁶² ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *article précité*, pp. 761-762.

⁴³⁶³ Cf. *Supra*.

⁴³⁶⁴ LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », *op. cit.*, pp. 1-2 ; *Adde* NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, pp. 57-59 ; *Adde* GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, *op. cit.*, pp. 340-341.

⁴³⁶⁵ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 55.

⁴³⁶⁶ LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », *op. cit.*, p. 1 ; *Adde* NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 55 ; *Adde* HOPE E., SINGH B., « Harmonizing an effective regulation in Europe », *op. cit.*, p. 97.

⁴³⁶⁷ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 55 ; *Adde* GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, pp. 48-50 ; *Adde* DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, p. 21-22.

⁴³⁶⁸ LEVY B., SPILLER P. T., « A framework for resolving the regulatory problem », *op. cit.*, p. 5 ; *Adde* DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, pp. 22 ; *Adde* PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, *op. cit.*, pp. 206-207. Cf. *Supra*.

⁴³⁶⁹ SPILLER P. T., TOMMASI M., « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », *op. cit.*, pp. 534-535 ; *Adde* GLACHANT J.-M., PEREZ Y., « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », *article précité*, p. 39 ; *Adde* DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », *article précité*, pp. 21-22 ; *Adde* PEREZ Y., *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, *op. cit.*, pp. 206-207 ; *Adde* DUBOIS U., *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, *op. cit.*, pp. 119-121.

⁴³⁷⁰ NEWBERY D. M., *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, *op. cit.*, p. 55.

1512. Une approche critique de la théorie économique devrait ici conduire à nuancer ces résultats, dans la mesure où les procédures de l'APA ne sont pas spécifiques aux autorités de régulation mais concernent toutes les administrations américaines⁴³⁷¹. Ainsi, les atouts de ce type de procédures sont présents pour toutes les administrations et non seulement pour les autorités de régulation. Cependant, c'est sous cet angle, et sans doute parce que la nécessité est plus forte encore les concernant, que les économistes étudient et considèrent l'APA.

Toutefois, en toute hypothèse, force est de constater que ces résultats se sont imposés en droit positif français où la procédure administrative non contentieuse des autorités de régulation est particulière. C'est-à-dire que s'il faut nuancer l'appréciation des économistes vis-à-vis du droit américain, cela n'est pas le cas en droit français, où la procédure administrative des autorités de régulation est dérogatoire au droit commun, renforçant encore la démonstration d'un régime juridique spécifiquement attaché à la régulation.

B. La spécificité de la procédure administrative non contentieuse des autorités de régulation

1513. L'analyse néo-institutionnelle du droit de la procédure administrative non contentieuse des autorités de régulation conduit donc à reconnaître sa spécificité. En effet, la procédure administrative non contentieuse de droit commun est insuffisante (1) et il est apparu nécessaire de mettre en place une procédure administrative spécifique dont l'objet est de s'assurer à la fois de l'efficacité et de la responsabilité des autorités de régulation (2).

1. L'inefficacité de la procédure administrative de droit commun

1514. La procédure administrative non contentieuse de droit commun apparaît insuffisante dans son application à la régulation. D'une part, son éclatement nuit à sa visibilité et donc à sa cohérence et sa crédibilité (a). D'autre part, elle ne garantit pas suffisamment la transparence et la participation nécessaires dans le cadre de la régulation (b).

a. L'inefficacité de l'éclatement de la procédure administrative

1515. En droit administratif, le constat n'a guère changé depuis que le premier auteur d'une thèse d'envergure sur le sujet l'établissait⁴³⁷². En effet, à la différence de nombreux pays étrangers

⁴³⁷¹ DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, op. cit., p. 82. V., *Administrative procedure act*, article 551.

⁴³⁷² ISAAC G., *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome LXXIX, 1968, p. 8.

et notamment européens⁴³⁷³, les règles de la procédure administrative non contentieuse ne sont toujours pas unifiées en droit français, en témoigne l'absence, malgré de nombreuses tentatives avortées, de l'élaboration d'une loi générale voire d'un code de la procédure administrative non contentieuse⁴³⁷⁴, ancienne reprise très récemment par le rapport public du Conseil d'État consacré à la démocratie administrative qui propose l'adoption d'une « loi-code »⁴³⁷⁵.

La procédure administrative non contentieuse est aujourd'hui composée en France de lois éparses, ponctuelles, générales ou sectorielles et présente donc un grand éclatement⁴³⁷⁶. Ceci crée un facteur de complexité regrettable⁴³⁷⁷. Ce constat vaut pour les autorités de régulation comme pour toutes les autres autorités administratives, ce qui doit alors être, conformément aux principes de l'économie néo-institutionnelle, considéré comme inefficace.

1516. Il n'existe pas en effet aujourd'hui en France de procédure générale applicable aux autorités administratives indépendantes⁴³⁷⁸ et par conséquent aux autorités de régulation. Ce constat peut être regretté, notamment au regard des principes de sécurité juridique et d'inéligibilité de la loi⁴³⁷⁹ mais aussi au regard de l'idée d'œuvre de la régulation qui implique de s'assurer à la fois de l'efficacité et de la responsabilité de l'autorité de régulation.

Dès lors, la mise en œuvre d'une procédure administrative spécifique aux autorités de régulation apparaît une exigence pertinente aussi bien économiquement que juridiquement. De ce point de vue, il est significatif que le rapport de 2006 sur les autorités administratives indépendantes ait soulevé la question de l'élaboration d'une loi décrivant et unifiant le régime suivi par les autorités de régulation⁴³⁸⁰, notamment en ce qui concerne la procédure administrative non contentieuse⁴³⁸¹. L'élaboration d'une procédure administrative unique aux autorités de régulation apparaît donc de plus en plus nécessaire. Celle-ci, cependant, devra être spécifique en raison de l'inefficacité des principes de la procédure administrative non contentieuse de droit commun au regard notamment de l'idée d'œuvre de la régulation.

⁴³⁷³ CHAPUS R., *Droit administratif général. Tome 1*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 1105 ; *Adde* BRISSON J.-F., « Les principes de la procédure administrative en droit français », in M. Fromont (dir.), *Analyse comparée du droit administratif. La procédure administrative non contentieuse en droit français*, London, Esperia Publications Ltd, 2000, p. 75.

⁴³⁷⁴ *V.*, notamment, s'agissant des tentatives de codification de la procédure administrative non contentieuse, GONOD P., « La codification de la procédure administrative », *AJDA*, 2006, p. 489 ; *Adde* SCHWARTZ R., « Le code de l'administration », *AJDA*, 2004, p. 1860.

⁴³⁷⁵ EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Consulter autrement, participer effectivement, Rapport public*, n°62, Paris, La documentation française, 2011, pp. 100-109.

⁴³⁷⁶ BRISSON J.-F., « Les principes de la procédure administrative en droit français », *op. cit.*, p. 75 ; *Adde* PEISER G., « Sources du droit de la procédure administrative », in M. Fromont (dir.), *Analyse comparée du droit administratif. La procédure administrative non contentieuse en droit français*, London, Esperia Publications Ltd, 2000, p. 19.

⁴³⁷⁷ DUPUIS G., GUÉDON M.-J., CHRÉTIEN P., *Droit administratif*, Paris, Sirey, 2007, 10^{ème} Ed., p. 465.

⁴³⁷⁸ SCHWARTZ R., « Le code de l'administration », *article précité*, p. 1860.

⁴³⁷⁹ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 81.

⁴³⁸⁰ *Ibid.*, p. 80 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 5, p. 25 et s.

⁴³⁸¹ GÉLARD P., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 81 et s.

b. L'inefficacité des principes de la procédure administrative

1517. Plus grave encore que son manque d'unicité, ce sont les principes généraux même de la procédure administrative, dégagés par la jurisprudence et la doctrine, qui sont aujourd'hui trop limités pour s'appliquer aux autorités de régulation⁴³⁸². Héritiers d'une tradition administrative centrée sur l'approche contentieuse⁴³⁸³ et caractéristique d'une bureaucratie peu ouverte sur la société et distante de la société civile⁴³⁸⁴, ils ne consacrent pas suffisamment les principes de ce que l'on a coutume d'appeler aujourd'hui la « *démocratie administrative* »⁴³⁸⁵ ou la « *bonne administration* »⁴³⁸⁶, notamment le principe de transparence et le principe de participation.

1518. En premier lieu, le principe de transparence n'existe pas encore en tant que tel dans le droit de la procédure administrative non contentieuse française⁴³⁸⁷, à l'exception sans doute du droit de la commande publique⁴³⁸⁸, et celui-ci apparaît donc largement insuffisant. En effet, si des obligations diverses, comme la publication, la motivation, servent la transparence⁴³⁸⁹, le principe de transparence en lui-même n'est aujourd'hui pas consacré. Le Conseil constitutionnel a même expressément considéré que « *la transparence des activités publiques ou exercées pour le compte de personnes publiques ne constitue pas en elle-même un principe général à valeur constitutionnelle* »⁴³⁹⁰.

Il n'existe donc pas de principe de transparence consacré en matière de procédure administrative non contentieuse, qui s'applique par principe aux autorités de régulation. Ainsi, dans le domaine de la régulation précisément, le Conseil constitutionnel, s'agissant de l'ARCEP, a estimé en 2004 que « *les règles et principes de valeur constitutionnelle n'imposent pas par eux-mêmes aux autorités administratives de motiver leurs décisions dès lors qu'elles ne prononcent pas une sanction ayant le caractère d'une punition* »⁴³⁹¹. Or une telle solution apparaît en totale contradiction avec les principes dégagés précédemment. Il en est de même concernant la participation des intéressés à l'édiction des actes administratifs de l'autorité.

⁴³⁸² *V.*, notamment BRISSON J.-F., « Les principes de la procédure administrative en droit français », *op. cit.*, p. 75.

⁴³⁸³ *V.*, ISAAC G., *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, pp. 17-85.

⁴³⁸⁴ BRISSON J.-F., « Les principes de la procédure administrative en droit français », *op. cit.*, pp. 75-77 et p. 92.

⁴³⁸⁵ AUBY J.-L., « Droit administratif et démocratie », *article précité*, p. 6 ; *Adde* AUBY J.-B., « Nouvelles de la démocratie administrative », *Droit administratif*, avril 2010, n°2, pp. 1-2.

⁴³⁸⁶ BRISSON J.-F., « Les principes de la procédure administrative en droit français », *op. cit.*, p. 81 et pp. 96-103 ; *Adde* RUNAVOT M.-C., « La "bonne administration" : consolidation d'un droit sous influence européenne », *RFDA*, 2010, pp. 395-403.

⁴³⁸⁷ AUBY J.-L., « Droit administratif et démocratie », *article précité*, pp. 8-9 ; *Adde* BRISSON J.-F., « Les principes de la procédure administrative en droit français », *op. cit.*, pp. 95-96 ; *Adde* JÉGOUZO Y., « De la "participation du public" à la "démocratie participative" ? », *AJDA*, 2006, pp. 2314-2315.

⁴³⁸⁸ AUBY J.-L., « Droit administratif et démocratie », *article précité*, p. 6 ; *Adde* BRISSON J.-F., « Les principes de la procédure administrative en droit français », *op. cit.*, p. 81.

⁴³⁸⁹ BRISSON J.-F., « Les principes de la procédure administrative en droit français », *op. cit.*, pp. 83-89.

⁴³⁹⁰ Décision du Conseil constitutionnel n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, considérant n°27.

⁴³⁹¹ Cons. Const., *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n° 2004-497 DC, *précité*, considérant n°14.

1519. En second lieu, la procédure administrative non contentieuse française ne consacre pas non plus de principe de participation des intéressés à l'édition des actes administratifs, exception faite du principe du contradictoire⁴³⁹². Les procédures de participation des administrés n'existent encore aujourd'hui que par exception dans les domaines de l'environnement et de l'urbanisme⁴³⁹³.

Si la correction d'une telle carence apparaît de plus en plus nécessaire⁴³⁹⁴, ainsi que l'a souhaité la section du rapport et des études du Conseil d'État dans le rapport annuel du Conseil d'État de 2011⁴³⁹⁵, il reste qu'en l'état du droit cette exigence n'est pas satisfaite et que le droit commun ne peut dès lors être utilisé dans le cadre de la régulation. En effet, l'indépendance des autorités de régulation pose le problème de leur légitimité démocratique et elles se doivent donc de compenser leur manque de légitimité représentative par une forme de démocratie administrative⁴³⁹⁶. En outre, une telle procédure qui ne permet pas la participation des acteurs n'est pas suffisamment efficace notamment en ce qu'elle n'est pas suffisamment crédible⁴³⁹⁷.

1520. En définitive, la procédure administrative non contentieuse de droit commun ne répond pas à l'idée d'œuvre de la régulation. Apparaît dès lors la nécessité de mettre en place un régime spécial de procédure administrative non contentieuse en cette matière consacrant les principes de transparence et de concertation.

2. Le régime spécial de procédure administrative de la régulation

1521. Les autorités de régulation suivent un régime de procédure administrative non contentieuse spécial en ce qu'il consacre un certain nombre de principes spécifiques comme la transparence et la participation (a). Ce régime spécial a conduit la doctrine à reconnaître le caractère spécifique de la régulation du point de vue de la procédure administrative non contentieuse, faisant de celle-ci une manifestation, voire un laboratoire, de l'administration délibérative au service d'une évolution de la démocratie (b).

⁴³⁹² DELAUNAY B., « Droits des participants », in M. Fromont (dir.), *Analyse comparée du droit administratif. La procédure administrative non contentieuse en droit français*, London, Esperia Publications Ltd, 2000, p. 107.

⁴³⁹³ V., pour des exemples DELAUNAY B., « Le débat public », *AJDA*, 2006, pp. 2322-2327 ; Adde VAN LANG., « Structures des procédures administratives », in M. Fromont (dir.), *Analyse comparée du droit administratif. La procédure administrative non contentieuse en droit français*, London, Esperia Publications Ltd, 2000, pp. 43-71.

⁴³⁹⁴ AUBY J.-L., « Droit administratif et démocratie », *article précité*, p. 6 ; Adde BRISSON J.-F., « Les principes de la procédure administrative en droit français », *op. cit.*, p. 92 ; Adde JÉGOUZOU Y., « De la "participation du public" à la "démocratie participative" ? », *article précité*, pp. 2314-2315.

⁴³⁹⁵ EDCE, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, 226 p.

⁴³⁹⁶ AUBY J.-L., « Droit administratif et démocratie », *article précité*, p. 8.

⁴³⁹⁷ Cf. *Supra*.

a. La procédure administrative non contentieuse de la régulation en droit positif

1522. La spécificité de la procédure administrative de la régulation en droit positif s'explique tout d'abord par l'origine communautaire de ces principes repris par le Conseil d'État, notamment les principes de transparence et de consultation (i). Il est alors possible de démontrer l'existence de certaines procédures spécifiques aux autorités de régulation (ii).

i. L'application des principes de transparence et de consultation aux autorités de régulation

1523. À la différence des administrations classiques, le principe de transparence, accompagné du principe de la consultation des intéressés, est applicable aux autorités de régulation notamment sur le fondement du droit de l'Union européenne. En effet, les directives communautaires imposent des procédures administratives répondant aux principes de transparence et de participation.

Ainsi, dans le secteur des communications électroniques, la directive cadre prévoit le « *mécanisme de consultation et de transparence* » que doivent suivre les autorités de régulation⁴³⁹⁸. Elle exige ainsi des dispositions minimales permettant aux intéressés de présenter leurs observations, garantissant la publication des procédures de consultation, l'existence d'un guichet unique d'information, etc.⁴³⁹⁹. De manière plus générale, la directive prévoit que les « *États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente* »⁴⁴⁰⁰. Dans le secteur de l'électricité, la directive prévoit que les autorités de régulation doivent mettre en place des mécanismes de consultation et de transparence, notamment en matière d'investissements⁴⁴⁰¹ et de méthodologie tarifaire⁴⁴⁰², et plus généralement, que les « *États membres garantissent l'indépendance de l'autorité de régulation et veillent à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente* »⁴⁴⁰³. Il existe donc bien un principe de transparence de la procédure suivie par les autorités de régulation en droit de l'Union européenne.

1524. Or, ces principes ont été repris en droit interne, notamment par le Conseil d'État, consacrant ainsi l'existence d'une certaine spécificité des principes de la procédure administrative non contentieuse dans le cadre des autorités de régulation. Ainsi, le Conseil d'État a admis dans un arrêt *Afors Télécom* de 2005, confirmé en 2006, l'existence d'une obligation de transparence, estimant que, si les actes réglementaires de l'ARCEP relatifs à la numérotation n'avaient pas à être

⁴³⁹⁸ Directive 2002/21 précitée, article 6.

⁴³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰⁰ *Ibid.*, article 3.3.

⁴⁴⁰¹ Directive 2009/72 précitée, articles 22.4 et 22.5.

⁴⁴⁰² *Ibid.*, article 37.12.

⁴⁴⁰³ *Ibid.*, article 35.4.

motivés par application du droit commun, l'autorité devait en revanche respecter le « *principe de transparence, énoncé par les dispositions précitées et par la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002* »⁴⁴⁰⁴.

Par ailleurs, un arrêt récent du Conseil d'État, l'arrêt *Société BLS* du 3 août 2011, semble intéressant sur plusieurs points. En premier lieu, le Conseil d'État, saisi d'un argument faisant valoir la violation du principe d'impartialité des membres des commissions, composées des professionnels du secteur, consultées par le ministre ou l'ARCEP à l'occasion de l'édition de décisions, a estimé que ceux-ci ne sont soumis à une interdiction de siéger que lorsqu'ils ont des intérêts personnels les empêchant de représenter l'intérêt général de leur profession⁴⁴⁰⁵. Cet arrêt est intéressant dans la mesure où il révèle que les organes associés à la procédure administrative non contentieuse des autorités de régulation font l'objet d'une appropriation progressive par le juge administratif, appliquant le principe d'impartialité. En second lieu, il est significatif de souligner que le Conseil d'État a ici estimé que le principe de sécurité juridique n'avait pas été violé, notamment, parce que « *les acteurs du marché ont été associés à la préparation de la réforme opérée par le décret attaqué* »⁴⁴⁰⁶. Il y a peut-être là une reconnaissance indirecte de la nécessité de consulter les acteurs du marché dans le domaine de la régulation, confirmant l'existence d'une procédure administrative non contentieuse dérogatoire au droit commun.

ii. Éléments de régime juridique non contentieux des autorités de régulation

1525. Les autorités de régulation sectorielles constituent donc un laboratoire de l'évolution de la procédure administrative non contentieuse, ainsi que le démontrent les éléments suivants des régimes juridiques de l'ARCEP et de la CRE mais élément des autres autorités de régulation.

1526. En ce qui concerne les communications électroniques, et cela est suffisamment exceptionnel pour avoir été relevé par la doctrine comme une manifestation significative des progrès de la démocratie administrative⁴⁴⁰⁷, le CPCE prévoit une obligation générale selon laquelle les mesures envisagées par le ministre ou l'ARCEP doivent être rendues publiques et faire l'objet de consultations⁴⁴⁰⁸. Par ailleurs, le ministre comme l'autorité de régulation sont assistés de deux commissions consultatives spécialisées, d'une part dans le domaine des réseaux et des services radioélectriques, d'autre part dans celui des autres réseaux et services, composées de représentants des opérateurs économiques et des consommateurs ainsi que de personnes désignées par le mi-

⁴⁴⁰⁴ Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 30 mai 2005, *Afors Télécom*, n°250516, Mentionné aux tables du recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 13 novembre 2006, *Société Free SAS*, n°291691, inédit au recueil Lebon.

⁴⁴⁰⁵ Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 03 août 2011, *Société BLS*, n° 337127, Inédit au recueil Lebon.

⁴⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁰⁷ AUBY J.-B., « Nouvelles de la démocratie administrative », *article précité*.

⁴⁴⁰⁸ CPCE, article L. 32.III.

nistre, qui sont consultées sur tout projet de mesures⁴⁴⁰⁹. Également, un certain nombre de comités ont été mis en place par l'autorité de régulation, comme les comités de l'interconnexion ou de la numérotation, qui réunissent l'ensemble des intéressés de manière formelle ou informelle⁴⁴¹⁰, ainsi qu'un certain nombre de groupes de travail mis en place pour traiter de questions précises⁴⁴¹¹. Également, l'existence d'un comité des consommateurs est tout à fait fondamentale au regard de la mission de régulation symétrique de l'autorité⁴⁴¹².

En somme, l'autorité de régulation a donc mis en place des dispositifs de transparence et de concertation dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives. Elle se situe de ce point de vue à la pointe des évolutions de la procédure administrative non contentieuse, en témoigne de manière générale le nombre très important de dispositifs de communication qu'elle a mis en place⁴⁴¹³.

1527. En ce qui concerne le secteur électrique, la CRE se caractérise également par une très grande transparence et une concertation accrue, qui peuvent s'exercer de nombreuses manières. Ainsi, la CRE a prévu dans son règlement intérieur la possibilité d'organiser des consultations publiques avant toute adoption de décision, ce qu'elle réalise très régulièrement⁴⁴¹⁴. Par ailleurs, elle a mis en place un certain nombre de groupes de travail dès 2002 à l'occasion de l'ouverture à la concurrence du marché électrique et notamment le « *Groupe de Travail Électricité* »⁴⁴¹⁵, qui a lui-même donné naissance à la création de divers comités définis comme des structures permanentes de concertation⁴⁴¹⁶, ainsi qu'un groupe de travail consommateur⁴⁴¹⁷. C'est d'ailleurs à l'issue de la concertation opérée avec ces groupes de travail que les règles posées par la CRE ont été dégagées à l'occasion de l'ouverture totale à la concurrence⁴⁴¹⁸ et que continuent d'être élaborées les règles

⁴⁴⁰⁹ CPCE, article L. 33-4.

⁴⁴¹⁰ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, 1997, pp. 228-229 ; *Adde* ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, Tome 2, 1999, pp. 171-172 ; *Adde* ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, Tome 2, 2001, pp. 211-214 ; *Adde* ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, Tome 2, 2002, pp. 175-177 ; etc.

⁴⁴¹¹ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2000, p. 85 et pp. 180-181.

⁴⁴¹² ARCEP, (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2010, p. 32 et s.

⁴⁴¹³ *Ibid.*, pp. 37-45.

⁴⁴¹⁴ Décision de la Commission de régulation de l'électricité du 15 février 2001 relative au règlement intérieur de la commission, article 5.

⁴⁴¹⁵ Communication de la CRE du 3 juillet 2003 sur le « Groupe de Travail Électricité 2004 » ; *Adde* Communication de la CRE du 26 mai 2005 sur le « Groupe de Travail Électricité 2007 ».

⁴⁴¹⁶ Communication de la CRE du 26 mai 2005 sur le « Groupe de Travail Électricité 2007 » (GTE 2007), pp. 4-6.

⁴⁴¹⁷ Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 27 septembre 2007 sur les travaux des instances de concertation GTE, GTG, et GTC 2007, relatifs à la préparation de l'ouverture complète du marché de l'électricité et du gaz naturel au 1er juillet 2007.

⁴⁴¹⁸ Communication de la CRE du 14 septembre 2006 sur les travaux du GTE 2007 et du GTG 2007 ; *Adde* Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 27 septembre 2007 sur les travaux des instances de concertation GTE, GTG, et GTC 2007, relatifs à la préparation de l'ouverture complète du marché de l'électricité et du gaz naturel au 1er juillet 2007 ; *Adde* Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 17 juillet 2008 sur les travaux des instances de concertation GTC, GTE, GTG relatifs au fonctionnement du marché de détail de l'électricité et du gaz naturel.

applicables au secteur⁴⁴¹⁹. La portée de ces procédures a même été renforcée récemment puisque la CRE a choisi de faire part des résultats de ces travaux sous la forme d'une délibération et non d'une communication⁴⁴²⁰, ce qui traduit pour son directeur juridique la volonté d'augmenter la normativité de ces travaux opérés sous l'empire de la transparence et de la concertation⁴⁴²¹.

1528. Ces principes spécifiques de procédure administrative non contentieuse tendent également à s'imposer progressivement s'agissant des autres autorités de régulation. Ainsi, le Collège de l'AMF peut depuis 2003⁴⁴²² créer des commissions consultatives spécialisées composées d'experts⁴⁴²³. L'Autorité de la concurrence adopte également de telles méthodes puisque ses nouvelles attributions, lui permettant de prendre des avis et des recommandations, rendent désormais utiles ce type de consultations⁴⁴²⁴. De tels procédés ont sans doute vocation à se généraliser.

1529. En définitive, sans qu'il n'existe pour le moment de régime juridique unique de procédure administrative non contentieuse des autorités de régulation, il semble que la régulation se caractérise par un régime juridique spécifique marqué par les principes de transparence et de consultation. Cette assertion est confirmée par la doctrine, qui voit alors dans la régulation un laboratoire de la démocratie administrative délibérative.

b. Les autorités de régulation, laboratoire de la démocratie délibérative

1530. Le régime juridique de la régulation suit ainsi des principes spécifiques de procédure administrative non contentieuse, qui en font un laboratoire de la démocratie délibérative (i). De ce point de vue, les principes suivis en droit de la régulation pourraient inspirer le droit administratif général (ii).

i. La procédure administrative de la régulation, manifestation de la démocratie délibérative

1531. La doctrine institutionnelle a été la première à concevoir le régime de procédure administrative de la régulation de façon spécifique, la concevant alors comme un instrument indispen-

⁴⁴¹⁹ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 29 octobre 2009 portant orientations pour les travaux des instances de concertation GTC, GTE et GTG relatifs au fonctionnement des marchés de détail de l'électricité et du gaz.

⁴⁴²⁰ *Ibid.*

⁴⁴²¹ COIN R., « La régulation du secteur de l'énergie en France à l'heure de l'ouverture totale du marché », in T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Editions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, p. 669.

⁴⁴²² Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, article 3. *V.*, sur le respect de ces principes auparavant LEPETIT J.-F., « État, juge et régulateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 122-125.

⁴⁴²³ C. Mon. Fin., article L. 621-2. I.

⁴⁴²⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, p. 2.

sable à l'existence de sa légitimité.

Ainsi, dès 1997, l'ART estimait dans son rapport annuel que dans « *un environnement juridique et technique particulièrement complexe, la communication, la transparence et la concertation sont inséparables des missions de l'Autorité* »⁴⁴²⁵. Il s'agit alors pour l'autorité de faire participer les acteurs, de mettre en place des outils de communication pédagogiques, etc.⁴⁴²⁶. Ces principes ont été repris et conceptualisés par l'autorité en 1998 comme des composantes essentielles de ses « *méthodes* »⁴⁴²⁷, confirmés en 1999⁴⁴²⁸ et présentés explicitement en 2000 comme une spécificité de la régulation par rapport aux administrations classiques, l'autorité considérant que « *bien plus qu'une administration classique, et même si le mouvement gagne l'ensemble de la sphère publique, le régulateur s'attache à assurer la transparence de son action, à l'égard des pouvoirs publics, à l'égard des acteurs du marché et des consommateurs* » aux fins de garantir sa légitimité⁴⁴²⁹. Par la suite, cette spécificité de la procédure administrative non contentieuse de l'autorité sera réaffirmée dans tous les rapports de l'autorité⁴⁴³⁰.

Il en est de même pour la CRE, qui dans son premier rapport fait valoir qu'elle « *a souhaité adopter une méthode de travail fondée sur la transparence, la rapidité et la réactivité* », par la mise en place de procédures de consultation informelles et publiques, de publications, par l'adoption de *soft law*, etc.⁴⁴³¹. Une telle doctrine a été approfondie par la suite, le rapport de 2001 prévoyant, parmi les « *principes d'action* » de l'autorité, le principe de transparence passant par la consultation et la concertation des acteurs et la communication à l'égard de l'ensemble des acteurs du secteur⁴⁴³². Ces principes ont ensuite été confirmés dans les rapports ultérieurs⁴⁴³³.

En somme, les autorités de régulation ont-elles-mêmes posé le principe d'un régime juridique non contentieux spécifique consacrant les principes de transparence et de concertation, afin de renforcer leur légitimité. La doctrine a enrichi cette approche théoriquement en faisant de la régulation une manifestation de la démocratie administrative.

1532. Relevant les éléments précédents, la doctrine universitaire a en effet souligné la spécificité

⁴⁴²⁵ ART, *Rapport annuel d'activités*, 1997, p. 226.

⁴⁴²⁶ *Ibid.*

⁴⁴²⁷ ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 1998, pp. 13-15.

⁴⁴²⁸ ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 2, 1999, p. 171 et s.

⁴⁴²⁹ ART, *Rapport annuel d'activités*, Tome 1, 2000, p. 84.

⁴⁴³⁰ ART, *Rapport public d'activités*, Tome 2, 2001, p. 169 et s. ; *Adde* ART, *Rapport public d'activités*, Tome 2, 2002, p. 357 et s. ; *Adde* ART (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, Tome 2, 2003, p. 355 et s. ; *Adde* ARCEP (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2006, p. 76 et s.

⁴⁴³¹ CRE (Commission de régulation de l'électricité), *Rapport d'activité*, 2000, pp. 25-26.

⁴⁴³² CRE (Commission de régulation de l'électricité), *Rapport d'activité*, 2001, pp. 42-43.

⁴⁴³³ CRE (Commission de régulation de l'électricité), *Rapport d'activité*, 2002, p. 54 et s. ; *Adde* CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2004, p. 83 et s. ; *Adde* CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2005, p. 124 et s. ; *Adde* CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2006, p. 124 et s. ; *Adde* CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2007, p. 135 et s. ; *Adde* CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 1^{er} semestre 2008, p. 8 et s. ; etc.

de la procédure administrative non contentieuse suivie devant les autorités de régulation⁴⁴³⁴ et examinée sa portée sur le droit administratif et la démocratie.

Sans qu'il soit possible d'assimiler la régulation à ces procédures, ces dernières relevant du régime juridique de la régulation et non de la nature de la régulation elle-même⁴⁴³⁵, il est incontestable qu'elles font des autorités de régulation un laboratoire de l'évolution de la démocratie. En effet, le fonctionnement des autorités de régulation peut s'analyser comme la manifestation, parmi d'autres, du passage d'une démocratie représentative à une démocratie plus évoluée, dite délibérative ou participative⁴⁴³⁶. Les autorités de régulation constituent ainsi des rouages des nouvelles formes de démocratie, dans le prolongement des travaux d'Habermas sur la participation de la société civile et de l'espace public à la démocratie⁴⁴³⁷ et plus généralement des travaux relatifs à la démocratie délibérative⁴⁴³⁸ ou participative⁴⁴³⁹. De ce point de vue, le régime des autorités de régulation pourrait inspirer le droit administratif dans son ensemble.

ii. La procédure administrative des autorités de régulation, inspiration de l'évolution du droit administratif général

1533. Le régime des autorités de régulation pourrait inspirer l'évolution du droit administratif dans son ensemble. En effet, suite à un certain nombre de travaux doctrinaux portés notamment par Jean-Bernard Auby qui prenaient la régulation comme exemple⁴⁴⁴⁰, le Conseil d'État s'est récemment interrogé, dans son rapport public édité en juillet 2011 et intitulé « *Consulter autrement, participer effectivement* »⁴⁴⁴¹, sur la nécessité de mettre en place une « *administration délibérative* »⁴⁴⁴².

Constatant les insuffisances actuelles de l'« *administration consultative* »⁴⁴⁴³, le Conseil d'État, s'inspirant du droit de l'Union européenne⁴⁴⁴⁴ mais également, et il est intéressant de le souligner au regard des développements qui précèdent, du modèle américain⁴⁴⁴⁵, propose d'adopter six nouveaux « *principes directeurs* » de la procédure administrative non contentieuse : l'accessibilité des informations, le dépôt des observations et leur publicité, l'impartialité et la loyauté de la concerta-

⁴⁴³⁴ BOY L., « Régulation et sécurité juridique », in L. Boy, J.-B., Racine, F. Siirainen (coords.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, « Droit/Économie internationale », 2008, pp. 339-341 et pp. 341-342.

⁴⁴³⁵ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1*.

⁴⁴³⁶ LOMBARD M., « Introduction générale », *op. cit.*, p. 1 et s., et p. 5 et s.

⁴⁴³⁷ HABERMAS J., *L'espace public*, Paris, Payot, « Critique de la politique », 17^{ème} Ed., 1997, p. 99.

⁴⁴³⁸ V., GIRARD C., LE GOFF A., *La démocratie délibérative, anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann Éditeurs, « L'avocat du diable », 550 p.

⁴⁴³⁹ V., BLONDIAUX L., *Le nouvel esprit de la démocratie, Actualité de la démocratie participative*, Paris, Seuil, « la République des idées », 2008, 109 p.

⁴⁴⁴⁰ AUBY J.-B., « Régulations et droit administratif », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 209-234 ; Adde AUBY J.-B., « Droit administratif et démocratie », *article précité*, pp. 13-28.

⁴⁴⁴¹ EDCE, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, 226 p.

⁴⁴⁴² *Ibid.*, p. 91.

⁴⁴⁴³ *Ibid.*, p. 19 et s., et surtout pp. 34-45.

⁴⁴⁴⁴ *Ibid.*, pp. 45-46.

⁴⁴⁴⁵ *Ibid.*, pp. 47-49.

tion, l'existence de délais raisonnables, la bonne composition des organismes consultés et la délivrance d'informations sur les suites projetées⁴⁴⁴⁶. Ces principes seraient alors ceux d'une nouvelle « *administration délibérative* », composante de la « *démocratie délibérative* », dans laquelle la procédure, et non la décision, relèverait d'un « *dialogue interactif, maîtrisé et transparent* »⁴⁴⁴⁷. Seraient alors développées de nouvelles règles de procédure administrative non contentieuse. Les consultations seraient généralisées et précoces, ouvertes aux institutions comme à l'ensemble des parties prenantes, les études d'impact seraient renforcées, une loi-code « *relative aux principes de l'administration délibérative* » serait adoptée, les services gouvernementaux seraient renforcés dans cette optique, l'utilisation d'Internet serait améliorée, le contrôle du juge serait adapté, etc.⁴⁴⁴⁸.

Bien entendu, il ne s'agit là que de la doctrine du Conseil d'État. Elle n'est donc pas encore traduite dans les décisions de celui-ci, et il n'est d'ailleurs pas certain que la section du contentieux du Conseil d'État aille aussi loin et aussi vite que la section des rapports et des études, au regard de la prudence qui la caractérise souvent, vis-à-vis d'une évolution qui présente aussi un certain nombre de risques de dérives et qu'il s'agit donc d'encadrer⁴⁴⁴⁹. Cependant, il est significatif de souligner que ce rapport constitue sans doute les prémisses d'une évolution plus générale du droit administratif dont la régulation est déjà une manifestation.

1534. Il est toutefois à noter que dans l'édition de son rapport, le Conseil d'État s'inspire surtout des règles en vigueur en droit de l'environnement, considéré à raison comme un droit précurseur en la matière⁴⁴⁵⁰ et en droit de la décentralisation⁴⁴⁵¹, ainsi que des règles de procédure administrative non contentieuse en vigueur en droit de l'Union européenne⁴⁴⁵². Il est donc assez étonnant de constater que ce rapport ne consacre pas de place à la notion de régulation et aux autorités de régulation indépendantes comme manifestation de la démocratie administrative, alors que celles-ci constituent sans doute un laboratoire de cette évolution du droit administratif.

1535. En toute hypothèse, la cohérence et l'unité de la catégorie juridique de régulation se trouve donc renforcée par la démonstration de l'existence d'un régime juridique convergent de procédure administrative non contentieuse caractérisé par son caractère dérogoire au droit commun et spécifique aux autorités de régulation. Enfin, on peut achever de démontrer l'unité de la catégorie juridique de régulation en étudiant la convergence du régime juridique contentieux qui leur est attaché.

⁴⁴⁴⁶ EDCE, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, pp. 87-89.

⁴⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 91.

⁴⁴⁴⁸ *Ibid.*, pp. 133-134.

⁴⁴⁴⁹ *V.*, notamment CHEVALLIER J., « Délibération et participation », in EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Consulter autrement, participer effectivement, Rapport public*, n°62, Paris, La documentation française, 2011, pp. 195-205.

⁴⁴⁵⁰ EDCE, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, pp. 53-56.

⁴⁴⁵¹ *Ibid.*, pp. 57-74.

⁴⁴⁵² *Ibid.*, pp. 74-81.

§2. La procédure contentieuse des autorités de régulation

1536. La régulation apparaît enfin comme une véritable catégorie juridique dans la mesure où les procédures administratives contentieuses relatives à ces autorités, c'est-à-dire les procédures liées à la mise en œuvre des pouvoirs de sanction ou de règlement de différends, présentent un certain degré de spécificité (A). Celles-ci trouvent en outre un prolongement dans le cadre des procédures juridictionnelles qui leur sont applicables⁴⁴⁵³ (B).

A. La spécificité du régime juridique contentieux des autorités de régulation

1537. Malgré les différences qui subsistent encore entre les autorités de régulation, il apparaît de plus en plus nécessaire de favoriser l'émergence d'une procédure contentieuse unique devant elles⁴⁴⁵⁴. Or, un régime juridique contentieux spécifique (1) tend aujourd'hui à émerger pour l'ensemble des autorités de régulation (2).

1. La spécificité de la procédure administrative contentieuse de la régulation

1538. L'autorité de régulation présente une spécificité du point de vue de la procédure administrative contentieuse, conformément à sa qualité d'autorité « *quasi-juridictionnelle* ». En effet, certains principes lui sont spécifiquement applicables à l'exclusion des administrations traditionnelles (a), sans qu'elle ne puisse pour autant être assimilée à un tribunal (b).

a. La spécificité des autorités de régulation par rapport aux administrations classiques : l'application des principes du procès équitable

1539. Le régime juridique contentieux des autorités de régulation les sépare nettement des administrations classiques⁴⁴⁵⁵. En effet, si le régime constitutionnel des sanctions administratives des autorités de régulation ne présente pas de spécificité (i), le régime conventionnel est au contraire différent en ce que les principes du procès équitable leur sont applicables à la différence des autorités administratives classiques (ii).

⁴⁴⁵³ V., sur cette distinction QUILICHINI P., « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *article précité*, pp. 1062-1063.

⁴⁴⁵⁴ BOULOC B., « Propos introductif », in B. Bouloc (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 8.

⁴⁴⁵⁵ JEULAND E., « Régulation et théorie générale du procès », *op. cit.*, p. 259 ; *Adde* FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, pp. 94-99 ; *Adde* EVEILLARD G., « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, p. 536.

i. Un régime constitutionnel de droit commun : l'application du régime des sanctions administratives

1540. Du point de vue du pouvoir de sanction, il n'existe pas de spécificité constitutionnelle des autorités de régulation. Le Conseil constitutionnel a exigé que le pouvoir de sanction soit entouré d'un grand nombre de garanties⁴⁴⁵⁶ comme les droits de la défense et le respect du principe du contradictoire⁴⁴⁵⁷, la motivation, le respect du principe de proportionnalité, le non cumul d'une sanction administrative avec une sanction pénale⁴⁴⁵⁸, le principe de légalité des délits et des peines⁴⁴⁵⁹, satisfait cependant en matière administrative dès lors qu'une référence est faite aux obligations légales et réglementaires auxquelles sont soumis les titulaires d'une autorisation administrative⁴⁴⁶⁰. Plus tard, le Conseil constitutionnel a ajouté l'exigence qu'il n'existe pas de peines privatives de liberté dans le cadre des sanctions administratives⁴⁴⁶¹. Ces principes ont donc été appliqués aux autorités de régulation sans originalité particulière comme le démontre la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'ARCEP⁴⁴⁶².

1541. Ces principes ont enfin été actualisés dans la décision constitutionnelle relative à HADO-PI. Le Conseil a en effet ici réaffirmé sa jurisprudence constante⁴⁴⁶³ mais a également fait œuvre créatrice en considérant que certains droits étaient trop fondamentaux pour pouvoir être sanctionnés par une autorité administrative et que ceux-ci devaient être sanctionnés par le juge, quelles que soient les garanties apportées⁴⁴⁶⁴, principes nouveaux que la jurisprudence postérieure devra préciser. Notamment, et cela peut être intéressant du point de vue de la régulation, le Conseil constitutionnel souligne que « *la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population* »⁴⁴⁶⁵, ce qui indique que le pouvoir de sanction administrative doit cibler une catégorie particulière de personnes. On trouve là une confirmation de la nécessité de spécialiser les différentes autorités de régulation, en ce que celles-ci doivent mettre en œuvre un ordre public économique déterminé.

1542. Ainsi, la jurisprudence constitutionnelle n'apparaît pas spécifique aux autorités de régulation en matière de sanction administrative. Il en va différemment cependant concernant l'application des principes du procès équitable aux autorités de régulation.

⁴⁴⁵⁶ Cons. Const., *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC, précité, considérant n°28.

⁴⁴⁵⁷ *Ibid.*, considérant n°29.

⁴⁴⁵⁸ *Ibid.*, considérant n°30.

⁴⁴⁵⁹ *Ibid.*, considérant n°36.

⁴⁴⁶⁰ *Ibid.*, considérant n°37.

⁴⁴⁶¹ Cons. Const., *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, n° 89-260 DC, précité, considérant n°6.

⁴⁴⁶² Cons. Const., *Loi de réglementation des télécommunications*, n° 96-378 DC, précité, considérants n°15 à 17.

⁴⁴⁶³ Cons. Const., *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n° 2009-580 DC, précité, considérant n°14.

⁴⁴⁶⁴ *Ibid.*, considérant n° 16.

⁴⁴⁶⁵ *Ibid.*

ii. Un régime conventionnel spécifique : l'application des principes du procès équitable

1543. Le régime contentieux conventionnel des autorités de régulation est en revanche spécifique. En effet, les principes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment son article 6§1, sont applicables aux autorités de régulation, ce qui conduit une part de la doctrine à soutenir l'existence un processus de juridictionnalisation des autorités de régulation⁴⁴⁶⁶.

La Cour européenne des droits de l'homme a en effet consacré le principe de l'applicabilité de l'article 6§1 aux autorités administratives indépendantes dans le cadre de leur pouvoir de sanction dès lors qu'elles constituent des tribunaux intervenant en matière pénale au sens de la Convention⁴⁴⁶⁷. Cette solution sera ensuite reprise par la Cour de cassation d'abord à propos de la COB⁴⁴⁶⁸ puis confirmée s'agissant du Conseil de la concurrence⁴⁴⁶⁹. Par la suite, et quoiqu'après quelques réticences⁴⁴⁷⁰, cette solution a été reprise par le Conseil d'État pour les sanctions administratives prononcées par des autorités administratives indépendantes⁴⁴⁷¹, solution confirmée récemment à propos de l'Autorité des marchés financiers⁴⁴⁷². Enfin, la Cour d'Appel de Paris a appliqué cette solution en matière de règlement de différend⁴⁴⁷³, et les autorités de régulation respectent les règles du procès équitable dans ces procédures⁴⁴⁷⁴. En somme, l'application de l'article de l'article 6§1 est acceptée pour des autorités comme l'Autorité de la concurrence,

⁴⁴⁶⁶ LUBEN I., « Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications », in *Les sanctions administratives*, AJDA, 2001, numéro spécial, pp. 121-128 ; Adde FRISON-ROCHE M.-A., « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », *op. cit.*, p. 94-99 ; Adde QUILICHINI P., « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *article précité*, pp. 1061-1066.

⁴⁴⁶⁷ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, Requêtes n° 6878/75 et 7238/75, § 51 a).

⁴⁴⁶⁸ Arrêt de la Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 5 février 1999, *Oury*, n°97-16.440, Publié au bulletin.

⁴⁴⁶⁹ Arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, en date du 5 octobre 1999 relatif aux pourvois formés par la SNC Campenon Bernard SGE, les SA SOGEA Bouygues et autres contre l'arrêt du 6 mai 1997.

⁴⁴⁷⁰ Au départ, le Conseil d'État refusa d'appliquer l'article 6§1 aux autorités administratives disposant d'un pouvoir de sanction. *V.*, pour le Conseil des bourses de valeurs, Arrêt du Conseil d'État, Assemblée du contentieux, 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, n° 112820, Publié au recueil Lebon, et pour le Conseil des marchés à terme, Arrêt du Conseil d'État, 4 mai 1998, *Société de bourse Wargny*, n° 164294, Publié au recueil Lebon. En effet, pour le Conseil d'État, l'article 6§1 n'était applicable qu'aux procédures contentieuses suivies devant les juridictions. *V.*, Arrêt du Conseil d'État, Section du contentieux, avis du 31 mars 1999, *SARL Autoroute-Industrie Méric*.

⁴⁴⁷¹ Arrêt du Conseil d'État 29 juillet 1998, *GIE Mumm-Perrier-Jouët* ; Adde Arrêt du Conseil d'État, Assemblée, du 3 décembre 1999, *Didier*, n°207434, publié au recueil Lebon.

⁴⁴⁷² Arrêt du Conseil d'État, Section du Contentieux, du 27 octobre 2006, *M. P et autres*, n°276069, Publié au recueil Lebon.

⁴⁴⁷³ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 juin 2000, n°2000/02659 *France Télécom c Société Télécom Développement* ; Adde Cour d'appel de Paris, arrêt du 6 avril 2004, N° 2003/18407, *SA France Télécom c/ SA Iliad* ; Adde Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 8 mars 2005 relatif au recours formé par la SA Électricité de France contre la décision du 3 juin 2004 rendue par la Commission de régulation de l'énergie.

⁴⁴⁷⁴ *V.*, en dernière analyse Décision n° 2011-0809 de l'Arcep en date du 12 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Towercast et TDF, p. 20.

l'ARCEP, l'AMF, le CSA, la CRE, etc.⁴⁴⁷⁵, qui constituent toutes des autorités de régulation.

Or, il est tout à fait significatif de noter que cela est une spécificité propre aux autorités de régulation. En effet, *a contrario*, l'article 6§1 n'est en principe pas applicable aux administrations classiques. Ce principe, posé dans un avis en 1995⁴⁴⁷⁶, a été récemment réaffirmé en matière pénitentiaire⁴⁴⁷⁷ ou en matière disciplinaire s'agissant de la fonction publique hospitalière⁴⁴⁷⁸ ou de la ligue de football professionnelle⁴⁴⁷⁹.

1544. Il existe cependant une exception à ce principe, puisque le Conseil d'État a admis l'application de l'article 6§1 à l'administration fiscale uniquement lorsque celle-ci prononce des pénalités⁴⁴⁸⁰, opérant de ce point de vue un revirement de jurisprudence⁴⁴⁸¹. Cependant, cela n'ôte pas la pertinence de la spécificité de l'application de cette solution aux autorités de régulation, et ne fait qu'ajouter une exception supplémentaire.

En effet, le fait que seules certaines autorités administratives indépendantes soient assimilées à des tribunaux, à la différence des administrations classiques⁴⁴⁸², est justifié par les caractéristiques spécifiques des autorités de régulation. Comme ne manque pas de le relever la doctrine, cette différence de traitement est liée dans la jurisprudence du Conseil d'État au maintien du critère organique dans la qualification de tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁴⁸³. En effet, le Conseil d'État n'accepte d'appliquer l'article 6§1 de la Convention qu'« *eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de ces organismes* »⁴⁴⁸⁴.

Or, ces trois éléments répondent bien aux aspects organique et matériel retenus dans le cadre de l'analyse néo-institutionnelle du droit comme les différents critères composant la notion juridique de régulation. Dès lors, il peut être soutenu que l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est un élément spécifiquement attaché à la qualification d'autorité de régulation, d'autant que le régime appliqué diffère de celui des pénalités en matière

⁴⁴⁷⁵ EVEILLARD G., « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *article précité*, pp. 533-534.

⁴⁴⁷⁶ Arrêt du Conseil d'État, Section du contentieux, du 31 mars 1995, *Société Auto-Industrie Méric*.

⁴⁴⁷⁷ Ordonnance du Conseil d'État, Juge des référés, du 27 mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n°280866, publié au recueil Lebon.

⁴⁴⁷⁸ Arrêt du Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 31 mars 2006, *Robert*, n° 276605, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

⁴⁴⁷⁹ Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 04 avril 2008, *Stade Rennais*, n° 308561, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

⁴⁴⁸⁰ Arrêt du Conseil d'État, 8ème et 3ème sous-sections réunies, du 27 février 2006, *Krempff*, n° 257964, mentionné dans les tables du recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 10ème et 9ème sous-sections réunies, du 11 décembre 2006, *Pessey*, n° 278806, inédit au recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 3ème et 8ème sous-sections réunies, du 26 mai 2008, *Société Norelec*, n°288583, Publié au recueil Lebon.

⁴⁴⁸¹ COLLET M., « L'application du principe de personnalité des peines aux personnes morales en matières administrative et fiscale. À propos de l'avis du Conseil d'État du 4 décembre 2009, *Société Renil Sports* », *RJEP*, mars 2010, n°673, p. 12.

⁴⁴⁸² EVEILLARD G., « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *article précité*, p. 533.

⁴⁴⁸³ *Ibid.*, pp. 533-534.

⁴⁴⁸⁴ CE, Ass., *Didier*, n°207434, précité ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État du 4 février 2005 *Société GSD Gestion* ; *Adde* CE, S., *M. P et autres*, n°276069, précité.

fiscale⁴⁴⁸⁵.

1545. Cependant, cela ne saurait conduire à confondre les autorités de régulation avec les juridictions, puisque celles-ci font l'objet d'une application spécifique de l'article 6 qui diffère de celle applicable aux tribunaux.

**b. La spécificité des autorités de régulation par rapport aux tribunaux :
L'application variable des principes du procès équitable**

1546. Si les autorités de régulation se distinguent des administrations classiques par l'application des principes du procès équitable, elles se distinguent des tribunaux en ce que cette application est variable en raison des impératifs de souplesse et d'efficacité qui caractérisent les autorités de régulation (i). De ce point de vue, il est tout à fait essentiel de souligner que cette spécificité est aujourd'hui expressément rattachée à l'exercice de la fonction de régulation par la jurisprudence du Conseil d'État (ii).

**i. La spécificité de l'application des principes du procès équitable aux
autorités de régulation**

1547. L'application des principes du procès équitable aux autorités de régulation est, contrairement aux juridictions ordinaires, variable en raison des « *impératifs de souplesse et d'efficacité entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme* » qui caractérisent les « *organes administratifs ou corporatifs* » intervenant avant les tribunaux⁴⁴⁸⁶. Pour la Cour, en effet, ces impératifs justifient que certains principes de l'article 6§1 puissent ne pas être appliqués devant l'organe administratif, à condition cependant que la décision de l'administration soit susceptible de recours devant une juridiction suivant les principes de l'article 6§1⁴⁴⁸⁷. Cependant, il faut ici faire la distinction entre, d'une part, certains principes qui peuvent ne pas s'appliquer devant l'autorité et, d'autre part, certains principes qui doivent au contraire s'appliquer et sans réserve⁴⁴⁸⁸.

1548. Une telle solution a été reprise en droit interne. La Cour de cassation d'abord, après avoir repris cette solution de manière implicite⁴⁴⁸⁹, a consacré « *en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », le principe selon lequel « *des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier l'intervention préalable dans la procédure suivie d'une autorité administrative qui, comme le Conseil de la*

⁴⁴⁸⁵ Cf. *Infra*.

⁴⁴⁸⁶ CEDH, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, n° 6878/75 et 7238/75, précité, § 51 a).

⁴⁴⁸⁷ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, Requête n°15963/90, §44.

⁴⁴⁸⁸ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 novembre 1993, *Imbriosa contre Suisse*, Requête n°13972/88, § 32 et s. Cf. *Infra*.

⁴⁴⁸⁹ C. Cass., Ass., *Oury*, n°97-16.440, précité.

concurrency, ne satisfait pas, sur tous les aspects, aux prescriptions de forme du paragraphe 1er de l'article 6 de la Convention », dès lors qu'un recours effectif est garanti⁴⁴⁹⁰. Le Conseil d'État est également allé en ce sens, puisqu'il a considéré que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers n'était pas de nature à entraîner « dans tous les cas » une méconnaissance de l'article 6§1 de la Convention⁴⁴⁹¹. Cette solution a ensuite été reprise et étendue à l'article 6§3 CEDH récemment⁴⁴⁹².

1549. En somme, il existe donc un principe d'application variable des principes du procès équitable aux autorités de régulation qui se justifie par leur spécificité en termes de souplesse et d'efficacité. De ce point de vue, il est tout à fait significatif de noter que celle-ci a été expressément rattachée à la notion de régulation par la jurisprudence du Conseil d'État.

ii. Le rattachement explicite des spécificités de la procédure administrative contentieuse à la notion juridique de régulation

1550. Il est tout à fait significatif de souligner que le Conseil d'État a explicitement rattaché ce régime spécifique d'application variable des principes du procès équitable à la notion de régulation. Ainsi, dans un arrêt *Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux*, le Conseil d'État a admis que le principe de personnalité des peines n'avait pas à s'appliquer au Conseil des marchés financiers, eu égard à « la mission de régulation des marchés dont est investi le Conseil des marchés financiers »⁴⁴⁹³. Cette solution sera confirmée dans les mêmes termes dans la jurisprudence postérieure, à propos de l'AMF⁴⁴⁹⁴. Or, cette solution est fondamentale puisqu'elle consacre explicitement l'émergence, certes encore embryonnaire, d'une spécificité contentieuse des autorités de régulation en rattachant expressément cette spécificité à la notion de régulation elle-même⁴⁴⁹⁵.

En outre, cette solution a depuis longtemps les faveurs de la doctrine du Conseil d'État qui, dans son rapport de 2001, avait considéré qu'elle était la bonne et qu'il était effectivement nécessaire de consacrer une certaine spécificité du régime des sanctions administratives par rapport aux sanctions pénales lorsque celles-ci étaient mises en œuvre par une autorité administrative indépendante dans une optique d'efficacité et de réalisme⁴⁴⁹⁶.

1551. Certes, il faut nuancer ce résultat en ce que le principe de non-application de la personna-

⁴⁴⁹⁰ C. Cass., *SNC Campenon Bernard*, précité.

⁴⁴⁹¹ CE, Ass., *Didier*, n°207434, précité.

⁴⁴⁹² CE, S, *M. P et autres*, n°276069, précité.

⁴⁴⁹³ Arrêt du Conseil d'État, Section, du 22 novembre 2000, *Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux*, n°207697, publié au recueil Lebon.

⁴⁴⁹⁴ Arrêt du Conseil d'État, Section du Contentieux, du 06 juin 2008, *Société Tradition Securities and Futures*, n°299203, Publié au recueil Lebon ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 17 décembre 2008, *Société Oddo et Compagnie*, n°316000, Publié au recueil Lebon.

⁴⁴⁹⁵ COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 10 ; *Adde* COLLET M., « De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », *op. cit.*, pp. 41-56.

⁴⁴⁹⁶ EDCE, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 363-364.

lité des peines s'applique désormais à propos des pénalités fiscales⁴⁴⁹⁷. Cependant, cela n'affaiblit pas la démonstration de l'existence d'un régime juridique spécifique à la régulation, en ce que cette solution est rattachée à des considérations spécifiques à la matière fiscale, et non à la régulation, dans ce dernier cas⁴⁴⁹⁸. Par ailleurs le régime n'est pas strictement identique et les solutions de fond divergent, comme par exemple s'agissant de la distinction entre les fonctions d'instruction et de jugement⁴⁴⁹⁹. Le droit fiscal apparaît donc comme une autre dérogation aux règles classiques que la régulation, qui constitue une dérogation différente et une catégorie juridique spécifique⁴⁵⁰⁰.

1552. En somme, il existe donc bien un régime juridique spécifique à la régulation, et expressément considéré comme tel, du point de vue contentieux dans l'application des règles du procès équitable. En outre, on constate une convergence des règles de fond applicables aux différentes autorités sur ce fondement

2. La convergence des règles de fond de la procédure contentieuse de la régulation

1553. L'unité de la catégorie juridique de régulation peut être établie sur la base des principes précédents par la démonstration de la convergence des différentes procédures contentieuses suivies par les autorités de régulation (a). Les différences qui subsistent entre elles doivent par ailleurs être relativisées (b).

a. Les règles de fond communes à la procédure contentieuse des autorités de régulation

1554. Sur la base des principes précédents, les autorités de régulation tendent à suivre des règles de fond convergentes. Certaines règles sont ainsi d'application absolue (i), d'autres d'application variable (ii) et enfin certaines ne s'appliquent pas du tout (iii).

i. La convergence des règles de fond d'application absolue : l'application du principe d'impartialité

1555. Le principe qui doit être respecté de la manière la plus complète et la plus absolue est le principe d'impartialité. Le respect du principe d'impartialité subjective paraît évident et ne pose

⁴⁴⁹⁷ Avis du Conseil d'État n° 329173 du 4 décembre 2009, *Société Reuil Sports*.

⁴⁴⁹⁸ COLLET M., « L'application du principe de personnalité des peines aux personnes morales en matières administrative et fiscale. À propos de l'avis du Conseil d'État du 4 décembre 2009, Société Reuil Sports », *article précité*, p. 14.

⁴⁴⁹⁹ *Ibid.*, pp. 15-16.

⁴⁵⁰⁰ *Contra, Ibid.*, pp. 15-16. Cette conception est cependant liée à la définition de la régulation qu'adopte l'auteur, qui l'assimile à une certaine forme de *soft law*. Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1*.

pas de difficultés particulières⁴⁵⁰¹. L'interprétation du principe d'impartialité objective a posé davantage de difficultés, mais les solutions rendues tendent aujourd'hui à converger sur les différents points qui ont posé des difficultés.

1556. En premier lieu, un problème très important d'impartialité objective est celui de la participation du rapporteur au délibéré. Il existe encore ici une divergence de jurisprudence entre la Cour de cassation et le Conseil d'État. La Cour de cassation est particulièrement rigoureuse dans l'application du principe d'impartialité⁴⁵⁰² puisqu'elle considère que le rapporteur, dès lors qu'il est chargé de l'instruction de l'affaire, ne peut participer au délibéré⁴⁵⁰³. Le Conseil d'État a considéré quant à lui que la participation du rapporteur est possible dès lors qu'il ne dispose pas d'autres pouvoirs, comme le pouvoir de saisine ou de formulations des griefs⁴⁵⁰⁴. Les difficultés tendent cependant à être dépassées par les évolutions jurisprudentielles et la pratique qui poussent à une séparation nette des différentes fonctions.

Tout d'abord, un arrêt fondamental a été récemment rendu par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la procédure suivie devant la Commission bancaire française⁴⁵⁰⁵. Pour la Cour, il est possible de cumuler les fonctions d'instruction et de jugement à condition que l'instruction ne conduise pas à un acte d'accusation et plus généralement à un pré-jugement de l'affaire⁴⁵⁰⁶. Cependant, relevant l'absence de procédure claire au sein de la Commission bancaire⁴⁵⁰⁷, la Cour s'est fondée sur la théorie des apparences en considérant que « *la société requérante pouvait raisonnablement avoir l'impression que ce sont les mêmes personnes qui l'ont poursuivie et jugée* » au regard de la procédure suivie⁴⁵⁰⁸. La Cour constate alors qu'il n'y a pas en l'espèce de « *séparation organique* » permettant de s'assurer du respect du principe du contradictoire⁴⁵⁰⁹. En somme, cette jurisprudence conduit de manière assez stricte à séparer toutes les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement par le biais d'une séparation organique.

Ensuite, le droit et la pratique institutionnelle tendent aujourd'hui à mettre en œuvre cette séparation. D'abord, la loi a interdit la participation du rapporteur au délibéré dans le cas de l'AMF⁴⁵¹⁰. La loi a également exclu la participation du rapporteur au délibéré dans la plupart des cas concernant l'Autorité de la concurrence même s'il continue d'y participer par principe⁴⁵¹¹. Ce

⁴⁵⁰¹ CE, S., *M. P et autres*, n°276069, précité.

⁴⁵⁰² EVEILLARD G., « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *article précité*, p. 536.

⁴⁵⁰³ C. Cass., Ass., *Oury*, n°97-16.440, précité ; *Adde* C. Cass., *SNC Campenon Bernard*, précité.

⁴⁵⁰⁴ CE, Ass., *Didier*, n°207434, précité ; *Adde* CE, S., *Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux*, n°207697, précité ; *Adde* Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 23 mars 2005, *Société financière Hottinguer*, n°260673, Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

⁴⁵⁰⁵ CEDH, *Dubus S.A contre France*, Requête n°5242/04, précité.

⁴⁵⁰⁶ *Ibid.*, § 57 et 58.

⁴⁵⁰⁷ *Ibid.*, § 59

⁴⁵⁰⁸ *Ibid.*, § 60.

⁴⁵⁰⁹ *Ibid.*, § 61.

⁴⁵¹⁰ C. Mon. Fin., article L. 621-15.IV.

⁴⁵¹¹ C. Com., articles L. 461-4 et L. 463-7.

régime spécifique n'est cependant justifié par aucune différence de nature et devrait donc être amené à évoluer notamment au regard de l'arrêt précédent rendu par la CEDH⁴⁵¹². En outre, si ce n'est pas la loi, le pouvoir réglementaire peut aussi exclure la participation du rapporteur, comme c'est le cas pour HADOPI⁴⁵¹³. Enfin, lorsque les textes n'ont rien prévu, ce sont les autorités elles-mêmes qui sont allées en ce sens comme le démontrent les règlements intérieurs de l'ARCEP⁴⁵¹⁴, de la CRE⁴⁵¹⁵, du CSA⁴⁵¹⁶. Il faut noter que par exception, l'ARJEL ne répond pas à ce principe⁴⁵¹⁷, ce qui conduit à douter de la légalité des procédures suivies.

En définitive, il existe donc une convergence dans le régime juridique des autorités de régulation se traduisant par l'absence de participation du rapporteur au délibéré. Il s'agit là d'un exemple focal, parmi bien d'autres qu'il n'est pas nécessaire d'étudier ici en détail, de l'application du principe d'impartialité aux autorités de régulation⁴⁵¹⁸.

1557. En deuxième lieu, un problème fondamental de la régulation est lié à la question du cumul de fonctions normatives et contentieuses du point de vue du principe d'impartialité. Le Conseil d'État a répondu à cette question par deux arrêts du même jour en 2003. Ce cumul a ainsi été validé par le Conseil d'État qui a considéré que « *l'attribution par la loi à une autorité administrative du pouvoir de fixer les règles dans un domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect* » n'est pas contraire à l'article 6§1⁴⁵¹⁹. En outre, cette solution vaut également pour le pouvoir de donner un avis dès lors que cela n'emporte pas de pré-jugement au fond⁴⁵²⁰. Cette solution n'a pas été remise en cause par l'arrêt de la CEDH, à condition que le principe d'impartialité soit respecté ce qui plaide en faveur d'une séparation organique des différentes activités⁴⁵²¹.

1558. En troisième lieu, la faculté d'auto-saisine des autorités de régulation a également été validée au regard du principe d'impartialité. Celle-ci a été jugée légale par le Conseil d'État à condi-

⁴⁵¹² NICINSKI S., « L'Autorité de la concurrence », *RFDA*, 2009, p. 1242.

⁴⁵¹³ Code de la propriété intellectuelle, article R. 331-67.I.

⁴⁵¹⁴ Décision n° 2009-0527 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 11 juin 2009 portant modification du règlement intérieur, article 16 du règlement intérieur.

⁴⁵¹⁵ Décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 relatif aux procédures applicables devant la Commission de régulation de l'électricité, article 4.

⁴⁵¹⁶ Délibération du 12 février 2008 portant règlement intérieur du CSA, article 22.

⁴⁵¹⁷ Règlement intérieur de la commission des sanctions de l'Autorité de régulation des jeux en ligne, article 14.

⁴⁵¹⁸ *V.*, par exemple récemment Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 18 février 2011, *M. Genet*, n°316854, rendu à propos de la Commission des sanctions de l'AMF. Le Conseil d'État a estimé que ne violait pas le principe d'impartialité le fait qu'un membre de la formation de la Commission des sanctions avait été auparavant nommé rapporteur dans une affaire précédente portant sur des faits distincts et avait proposé des sanctions pour manquement aux obligations déontologiques.

⁴⁵¹⁹ Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 4ème sous-sections réunies, du 30 juillet 2003, *Banque d'Escompte et Wormser frères réunis*, n°238169, publié au recueil Lebon.

⁴⁵²⁰ Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 4ème sous-sections réunies, du 30 juillet 2003, *Société Dubus S.A*, n° 240884, Mentionné aux tables du recueil Lebon ; *Adde* Arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 18 février 2003 *Compagnie générale des eaux*, n°2002/14535.

⁴⁵²¹ CEDH, *Dubus S.A contre France*, Requête n°5242/04, précité, § 55 et s.

tion toutefois qu'elle ne constitue pas en un pré-jugement de l'affaire⁴⁵²². Il est tout à fait significatif de noter ici que celle-ci se justifie, selon la CEDH, en raison de la « *mission de régulation des marchés* » confiée à ces autorités⁴⁵²³, ce qui constitue une nouvelle reconnaissance de la spécificité des autorités de régulation du point de vue contentieux.

1559. En définitive, l'application du principe d'impartialité aux autorités de régulation a conduit à la convergence de leur régime juridique contentieux, et se trouve spécifiquement associé à la régulation. C'est le cas également, dans une moindre mesure, des autres principes puisqu'ils sont d'application variable.

ii. La convergence des règles de fond d'application variable : l'étendue des droits de la défense

1560. En ce qui concerne les principes d'application variable, le régime juridique mis en œuvre par les autorités de régulation tend également à converger et à se renforcer. Il s'agit ici essentiellement des principes des droits de la défense. Ainsi, si les exigences de communication préalable des griefs, de possibilité effective de se défendre, de droit à l'avocat, d'égalité des droits dans l'audition des témoins, de possibilité d'assistance gratuite d'un interprète s'appliquent, tel n'est pas le cas en revanche du droit gratuit à l'avocat qui ne relève selon le Conseil d'État que de la procédure juridictionnelle⁴⁵²⁴.

iii. La convergence des règles de fond non applicables : l'absence de publicité et de principe de personnalité des peines

1561. D'autres principes enfin sont considérés comme non pertinents dans le cadre des autorités de régulation. Ainsi le respect du principe de publicité des débats n'est pas obligatoire tant du point de vue de l'ordre judiciaire⁴⁵²⁵ que du point de vue de la juridiction administrative⁴⁵²⁶. C'est également le cas de l'application du principe de personnalité des peines, considéré par le Conseil d'État à de nombreuses reprises comme non nécessaire explicitement « *eu égard (...) à la mission de régulation des marchés* »⁴⁵²⁷, solution encore confirmée en mars 2011⁴⁵²⁸.

⁴⁵²² Arrêt du Conseil d'État, Section, du 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, n°180122, publié au recueil Lebon ; *Adde* CE, *Société Dubus S.A*, n° 240884, précité.

⁴⁵²³ CEDH, *Dubus S.A contre France*, Requête n°5242/04, précité, § 69. *Cf. Supra*.

⁴⁵²⁴ CE, S, *M. P et autres*, n°276069, précité.

⁴⁵²⁵ C. Cass., *SNC Campenon Bernard*, précité.

⁴⁵²⁶ Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 2 novembre 2005, *Société Banque privée Fideuram Wargny*, n°271202, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

⁴⁵²⁷ CE, S., *Société Crédit Agricole Indosuez Chevreux* n°207697, précité, à propos du Conseil des marchés financiers ; *Adde* CE, *Société Tradition Securities and futures*, n°293423, précité ; *Adde* CE, *Société Oddo et Compagnie*, n°316000, précité, concernant l'Autorité des marchés financiers.

1562. En définitive, il existe bien une concordance des règles de fond applicables aux autorités de régulation, dont la structure leur apparaît spécifique, car conforme à leur idée d'œuvre et rattachée dans certains cas directement à la notion juridique de régulation. Enfin, s'ils continuent certes d'exister certaines différences entre les autorités, la portée de celles-ci doit être relativisée.

b. La relativisation des différences de régime entre autorités

1563. Les différences existant entre les autorités de régulation du point de vue de la procédure administrative contentieuse sont à relativiser. Les points les plus importants ici sont d'une part l'obligation de mise en demeure (i) et la dissociation organique des fonctions de réglementation et de sanction d'autre part (ii).

i. L'obligation de mise en demeure

1564. Il est exact de constater, ainsi que l'a souligné une partie de la doctrine, qu'il existe une différence importante selon que l'autorité doit prononcer ou non une mise en demeure avant de prononcer une sanction⁴⁵²⁹. Ainsi, aucune procédure de mise en demeure ne précède le prononcé d'une sanction par l'Autorité de la concurrence, tandis que dans d'autres cas, comme le CSA⁴⁵³⁰, l'ARCEP⁴⁵³¹, la CRE⁴⁵³², l'ARAF⁴⁵³³, l'ARJEL⁴⁵³⁴, une procédure de mise en demeure est prévue avant le prononcé d'une sanction⁴⁵³⁵.

Or, pour certains auteurs, cela révèle la différence de nature même entre l'Autorité de la concurrence, intervenant *a posteriori* et sur la base d'infractions au droit de la concurrence, et les autorités de régulation, intervenant davantage *a priori* et sur la structure même du secteur⁴⁵³⁶. Cet argument n'est pas sans faire écho à la distinction entre les régulations *ex ante* et *ex post*⁴⁵³⁷. Il est dès lors possible de se reporter aux développements précédents pour répondre à cet argument.

Ainsi, s'il existe une différence de degré dans l'intervention entre les autorités de régulation sectorielle et l'Autorité de la concurrence, au sens de la distinction entre l'*ex ante* et l'*ex post*,

⁴⁵²⁸ Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 28 mars 2011, *Caisse d'Épargne de Normandie*, n°319327, Inédit au recueil Lebon.

⁴⁵²⁹ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, pp. 111-116.

⁴⁵³⁰ Cons. Const., *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC, considérants n° 38 et 39.

⁴⁵³¹ CPCE, article L. 36-11.

⁴⁵³² Code de l'énergie, articles L. 314-25 à L. 314-30, à l'exception de l'article L. 134-28. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 40.

⁴⁵³³ Code des transports, article L. 2135-7.

⁴⁵³⁴ Loi n° 2010-476 précitée, article 43.I.

⁴⁵³⁵ *V.*, à ce propos Arrêt du Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 22 octobre 2010, *Société Vortex*, n°324614, Inédit au recueil Lebon, selon lequel la validité des mises en demeure du CSA n'est pas limitée dans le temps. *V.*, BENELBAZ C., note sous CE, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 22 octobre 2010, *Société Vortex*, n°324614, Inédit au recueil Lebon, *AJDA*, 2011, pp. 740-743.

⁴⁵³⁶ MARCOU G., « Régulation, services publics et intégration européenne en France », *op. cit.*, p. 116.

⁴⁵³⁷ *Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitres 1 et 2.*

celle-ci doit être relativisée en ce sens que si elle rend compte partiellement de la distinction entre régulation sectorielle et régulation concurrentielle, elle ne rend pas compte de la distinction existant entre ce qui relève de la régulation et ce qui ne relève pas de la régulation⁴⁵³⁸. L'existence de la mise en demeure est donc sans doute liée à l'ordre public économique dont il s'agit et non pas à l'idée d'œuvre de la régulation elle-même. En somme, elle est liée à la sous-catégorie de régulation, et non à la catégorie de régulation elle-même.

1565. Par ailleurs, le droit positif semble évoluer dans le sens d'un rapprochement des autorités de régulation sectorielle vis-à-vis du droit de la concurrence, au moins en ce qui concerne le droit des communications électroniques, puisque l'ordonnance relative aux communications électroniques du 24 août 2011 a modifié l'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques pour autoriser l'ARCEP à adopter des sanctions sans que la mise en demeure ne soit précédée du délai d'un mois, ce qui diminue considérablement la portée théorique et pratique de celle-ci et rapproche l'ARCEP de l'Autorité de la concurrence⁴⁵³⁹.

En outre, force est de constater ici, une nouvelle fois, que l'on constate un rapprochement de l'Autorité de la concurrence et des autorités de régulation sectorielle de ce point de vue. En effet, des dispositifs comme les procédures d'engagement ou de clémence ont le même effet fonctionnel que la mise en demeure puisqu'ils visent à éviter une sanction aux entreprises à condition qu'elles se conforment aux règles de l'ordre public économique considéré⁴⁵⁴⁰. Comme le note l'Autorité de la concurrence, « le rôle de l'autorité s'est (...) doublement étendu : en intervenant *ex ante*, et en obtenant des entreprises des modifications contractuelles »⁴⁵⁴¹. Dès lors, non seulement il existe un rapprochement entre les deux régimes, mais encore le régime de l'Autorité de la concurrence, en ce qu'il fait prévaloir des mécanismes conventionnels sur des mécanismes unilatéraux comme la mise en demeure, semble plus pertinent du point de vue de l'efficacité économique⁴⁵⁴².

ii. La séparation organique interne de l'autorité de régulation

1566. Il existe une différence importante entre autorités selon que celles-ci connaissent ou non une distinction organique en leur sein entre les fonctions générales et les fonctions de sanction et donc un processus plus ou moins important de personification⁴⁵⁴³. Sont ainsi caractérisées, à l'exclusion des autres, par un processus de séparation organique l'AMF⁴⁵⁴⁴, la CRE via le Comité

⁴⁵³⁸ Cf. *Partie 1, Titre 2, Chapitre 2*.

⁴⁵³⁹ Ordonnance n° 2011-1012 précitée, article 18.I 3°. *V.*, sur ce point ARCEP, (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2010, pp. 13-14.

⁴⁵⁴⁰ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2009, pp. 98-103.

⁴⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁵⁴² Cf. *Supra*.

⁴⁵⁴³ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1*.

⁴⁵⁴⁴ C. Mon. Fin., article L. 621-2. I.

des règlements de différends et sanction dit CoRDIS⁴⁵⁴⁵, l'ARJEL⁴⁵⁴⁶, HADOPI⁴⁵⁴⁷, et même une autorité peu étudiée ici en raison de sa qualification d'autorité de police, l'ACP⁴⁵⁴⁸.

D'autres autorités ne disposent pas d'une telle séparation, comme le CSA ou l'ARCEP. L'Autorité de la concurrence, enfin, connaît pour sa part, comme toujours, une structure intermédiaire. Sans aller jusqu'à la création d'une Commission distincte pour les sanctions⁴⁵⁴⁹, les services chargés de l'enquête et de l'instruction ont été récemment placés sous l'autorité du rapporteur général et séparés du collège de l'autorité⁴⁵⁵⁰. Il y a donc une forme de séparation.

1567. Pourtant, il n'existe aucune rationalité particulière concernant l'existence ou non d'une séparation organique. D'un point de vue théorique et juridique, il serait d'ailleurs préférable de généraliser cette solution autant que faire se peut⁴⁵⁵¹ dans la mesure où c'est la solution qui garantit le mieux l'impartialité objective de l'autorité comme le considèrent aussi bien la doctrine juridique⁴⁵⁵² que la doctrine économique⁴⁵⁵³. En outre, ainsi qu'il a été démontré, un tel processus apparaît parfaitement conforme à la logique de personnification de la régulation au sens de l'analyse néo-institutionnelle du droit⁴⁵⁵⁴. En toute hypothèse, cette différence de régime juridique n'a pas de rapport avec la notion de régulation en tant que telle et ne doit donc pas être considérée comme un obstacle à l'élaboration d'une notion juridique unique.

1568. En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que les autorités de régulation présentent bien un régime juridique si ce n'est unique, au moins très fortement convergent, du point de vue contentieux. Il est d'ailleurs significatif de noter ici qu'un grand nombre de solutions contentieuses sont expressément rattachées à la notion de régulation, confirmant l'existence et la cohérence de l'institution juridique de régulation au sens où nous l'avons déterminé. Celle-ci se trouve enfin encore renforcée par l'étude du régime juridique juridictionnel des autorités de régulation qui présente également un certain nombre de spécificités qui permettent de rendre compte de l'idée d'œuvre de la régulation.

⁴⁵⁴⁵ Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, article 5. Désormais, Code de l'énergie, article L. 132-1. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, articles 38 et 40.

⁴⁵⁴⁶ Loi n° 2010-476 précitée, article 35.I.

⁴⁵⁴⁷ Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-15.

⁴⁵⁴⁸ C. Mon. Fin., article L. 612-4.

⁴⁵⁴⁹ DAHAN T., LEMAIRE C., « Portrait de l'Autorité en jeune fille. L'Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ », *article précité*, pp. 7-8.

⁴⁵⁵⁰ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2008, pp. 20-21.

⁴⁵⁵¹ RACINE P.-F., « Le Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS) de la Commission de régulation de l'énergie », *RJEP*, mars 2010, n°673, p. 3.

⁴⁵⁵² COIN R., « La régulation du secteur de l'énergie en France à l'heure de l'ouverture totale du marché », *op. cit.*, pp. 655-656.

⁴⁵⁵³ GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A., *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, *op. cit.*, pp. 48-50.

⁴⁵⁵⁴ Cf. *Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.*

B. La spécificité du régime juridique juridictionnel des autorités de régulation

1569. Ainsi qu'il a pu être démontré dans la thèse de Martin Collet⁴⁵⁵⁵, le régime juridique juridictionnel qui s'attache aux autorités administratives indépendantes ne permet pas d'en faire une catégorie juridique précise dans la mesure où celui-ci ne connaît guère de règles spéciales rattachées spécifiquement aux autorités administratives indépendantes⁴⁵⁵⁶.

Cependant, comme le soulignait l'auteur lui-même, il existe des exceptions à ce résultat s'agissant du CSA, de l'AMF, de l'Autorité de la concurrence, de l'ARCEP, etc.⁴⁵⁵⁷. Or, on peut à ce propos constater, et d'autant que l'auteur ne le fait pas lui-même, qu'il s'agit dans tous les cas d'autorités de régulation. Dès lors, s'il n'existe pas de spécificité juridictionnelle des autorités administratives indépendantes, il existe cependant des spécificités juridictionnelles des autorités de régulation. On le constate tant en ce qui concerne la compétence juridictionnelle (1) qu'en ce qui concernent les règles de fond applicables (2).

1. Un régime juridique spécifique du point de vue de la compétence juridictionnelle

1570. La régulation entraîne un régime juridique spécifique du point de vue de la compétence juridictionnelle en ce qu'elle permet d'attribuer par exception des compétences au juge judiciaire (a). La répartition des compétences entre les ordres de juridiction s'explique alors par la répartition des contentieux entre sanction du droit objectif et garantie des droits subjectifs conformément à l'analyse néo-institutionnelle du droit (b).

a. La régulation, fondement de l'attribution de compétences au juge judiciaire

1571. En principe, la mission de régulation n'est pas la justification de l'attribution de compétences relevant normalement de l'ordre juridictionnel administratif au profit du juge judiciaire (i). Cependant, elle en apparaît comme une justification secondaire et complémentaire (ii).

i. La bonne administration de la justice, fondement principal de l'attribution de compétences au juge judiciaire

1572. Comme chacun sait, c'est à propos de l'attribution du contrôle juridictionnel des actes du Conseil de la concurrence au juge judiciaire que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de

⁴⁵⁵⁵ COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, 397 p.

⁴⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 33.

constitutionnaliser le bloc de compétence du juge administratif⁴⁵⁵⁸ et de consacrer par exception la possibilité d'attribuer des compétences relevant normalement de ce bloc au juge judiciaire dans l'hypothèse où le contentieux serait totalement éclaté entre les deux ordres de juridiction et donc « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice »⁴⁵⁵⁹.

La répartition des compétences a donc pour fondement premier la bonne administration de la justice. C'est ainsi que lorsque la question de la répartition des compétences juridictionnelles a été soulevée devant le Conseil constitutionnel à propos de l'ART, le juge a considéré que les contentieux visés par la loi pouvaient être portés devant la Cour d'Appel de Paris au regard des nécessités d'une bonne administration de la justice⁴⁵⁶⁰. En effet, les litiges d'interconnexion peuvent être portés devant l'ART dans le cadre du règlement de différends, mais aussi devant le Conseil de la concurrence ou encore devant le juge du contrat⁴⁵⁶¹.

La bonne administration de la justice semble donc le fondement principal de l'attribution de compétences juridictionnelles au juge judiciaire. Cependant, la régulation apparaît comme un fondement implicite complémentaire à ce transfert de compétences.

ii. La régulation, fondement implicite secondaire de l'attribution de compétences au juge judiciaire

1573. La régulation apparaît comme un fondement secondaire de l'attribution de compétences au juge judiciaire. En effet, la décision du Conseil constitutionnel relative à l'ART comporte une mention nouvelle, placée à la suite du considérant de principe présent dans la décision de 1987, selon laquelle « une telle unification peut être opérée tant en fonction de l'autorité dont les décisions sont contestées, qu'au regard de la matière concernée »⁴⁵⁶². Ainsi, cette décision conduit bien à reconnaître comme fondement de la répartition des compétences juridictionnelles, outre la bonne administration de la justice, la matière concernée et la fonction de l'autorité en cause⁴⁵⁶³.

Or, cette analyse tripartite correspond à l'institution de régulation au sens de l'analyse néo-institutionnelle du droit. En premier lieu, il y a ici une référence à la fonction et à la matière concernée, c'est-à-dire à l'ordre public économique considéré. En second lieu, il y a ici une référence à l'autorité concernée, ce qui peut être analysé comme renvoyant au critère organique de la régulation. Les critères utilisés par le Conseil constitutionnel confirment donc le rattachement du transfert de compétences au juge judiciaire à la notion juridique de régulation.

⁴⁵⁵⁸ Décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, considérant n°15.

⁴⁵⁵⁹ *Ibid.*, considérant n°16.

⁴⁵⁶⁰ Cons. Const., *Loi de réglementation des télécommunications*, n° 96-378 DC, précité, considérant n°24.

⁴⁵⁶¹ *Ibid.*, considérant n°23.

⁴⁵⁶² *Ibid.*, considérant n°22.

⁴⁵⁶³ COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 244.

1574. En outre, il est significatif de souligner que le transfert de compétences au juge judiciaire trouve une part importante de sa justification dans la promotion de l'efficacité économique, que la Cour d'Appel de Paris serait mieux à même de poursuivre⁴⁵⁶⁴. Même si elle peut apparaître discutabile aux yeux des administrativistes⁴⁵⁶⁵, une telle justification est en toute hypothèse tout à fait conforme à l'idée d'œuvre de la régulation.

Ainsi, pour certains auteurs, il existe une différence de traitement entre les autorités de régulation et les administrations classiques, le Conseil constitutionnel étant dans ce dernier cas plus enclin à protéger les compétences du juge administratif⁴⁵⁶⁶. Le régime des autorités de régulation trouve donc ici une nouvelle manifestation de sa singularité, qui se justifie notamment d'un point de vue économique.

1575. La régulation justifie donc la possibilité de transférer au juge judiciaire un certain nombre de compétences. La structure de répartition des compétences qui en résulte pourrait alors trouver sa logique dans la notion même de régulation au sens de l'analyse néo-institutionnelle du droit.

b. La régulation, logique de la répartition des compétences juridictionnelles

1576. Le droit positif de la régulation se caractérise par un grand éclatement des compétences juridictionnelles (i), qui retrouve néanmoins une cohérence dans le cadre du modèle de l'analyse néo-institutionnelle (ii).

i. La structure de répartition des compétences juridictionnelles en droit de la régulation

1577. Le droit positif de la régulation se caractérise par un grand éclatement des compétences juridictionnelles entre le juge judiciaire d'une part et le juge administratif d'autre part, souvent considéré par la doctrine comme dépourvu de logique⁴⁵⁶⁷.

Ainsi, le juge judiciaire est compétent pour connaître des recours formés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence⁴⁵⁶⁸. Il est compétent pour connaître des décisions de règlement de différends de l'ARCEP⁴⁵⁶⁹, de la CRE⁴⁵⁷⁰, de l'ARAF⁴⁵⁷¹, et d'HADOPI⁴⁵⁷². Il est compé-

⁴⁵⁶⁴ COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 263-293.

⁴⁵⁶⁵ *Ibid.*, pp. 263-293.

⁴⁵⁶⁶ *Ibid.*, pp. 241-243.

⁴⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 247. *V.*, également CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 555-556.

⁴⁵⁶⁸ C. Com., articles L. 464-8 et L. 464-9.

⁴⁵⁶⁹ CPCE, article L. 36-8.IV.

⁴⁵⁷⁰ Code de l'énergie, articles L. 134-21 et L. 134-24. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 38.II.

⁴⁵⁷¹ Code des transports, article L. 2134-3.

⁴⁵⁷² Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-35.

tent pour connaître des décisions de l'AMF⁴⁵⁷³ sauf pour les professionnels des marchés financiers dont la liste est fixée par le Code monétaire et financier⁴⁵⁷⁴.

En revanche, le juge administratif reste compétent pour le contrôle des concentrations opéré par l'Autorité de la concurrence à défaut d'attribution de ce contentieux au juge judiciaire⁴⁵⁷⁵. S'agissant de l'ARCEP, il est compétent pour connaître des décisions de sanction administrative⁴⁵⁷⁶, pour les décisions d'analyse de marché pertinent au sens de l'article L. 37-1 CPCE ou dans le cas du service universel⁴⁵⁷⁷, et pour l'ensemble des règlements et des autorisations administratives en vertu de l'application des règles normales de répartition des compétences⁴⁵⁷⁸. S'agissant de la CRE, il reste compétent pour les sanctions administratives⁴⁵⁷⁹, les règlements et les autorisations en vertu des règles normales de répartition des compétences⁴⁵⁸⁰. La loi a prévu la même chose pour l'ARAF⁴⁵⁸¹. Enfin, concernant le CSA, le Conseil d'État reste compétent pour l'ensemble de ses décisions, y compris le règlement de différends⁴⁵⁸².

L'éclatement des contentieux des autorités de régulation est donc réel et ne semble pas parfaitement rationnel. On peut cependant proposer une rationalité à ce partage par le biais de l'analyse néo-institutionnelle du droit.

ii. L'explication néo-institutionnelle de la répartition des compétences juridictionnelles

1578. La répartition des compétences juridictionnelles par le législateur semble aujourd'hui s'articuler selon une logique consistant à donner au juge judiciaire la compétence en matière de règlement de différends et au juge administratif la compétence en matière d'appréciation de la légalité d'un règlement, d'une sanction administrative et d'une autorisation administrative⁴⁵⁸³, même si cette logique n'est pas parfaitement respectée comme le démontrent les régimes du CSA ou de l'Autorité de la concurrence⁴⁵⁸⁴.

Or, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de découvrir et de proposer une logique suivie par le législateur lors de la répartition des compétences juridictionnelles concernant les actes des autorités de régulation. En effet, cette répartition suit la distinction entre sanction du

⁴⁵⁷³ C. Mon. Fin., article L. 621-30.

⁴⁵⁷⁴ *Ibid.*, article L. 621-9.II. V., Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 23 mars 2005, *ADAM*, n° 267811, inédit au recueil Lebon.

⁴⁵⁷⁵ C. Com., articles L. 464-7 et 464-8.

⁴⁵⁷⁶ CPCE, article L. 36-11.

⁴⁵⁷⁷ *Ibid.*, article L. 38-3.

⁴⁵⁷⁸ La compétence du Conseil d'État n'est en effet pas prévue par les textes ici.

⁴⁵⁷⁹ Code de l'énergie, article L. 134-4. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 40 7°.

⁴⁵⁸⁰ La compétence du Conseil d'État n'est pas prévue par les textes ici.

⁴⁵⁸¹ Code des transports, article L. 2135-8.

⁴⁵⁸² Loi n° 86-1067 précitée, article 42-8.

⁴⁵⁸³ COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 249-250.

⁴⁵⁸⁴ *Cf. Supra.*

droit objectif, pour lequel le juge administratif est compétent, et des droits subjectifs, pour lesquels le juge judiciaire est compétent – même si cette logique a pour exception la compétence du Conseil d'État s'agissant du pouvoir de règlement de différends du CSA et l'attribution totale du contentieux de l'Autorité de la concurrence au juge judiciaire. Ceci est cohérent avec les attributions historiques, et peut être naturelles, de ces deux juges. La même logique est opérante pour l'AMF, dans la mesure où les décisions concernant les non-professionnels dépendent du juge judiciaire – car il s'agit surtout de protéger leurs droits subjectifs.

La régulation, en tant que combinaison du droit objectif et des droits subjectifs, relèverait donc nécessairement des deux juges à la fois. C'est donc la notion de régulation au sens de l'analyse néo-institutionnelle du droit qui justifierait et impliquerait une telle répartition du contentieux en tant qu'élément de son régime. Toutefois, cette explication n'est pas suivie par le droit positif qui, soit suit les règles traditionnelles de la répartition des compétences entre les juges lorsque le législateur n'a pas fait de choix, soit est contraint par les choix du législateur qui ne sont pas toujours parfaitement rationnels. Elle est donc exclusivement théorique.

1579. La régulation admet donc un régime juridique propre du point de vue de la répartition des compétences juridictionnelles. En outre, certaines règles de fond semblent spécifiques à la régulation, achevant de caractériser l'existence d'une catégorie juridique bien déterminée.

2. L'émergence de règles juridictionnelles spécifiques à la régulation

1580. Si elles restent marginales, on constate l'émergence progressive de certaines règles de fond spéciales concernant certaines autorités administratives indépendantes⁴⁵⁸⁵, et plus précisément concernant les autorités de régulation. Si le recours au juge pour contrôler les autorités de régulation, et il s'agit de la seule solution possible dans un État de droit⁴⁵⁸⁶, est aujourd'hui unanimement admis, celui-ci peut présenter des spécificités qui s'expliquent par les caractéristiques propres de la régulation en termes d'expertise, de technicité, de rapidité, etc., conformément à l'idée d'œuvre de celle-ci⁴⁵⁸⁷. On le constate tant du point de vue de la recevabilité des recours (a) que de l'examen au fond des questions de droit posées (b).

⁴⁵⁸⁵ COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 297-298.

⁴⁵⁸⁶ DENOIX DE SAINT MARC R., « Régulateurs et juges. Introduction générale », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 116.

⁴⁵⁸⁷ V., par exemple RAMEX G., « L'expérience française du contrôle du régulateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 39 ; Adde COLLET M., « De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », *op. cit.*, p. 46.

**a. L'émergence de règles spécifiques en matière de recevabilité du recours
juridictionnel**

1581. Un certain nombre de règles relatives à la recevabilité de l'action devant le juge peuvent être considérées comme spécifiques à la régulation, en matière d'intérêt à agir (i), de délais (ii) et de personnalité contentieuse (iii).

i. La spécificité de l'intérêt à agir en matière de régulation

1582. Il a pu être soutenu un temps que l'appréciation de l'intérêt à agir ne présentait pas de spécificité devant les autorités administratives indépendantes⁴⁵⁸⁸. Cette situation a cependant progressivement évolué s'agissant des autorités de régulation ou au moins des autorités administratives indépendantes disposant d'un pouvoir de sanction administrative.

Ainsi, il est considéré depuis longtemps par le Conseil d'État, contrairement au droit commun et à propos du CSA⁴⁵⁸⁹, que les tiers ont intérêt à agir contre le refus de l'autorité de prendre une sanction à l'encontre d'une personne⁴⁵⁹⁰. Cette solution a été généralisée par l'arrêt *Tinez et autres* du 30 novembre 2007 du Conseil d'État. En effet, dans cet arrêt, le Conseil d'État a considéré que, s'agissant d' « une autorité administrative indépendante qui dispose en vertu de la loi d'un pouvoir de sanction qu'elle exerce de sa propre initiative » et « dont l'objet ne se borne pas à punir certains comportements mais consiste, eu égard notamment à la nature des mesures susceptibles d'être prononcées, à assurer la sécurité d'un marché », que toutes « les personnes qui interviennent sur le marché soumis au contrôle de l'autorité justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour contester » une éventuelle sanction⁴⁵⁹¹. Cet arrêt consacre donc de la manière la plus nette une très grande recevabilité de l'action au bénéfice des tiers à la décision, au regard de la mission et des pouvoirs de l'autorité dont il s'agit⁴⁵⁹². Cet arrêt pose donc une règle contentieuse spécifique qui semble bien relever de la catégorie juridique en émergence de l'autorité de régulation⁴⁵⁹³.

Enfin, la conception extensive de la recevabilité du recours contre les actes des autorités de régulation a été confirmée par la jurisprudence postérieure relative aux communications électroniques, puisqu'à propos de la sanction d'obligations imposées à un opérateur au titre de son occupation du domaine public hertzien, le Conseil d'État a admis la recevabilité de l'action d'un concurrent, concerné seulement indirectement par la décision litigieuse en ce qu'il avait intérêt à

⁴⁵⁸⁸ COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, op. cit., pp. 300-304.

⁴⁵⁸⁹ COLLET M., « Autorités de régulation économique : l'émergence d'une catégorie nouvelle ? », *article précité*, p. 14.

⁴⁵⁹⁰ Arrêt du Conseil d'État, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, du 6 avril 1998, *Union syndicale de la production audiovisuelle*, n°178445, inédit au recueil Lebon.

⁴⁵⁹¹ Arrêt du Conseil d'État, Section du contentieux, du 30 novembre 2007, *Tinez et autres*, n°293952, Publié au recueil Lebon.

⁴⁵⁹² COLLET M., « Autorités de régulation économique : l'émergence d'une catégorie nouvelle ? », *article précité*, p. 13.

⁴⁵⁹³ *Ibid.*, p. 14.

son maintien, au nom de l'interdépendance entre les acteurs⁴⁵⁹⁴. Selon le rapporteur public, cette solution est venue confirmer une jurisprudence admettant largement l'intérêt à agir en matière de communications électroniques⁴⁵⁹⁵.

En somme, la régulation se caractérise d'abord, du point de vue juridictionnel, par une admission extrêmement large de l'intérêt à agir contre la décision d'une autorité de régulation. Les délais de recevabilité sont également particuliers.

ii. La spécificité des règles de délai du recours juridictionnel en matière de régulation

1583. En deuxième lieu, les règles de délai de recours sont également spécifiques, répondant à l'unique souci de raccourcir les délais judiciaires afin de respecter le rythme du secteur économique, plus rapide que dans le cas du droit commun⁴⁵⁹⁶.

Il n'est guère utile de procéder ici à un recensement de ces délais. En revanche, il est tout à fait significatif de souligner que cette particularité a été expressément reconnue et rattachée à la régulation par le Conseil d'État lui-même. Ainsi, dans un arrêt *Société financière Hottinguer* rendu en 2005 à propos de l'Autorité des marchés financiers, le Conseil d'État a considéré, alors qu'était contesté le court délai pour soumettre à la Cour d'Appel de Paris certaines décisions de l'AMF, que celui-ci n'avait pas méconnu les dispositions de la CEDH car il « se trouve (...) justifié par la nécessité que ces litiges, qui concernent la régulation des marchés, soient jugés rapidement »⁴⁵⁹⁷. Ainsi, l'existence de délais courts de jugement apparaît comme un élément du régime juridique spécifiquement attaché à la régulation.

iii. La personnalité contentieuse des autorités de régulation

1584. Enfin, les questions de savoir si les autorités de régulation ont qualité pour agir en justice et être partie aux instances relatives à leurs propres décisions devraient dépendre en principe de l'existence ou non d'une personnalité morale propre. En l'absence de celle-ci, et en tant qu'administrations, les autorités de régulation être représentées par l'État et donc par les ministres⁴⁵⁹⁸. Pourtant, les autorités de régulation présentent une spécificité en ce qu'il leur est reconnu une personnalité contentieuse.

En premier lieu, mêmes les autorités de régulation ne disposant pas de la personnalité

⁴⁵⁹⁴ Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 27 avril 2009, *Bonygues Télécom*, n°312741, Publié au recueil Lebon.

⁴⁵⁹⁵ V., LENICA F., conclusions sur Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 27 avril 2009, *Bonygues Télécom*, n°312741, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, n°666, juillet 2009, p. 28.

⁴⁵⁹⁶ COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, op. cit., pp. 317-319.

⁴⁵⁹⁷ CE, *ADAM*, n°267811, précité.

⁴⁵⁹⁸ CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2008, 13ème Ed., p. 1277.

morale se sont vues reconnaître la possibilité d'ester directement en justice par la loi. C'est notamment le cas du CSA⁴⁵⁹⁹, de l'ARCEP⁴⁶⁰⁰, de la CRE⁴⁶⁰¹, de l'ARJEL⁴⁶⁰², et de l'Autorité de la concurrence⁴⁶⁰³. Or, une telle capacité, plutôt rare en droit positif, semble pouvoir être rattachée aux autorités de régulation et donc constituer une particularité de leur régime juridique⁴⁶⁰⁴.

En second lieu, les autorités de régulation ne disposant pas de la personnalité morale, elles ne devraient pas pouvoir être parties à l'instance. D'ailleurs, cette solution classique, conforme au droit commun, est à ce jour la position adoptée par la Cour de cassation dans sa jurisprudence⁴⁶⁰⁵.

Pourtant, la jurisprudence du Conseil d'État tend à diverger de celle de la Cour de cassation de ce point de vue. En effet, un arrêt *Société Canal + Distribution* de juillet 2010 rendu à propos d'une décision de règlement de différends du CSA⁴⁶⁰⁶, le Conseil d'État a admis, quoiqu'implicitement, l'existence d'une personnalité contentieuse de l'autorité de régulation en considérant ses observations au pourvoi recevables⁴⁶⁰⁷. Une telle position pourrait constituer les prémices de la reconnaissance d'une personnalité contentieuse des autorités de régulation en l'absence de personnalité morale, ce qui irait dans le sens de leur spécificité institutionnelle et renforcerait le régime juridique de la régulation.

1585. En somme, certaines règles juridictionnelles de recevabilité des recours semblent spécifiquement attachées à la régulation. Il en est de même en ce qui concerne certaines règles relatives à l'examen au fond des questions posées.

b. L'émergence de règles juridictionnelles de fond spécifiques

1586. Enfin, on assiste à l'émergence d'un régime juridique spécifique s'agissant des règles de fond applicables devant le juge. Celles-ci sont surtout relatives aux rapports qu'entretient le juge avec le temps, et s'inscrivent donc dans l'optique d'efficacité propre aux autorités de régulation, comme on le voit notamment en matière de procédures d'urgence ou s'agissant des délais dont le juge dispose pour statuer (i). La question du régime de la responsabilité des autorités de régulation, et notamment de la responsabilité de l'État de leur fait, est plus discutée (ii).

⁴⁵⁹⁹ Loi n° 86-1067 précitée, article 20.

⁴⁶⁰⁰ CPCE, article L. 134.

⁴⁶⁰¹ Code de l'énergie, article L. 132-1. Anciennement, loi n° 2000-108 précitée, article 30.

⁴⁶⁰² Loi n° 2010-476 précitée, article 37.

⁴⁶⁰³ C. Com., article L. 461-4.

⁴⁶⁰⁴ COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 309 ; Adde AUTIN J.-L., « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *RDP*, 1991, p. 1545.

⁴⁶⁰⁵ Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 12 décembre 2006, 05-19.610, Publié au bulletin.

⁴⁶⁰⁶ CE, *Société Canal + Distribution*, n°335336, précité.

⁴⁶⁰⁷ DELZANGLES H., note sous CE, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 09 juillet 2010, *Société Canal + Distribution*, n°335336, article précité, p. 21.

i. L'émergence de règles spécifiques en matière de délai

1587. Les règles de fond juridictionnelles applicables aux autorités de régulation semblent tout d'abord prendre en compte le rapport particulier de ces dernières avec le temps.

En premier lieu, dans le cadre des procédures d'urgence, le juge prend en compte la rapidité des évolutions dans ces secteurs, notamment dans les communications électroniques, pour apprécier de façon souple la condition d'urgence⁴⁶⁰⁸. En second lieu, ce même souci de rapidité a conduit à limiter la durée des procès. Ainsi, lorsqu'il a à juger d'un acte de règlement de différends, le juge dispose en général seulement d'un mois pour juger⁴⁶⁰⁹. Il s'agit ici également de s'adapter à la rapidité du secteur dont il est question, caractéristique de la régulation⁴⁶¹⁰.

Le rapport au temps semble donc spécifique en matière de régulation. La question de la spécificité du régime de responsabilité administrative est plus discutée.

ii. Le débat sur la spécificité de la responsabilité administrative en matière de régulation

1588. La règle de principe en matière de responsabilité de l'État du fait des autorités de régulation a été posée en 2001, et il est depuis acquis que la responsabilité de l'État n'est engagée à leur propos que pour faute lourde⁴⁶¹¹. Sur ce point, la question a été posée de savoir si cette solution devait être justifiée de manière particulière, c'est-à-dire non par la seule application des règles classiques du droit administratif, mais par la spécificité de la mission de régulation⁴⁶¹². En effet, dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement justifiait cette solution par la spécificité de la mission de la Commission bancaire et notamment par la référence à la mission de régulation supposée de cette autorité⁴⁶¹³. Certains auteurs ont donc pu voir dans ce régime de responsabilité une spécificité de la régulation en tant que catégorie juridique⁴⁶¹⁴.

Cependant, cette solution n'est pas vraiment originale, puisqu'il s'agit de la solution traditionnelle en matière de responsabilité de l'État fondée sur le contrôle⁴⁶¹⁵. La particularité du régime de la responsabilité des autorités de régulation est donc remise en cause dans certains tra-

⁴⁶⁰⁸ Ordonnance du Conseil d'État, du 20 octobre 2003, *Société Louis Dreyfus Communication*, n°260477, Mentionné aux tables du recueil Lebon ; *Adde* Ordonnance du Conseil d'État du 19 janvier 2004, n° 263012, *Sté T-Online France*.

⁴⁶⁰⁹ CPCE, article 36-8 ; *Adde* Loi n° 2000-108 précitée, article 38-2.

⁴⁶¹⁰ COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 319-320.

⁴⁶¹¹ Arrêt du Conseil d'État, Assemblée, du 30 novembre 2001, *Ministre de l'économie contre Kechichian*, n°219562, publié au recueil Lebon.

⁴⁶¹² ROUYÈRE A., « Responsabilité civile et régulation. Éléments d'une rencontre », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, p. 34.

⁴⁶¹³ SEBAN A., conclusions sur CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Économie c/ Kechichian, RFDA*, 2002, pp. 747-748.

⁴⁶¹⁴ MODERNE F., « Responsabilité de la puissance publique et contrôle prudentiel des entreprises du secteur financier. Retour sur la jurisprudence *Kechichian* », in *Mélanges P. Amserek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 593-614.

⁴⁶¹⁵ *V.*, par exemple récemment Arrêt du Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, du 29 octobre 2010, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche*, n° 338001, Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

vauX de droit administratif⁴⁶¹⁶. Sur ce point, il faudrait sans doute une évolution jurisprudentielle du régime de responsabilité de l'État du fait du contrôle pour déterminer si l'existence d'une mission de régulation entraîne ou non l'application du régime de responsabilité spécifique. En l'état du droit positif, l'existence d'une spécificité de la responsabilité de l'État du fait des autorités de régulation semble essentiellement doctrinale.

1589. En toute hypothèse, il existe donc un certain nombre de règles qui, du point de vue juridictionnel, se trouvent spécifiquement attachées à la notion juridique de régulation. Ces règles, dès lors qu'on les combine aux précédentes, achèvent de caractériser l'existence d'un régime juridique des autorités de régulation et donc d'ériger la régulation en authentique institution juridique du droit administratif français.

⁴⁶¹⁶ SÉE A., *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, *op. cit.*, pp. 364-377.

Conclusion du Chapitre 2nd

1590. L'analyse néo-institutionnelle du droit permet donc de démontrer enfin, toujours sur la base de la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle, qu'il existe un régime juridique, si ce n'est unique, au moins très fortement convergent, spécifiquement attaché à la régulation. Ce régime est lié à la figure de l'autorité de régulation, puisqu'il vise d'une part ses règles d'organisation et d'autre part ses règles de fonctionnement.

D'une part, l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation permet de dégager des règles convergentes en ce qui concerne l'organisation des autorités de régulation. Celles-ci connaissent alors deux caractéristiques principales, leur indépendance et le cumul de pouvoirs normatifs et contentieux. En ce qui concerne l'indépendance, les autorités de régulation se caractérisent par un ensemble de dispositifs convergents qui ont pour objet de garantir leur indépendance vis-à-vis tant des pouvoirs publics que des entreprises privés, indépendance qui s'accompagne cependant d'une responsabilité à l'endroit du Parlement. En ce qui concerne le cumul de pouvoirs normatifs et contentieux, le régime de la régulation est là aussi convergent. Tout d'abord, les autorités de régulation se caractérisent par l'attribution d'un pouvoir normatif unilatéral contraignant et non contraignant, et d'un pouvoir normatif de type quasi-bilatéral. Ensuite, les autorités de régulation se caractérisent par l'exercice d'un pouvoir contentieux, qui vise d'une part toujours à sanctionner le droit objectif et parfois à sanctionner l'existence de droits subjectifs, sans que cette différence soit déterminante concernant la qualification même de régulation. Sur ces points, l'Autorité de la concurrence présente un visage un peu particulier, mais les évolutions du droit positif tendent là aussi à la rapprocher des autorités de régulation sectorielle.

D'autre part, l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation permet de dégager des règles convergentes en ce qui concerne le fonctionnement des autorités de régulation, dont un certain nombre sont expressément rattachées à la notion juridique de régulation dans la jurisprudence. Tout d'abord, il est possible de dégager un régime juridique de procédure non contentieuse spécifiquement attaché à la régulation, car fondé sur le principe de transparence et de concertation. Ensuite, il est possible de dégager un régime juridique contentieux spécifique à la régulation. L'exercice de leur part d'une fonction quasi-juridictionnelle implique en effet l'application d'un régime dérogatoire au droit commun caractérisé par une plus grande protection des administrés. En outre, la régulation connaît un traitement juridictionnel spécifique, la jurisprudence considérant, parfois explicitement, que la régulation implique un certain nombre de spécificités en termes de compétence juridictionnelle, de recevabilité du recours, de délai, de personnalité contentieuse, etc. Il existe donc enfin, au bout de la chaîne du système juridique, un régime juridique propre à la régulation qui achève de la caractériser en tant que catégorie juridique.

Conclusion du Titre 2nd

1591. Enfin, l'étude permet de proposer une définition formelle de la régulation qui est, conformément aux principes de l'analyse néo-institutionnelle du droit, guidée par sa définition matérielle. Il est donc possible d'abord de proposer une définition organique de la régulation puis de chercher à déterminer le régime juridique qui lui est spécifiquement associé.

En premier lieu, l'analyse du droit formel de la régulation permet de définir du point de vue organique la régulation comme étant prise en charge par autorité de régulation, définie comme *une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante disposant de pouvoirs normatifs et contentieux*. En effet, il apparaît que la concordance, puis la coévolution du droit positif et de la théorie économique, ont concentré la fonction de régulation non dans les mains de l'ensemble des autorités administratives, mais dans les seules mains d'autorités spécifiques répondant à la définition ci-dessus, dans le sens du processus de personnification des institutions juridiques décrit par la théorie de l'institution. La caractérisation d'un critère organique propre à la régulation a alors une portée théorique certaine, puisqu'elle permet de rejeter à la fois les œuvres de définition qui considèrent que la régulation est exercée par l'ensemble des autorités administratives, et les œuvres de définition qui voient dans la régulation une nouvelle forme de normativité, cette dernière apparaissant comme un élément de régime mais non comme un élément de définition de la régulation. En définitive, la régulation se définit comme *la fonction administrative prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante ayant pour objet la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*.

En second lieu, le régime juridique particulier de la régulation s'analyse alors comme essentiellement attaché aux règles d'organisation et de fonctionnement des autorités de régulation, qui sont pour nombre d'entre elles dérogatoires au droit commun et spécifiquement rattachées à la fonction de régulation dans la jurisprudence. Ainsi, les autorités de régulation s'organisent autour d'une indépendance qui trouve sa limite dans leur responsabilité vis-à-vis du Parlement, et du cumul d'un pouvoir normatif contraignant et non contraignant et d'un pouvoir contentieux visant à sanctionner droit objectif et parfois droits subjectifs. Elles fonctionnent sur la base de procédures particulières, du point de vue non contentieux d'abord, puisque leur fonctionnement est régi par les principes de transparence et de concertation, du point de vue contentieux ensuite, puisque l'exercice par elles d'une fonction quasi-juridictionnelle rend nécessaire une meilleure garantie des droits, du point de vue juridictionnel enfin, puisque l'encadrement de leurs actions par le juge présente des spécificités liées à la nature particulière de la fonction de régulation en termes de souplesse et de rapidité d'action.

Ainsi, à l'issue de l'analyse, la régulation apparaît comme une véritable catégorie juridique puisqu'à la notion juridique de régulation se trouve associé un régime juridique particulier.

Conclusion de la 2nde Partie

1592. Dans une seconde partie, l'analyse a démontré qu'il est possible d'envisager positivement les rapports entre le droit administratif et la théorie économique. En effet, à condition d'utiliser la bonne méthodologie, l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique permet de procéder à une reconstruction de la notion de régulation en fournissant des réponses à l'ensemble des questions de droit qui divisent la doctrine concernant l'élaboration d'une définition commune de la régulation. Il est alors possible de proposer une nouvelle définition de la régulation en tant qu'authentique institution juridique du droit administratif français.

1593. D'un point de vue théorique, l'analyse positive des rapports entre le droit administratif et la théorie économique nécessite l'élaboration d'une méthode adaptée. Or, celle-ci n'est pas encore disponible en doctrine, les modèles proposés jusqu'ici n'étant pas aptes à opérer une communication fructueuse entre ces deux disciplines, faute d'avoir été repensés dans le cadre spécifique du droit administratif français.

Dès lors, la présente recherche a construit et appliqué à la régulation le modèle dit de *l'analyse néo-institutionnelle du droit*, qui consiste en *l'étude des institutions juridiques conçues comme des ordres juridiques autopoïétiques ordonnés à la réalisation d'une fonction sociale déterminée*. Cette méthode utilise le cadre de la théorie institutionnelle, enrichie, afin d'opérer une communication avec la théorie économique, de la théorie autopoïétique du droit. Il en résulte alors que si l'analyse économique du droit n'est capable d'opérer qu'une communication limitée avec le droit, d'autres théories relevant du courant « *Droit et Économie* » le peuvent, notamment l'économie néo-institutionnelle. En somme, l'étude des rapports entre l'analyse néo-institutionnelle du droit et l'économie néo-institutionnelle semble de nature à permettre la reconstruction de la régulation en tant que catégorie juridique également pertinente du point économique.

Pour le démontrer, l'analyse a donc suivi le cadre posé par la théorie institutionnelle d'Hauriou en l'enrichissant des données issues de la communication entre le droit et l'économie. La construction de l'institution juridique de régulation passe dès lors par une analyse néo-institutionnelle du droit matériel puis du droit formel de la régulation, qui permet d'attribuer à la régulation un critère matériel, un critère organique, ainsi qu'un régime juridique complet.

1594. Dans un premier temps, l'analyse néo-institutionnelle du droit a permis de dégager sur la base de la communication entre le droit de la régulation et l'économie néo-institutionnelle une définition matérielle de la régulation.

Tout d'abord, l'analyse a permis de démontrer l'étendue et la rationalité de la fonction de régulation telle que celle-ci résulte de la coévolution entre le droit et l'économie néo-institutionnelle. En effet, tandis que l'économie néo-institutionnelle s'enrichit des données du droit en intégrant la réalisation d'objectifs de politique publique, le droit positif concorde avec

l'économie néo-institutionnelle du point de vue de ses hypothèses et s'inscrit dans un processus de coévolution avec elle concernant ses solutions aux fins d'améliorer l'efficacité des règles à vocation économique tout en permettant l'exécution efficace des politiques publiques.

Sur cette base, l'analyse a ensuite permis de dégager une définition matérielle de la régulation. Conformément aux principes de l'analyse néo-institutionnelle, l'étude a d'abord induit l'idée d'œuvre de la régulation, puis elle en a proposé une traduction notionnelle par l'intermédiaire du concept d'ordre public économique, définissant alors la régulation comme *la fonction administrative ayant pour objet la mise en œuvre d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. La validité de cette définition a enfin été vérifiée déductivement par la démonstration de son applicabilité à l'ensemble des secteurs régulés.

1595. Dans un second temps, l'analyse néo-institutionnelle du droit a permis de dégager sur la base de la communication entre le droit de la régulation et l'économie néo-institutionnelle une définition formelle de la régulation.

Tout d'abord, l'analyse a permis d'induire une définition organique de la régulation sur la base de la convergence entre le droit et l'économie néo-institutionnelle, celle-ci connaissant alors un critère organique spécifique, la présence *d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante exerçant des pouvoirs normatifs et contentieux*, dont la validité a pu être vérifiée déductivement. Dès lors, la régulation connaissant un critère matériel et un critère organique, il peut en être donné une définition complète, la notion juridique de régulation s'analysant comme la *fonction administrative prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante ayant pour objet la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*.

Ensuite, l'analyse a permis de dégager un régime juridique spécifiquement attaché à la régulation et qui semble conforme à l'idée d'œuvre de cette institution juridique. Celui-ci se compose des règles d'organisation et de fonctionnement des autorités de régulation, qui sont pour nombre d'entre elles dérogoires au droit commun, qu'il s'agisse de l'indépendance, du cumul de pouvoirs normatifs et contentieux, ou des principes régissant les procédures non contentieuses, contentieuses et juridictionnelles attachées à la régulation. À défaut d'un régime unique, il existe ainsi un régime juridique très fortement convergent de l'ensemble des autorités de régulation, qui s'analyse comme un tout cohérent, et qui est progressivement reconnu explicitement comme tel par la jurisprudence, notamment administrative.

1596. En définitive, l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation a permis de définir celle-ci, sur la base du dialogue entre le droit et la théorie économique, comme une authentique institution juridique du droit administratif français.

Conclusion générale

1597. La recherche a permis de démontrer, sur la base de l'étude des rapports entre le droit de la régulation et la théorie économique, que la régulation constitue une authentique institution juridique du droit administratif français (Section I). Cependant, la présente thèse ne fait que s'inscrire dans le cadre de questionnements qui la dépassent largement. Dès lors, tant la régulation que l'étude des rapports entre le droit et l'économie devront faire l'objet de recherches complémentaires (Section II).

Section I. Résultats de la recherche

1598. L'étude des rapports entre le droit administratif et la théorie économique permet d'élaborer une définition de la régulation. En effet, d'une part, cette approche permet de déconstruire la notion de régulation pour mieux rejeter certaines définitions erronées de celle-ci proposées par la doctrine (§1). D'autre part, elle permet de procéder à une reconstruction de la régulation et donc d'en proposer une nouvelle définition, la régulation étant alors conçue comme une institution juridique fondamentale du droit administratif français (§2).

§1. La déconstruction de la régulation par la démonstration de la transcription limitée de l'analyse économique du droit en droit de la régulation

1599. Dans une première partie, la démonstration est venue valider les hypothèses qui avaient été posées au départ de la présente recherche, selon lesquelles l'analyse économique du droit, en raison de ses limites méthodologiques, ne saurait être capable d'opérer une communication fructueuse avec le droit dans l'optique de la construction d'une catégorie juridique. En effet, l'analyse a opéré une déconstruction de la notion de régulation en démontrant les limites de la transcription de l'analyse économique du droit existant en droit de la régulation.

1600. Certes, il est vrai que l'analyse économique du droit et l'économie des réseaux ont eu une très grande influence dans un premier temps, d'abord dans le champ de la théorie économique, puis jusque dans le champ du droit.

En premier lieu, il a été démontré que l'analyse économique du droit a été progressivement transcrite en droit positif. D'abord, les principes de l'analyse économique du droit, puis de l'économie des réseaux qui en constitue une branche spécialisée, ont remis en cause les solutions antérieurement admises en théorie économique, fondées sur la théorie du monopole naturel, pour proposer à la place un cadre d'analyse positif et normatif d'ouverture à la concurrence des industries de réseau, fondé sur la notion de régulation *ex ante*. Ensuite, ces nouveaux cadres d'analyse

ont été progressivement transcrits dans le système juridique, au moins en ce qui concerne le droit des communications électroniques, en droit communautaire puis en droit interne. La notion de régulation a alors été rattachée aux obligations particulières imposées aux opérateurs dominants en vue de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau, c'est-à-dire à la régulation *ex ante*. L'analyse économique du droit a donc dans un premier temps constitué la ligne directrice de l'évolution du droit de la régulation.

En second lieu, cette transcription explique que l'économie des réseaux constitue aujourd'hui l'armature d'une grande partie du droit de la régulation. Non seulement les règles du droit des communications électroniques apparaissent, tant en ce qui concerne les notions utilisées que les régimes appliqués, conçues sur le fondement du modèle de l'économie des réseaux, mais une telle structuration a conduit la doctrine, tant universitaire qu'institutionnelle, à adopter assez largement une conception de la régulation conforme à cette théorie économique.

Dans cette optique, la régulation se trouve définie comme une fonction transitoire ayant pour objet d'ouvrir à la concurrence les industries de réseaux, destinée à disparaître à terme au profit de l'application du droit de la concurrence. En définitive, l'analyse permet donc de démontrer qu'un certain nombre de définitions de la régulation dérivent directement de la transcription en droit d'une théorie économique déterminée.

1601. Dans un second temps, cependant, il apparaît que la transcription juridique des concepts de l'économie des réseaux ne résiste pas à l'application et à l'évolution du droit positif. L'analyse permet de démontrer que le droit positif ne transcrit en réalité ni les hypothèses ni les résultats de la théorie économique au sens de celle-ci, et qu'au contraire ses évolutions les plus récentes tendent à prendre le contre-pied de ce modèle.

En premier lieu, le droit positif s'éloigne des hypothèses de l'économie des réseaux. Tout d'abord, le monopole naturel, loin d'être abandonné, reste omniprésent dans le droit des communications électroniques, et ce malgré les processus de dérégulation *ex ante* de certains marchés, et certaines innovations technologiques conduisent même à une reconstitution des monopoles dans le secteur. Ensuite, l'économie des réseaux se trouve bien incapable d'expliquer les solutions du droit positif en matière de politiques publiques, lorsque celles-ci visent à gérer les ressources rares comme le spectre hertzien ou la numérotation, à promouvoir l'investissement dans les réseaux de nouvelle génération ou à mettre en œuvre des impératifs d'intérêt général, le principe d'interopérabilité des réseaux posé par le droit allant même jusqu'à remettre en cause directement l'hypothèse fondatrice de l'effet de club.

L'absence de transcription des hypothèses de l'économie des réseaux vient alors contredire la prétention de cette théorie économique à dire ce que devrait être le droit. Cela s'explique par la différence de niveau cognitif entre le droit et la théorie économique. Cette dernière, en effet, est une représentation théorique des faits économiques qui peut être contredite par la réalité,

alors que le droit, dans la mesure où il s'applique, doit prendre en compte ces faits, peu importants les représentations théoriques qui peuvent en être faites et qui en ont été faites *a priori*. C'est ainsi qu'il est possible de se trouver d'abord en présence d'un processus de transcription en droit d'une théorie économique particulière puis ensuite d'un éloignement progressif vis-à-vis de celle-ci. Par l'intermédiaire du droit, c'est finalement le réel lui-même qui vient contredire le modèle de l'analyse économique du droit.

En second lieu, et par voie de conséquence, l'absence de transcription des hypothèses de l'économie des réseaux conduit logiquement à constater l'absence de transcription des résultats de cette théorie économique. En effet, la démonstration de l'existence d'une régulation *ex ante* mise en œuvre par le droit de la concurrence permet de nuancer la transcription en droit du concept de régulation *ex post*, tandis que la démonstration de l'existence d'une régulation *ex post* mise en œuvre par l'autorité de régulation sectorielle permet de nuancer la transcription en droit du concept de régulation *ex ante*.

Cela ne signifie pas que la transcription en droit de ces concepts n'a produit aucun effet. Les régulations *ex ante* et *ex post*, concurrentielle et sectorielle, désignent aujourd'hui différentes procédures mises en œuvre dans le cadre du droit de la régulation, et continuent de décrire certaines différences entre les autorités de régulation sectorielle et l'Autorité de la concurrence. Cependant, le sens qu'elles ont acquis en droit s'est éloigné de leur sens initial, de sorte qu'elles ne peuvent plus prétendre définir ce qu'il faut entendre par régulation en droit aujourd'hui. Or, la portée théorique de ce résultat est majeure, puisqu'il permet de rejeter les œuvres de définition élaborées, explicitement ou implicitement, sur la base du modèle de l'économie des réseaux, c'est-à-dire celles qui voient dans la régulation une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau.

1602. En définitive, l'analyse économique du droit, prise notamment en sa branche spécialisée de l'économie des réseaux, ne permet donc pas de définir correctement ni la notion, ni le régime, de la régulation en droit. Une telle démonstration permet alors d'opérer une déconstruction de la notion de régulation et de rejeter les œuvres de définition qui voient en elle une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries des réseaux.

Cependant, ce résultat est insuffisant parce qu'il est exclusivement négatif. Il faut alors proposer, dans un second temps, une approche plus positive des rapports entre le droit et la théorie économique dans l'optique de procéder à une reconstruction de la notion de régulation, et donc de déterminer si elle peut constituer une catégorie juridique du droit administratif français.

§2. La reconstruction de la régulation par l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation

1603. Dans une seconde partie, l'analyse a démontré qu'il est possible d'envisager positivement les rapports entre le droit administratif et la théorie économique. De ce point de vue, elle est venue confirmer les hypothèses posées par la présente recherche, tant en ce qui concerne la pertinence de l'*analyse néo-institutionnelle du droit*, entendue comme *l'étude des institutions juridiques conçues comme des ordres juridiques autopoïétiques ordonnés à la réalisation d'une fonction sociale déterminée*, pour envisager du point de vue du droit les rapports avec la théorie économique, qu'en ce qui concerne l'hypothèse de la bonne communication du droit avec l'économie néo-institutionnelle. En effet, à condition d'utiliser la bonne méthode, l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique permet de procéder à une reconstruction de la notion de régulation et de l'ériger en authentique institution juridique du droit administratif français.

1604. Dans un premier temps, l'analyse néo-institutionnelle du droit a permis de dégager sur la base de la communication entre le droit de la régulation et l'économie néo-institutionnelle une définition matérielle de la régulation.

En premier lieu, l'étude a démontré qu'il existe aujourd'hui un processus de coévolution entre le droit matériel de la régulation et l'économie néo-institutionnelle. En effet, tandis que l'économie néo-institutionnelle prend en compte dans son cadre d'analyse, par le biais du concept d'institution, les objectifs de politique publique consacrés par le droit, le droit concorde avec les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle concernant l'analyse des industries de réseau. En outre, le droit de la régulation, par le biais des couplages structurels de propriété, de service public, de marché et de réglementation, entre en coévolution avec les solutions de l'économie néo-institutionnelle visant à renforcer l'efficacité économique dans les réformes des industries de réseau. La communication du droit et de la théorie économique permet alors non seulement de comprendre les évolutions du droit de l'électricité mais également de réinterpréter les évolutions les plus récentes du droit des communications électroniques. En somme, l'analyse permet de dégager la rationalité de l'évolution du droit matériel de la régulation.

En second lieu, l'analyse a permis de proposer, sur la base des éléments de droit résultant de la communication entre le droit et la théorie économique, une définition matérielle de la régulation. Pour ce faire, elle a suivi le cadre d'analyse néo-institutionnel en dégageant d'abord le concept juridique de régulation, idée d'œuvre de l'institution, puis en proposant sa traduction notionnelle en droit administratif. Elle propose alors de définir matériellement la régulation comme *la fonction administrative ayant pour objet la mise en œuvre d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. Enfin, l'analyse a démontré la vocation à la généralisation de cette définition en prouvant qu'elle peut être appliquée à

l'ensemble des secteurs régulés, y compris au droit de la concurrence qui se caractérise par un processus constant de rapprochement avec la régulation sectorielle. Cette définition de la régulation consacre alors l'existence d'une nouvelle fonction administrative, et fait donc de la régulation une notion fondamentale du droit administratif. Conformément aux principes de l'analyse néo-institutionnelle, il est alors possible de proposer une définition formelle de la régulation.

1605. Dans un second temps, en effet, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de dégager, sur la base de la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle et en cohérence avec la définition matérielle de celle-ci, une définition formelle de la régulation, c'est-à-dire d'une part un critère organique et d'autre part un régime juridique propres à la régulation.

En premier lieu, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de proposer une définition organique de la régulation. En effet, l'étude démontre qu'il existe une concordance, puis une véritable coévolution du droit et de la théorie économique, consacrant la prise en charge exclusive de la fonction de régulation par des autorités spécifiques, caractérisées par leur indépendance et le cumul de pouvoirs s'exerçant *a priori* et *a posteriori*, au détriment des institutions administratives classiques. Un tel résultat permet alors de définir la régulation comme *la fonction administrative prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante ayant pour objet la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*. Si la portée technique de cette définition n'est pas encore suffisante, le droit positif se caractérisant encore par une certaine irrationalité, sa portée théorique est certaine. Elle permet de considérer que la régulation connaît un critère organique spécifique, et conduit alors à rejeter les œuvres de définition qui voient dans la régulation une fonction partagée et celles qui convoient la régulation comme une nouvelle forme de normativité, confondant la partie et le tout.

En second lieu, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de proposer un régime juridique propre à la régulation, attaché à la figure de l'autorité de régulation. Ce régime se compose des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des autorités de régulation, qui dérogent souvent au droit commun parce qu'elles prennent en compte les spécificités de l'idée d'œuvre de la régulation. Du point de vue de leur organisation, les autorités de régulation se caractérisent par un statut d'indépendance, qui trouve sa limite dans le maintien d'une responsabilité vis-à-vis du Parlement. Elles se spécifient également par un cumul de pouvoirs normatifs et contentieux dont le régime est convergent. Du point de vue de leur fonctionnement, les autorités de régulation se caractérisent par un régime de procédure administrative non contentieuse dérogatoire au droit commun fondé sur la transparence et la concertation, et par des régimes de procédure contentieuse et juridictionnelle dérogatoires au droit commun fondés sur les particularités de la mission de régulation en termes de rapidité, d'expertise, etc.

1606. En définitive, il résulte de l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation que celle-ci se définit comme *la fonction administrative prise en charge par une autorité administrative indépendante ou une autorité publique indépendante ayant pour objet la mise en œuvre normative et contentieuse d'un ordre public économique visant à instaurer un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques*, et qu'il lui est attaché un régime juridique particulier adapté à la spécificité de sa fonction dans l'ordre juridique. Ainsi construite, la régulation se trouve être une authentique institution juridique du droit administratif français. Elle en est même une des plus importantes, puisqu'elle est, à l'instar de la police et du service public, une fonction administrative.

1607. Ainsi, l'analyse néo-institutionnelle du droit permet de définir la régulation en droit sur la base de l'étude des rapports entre le droit et la théorie économique, et de la concevoir comme une véritable institution juridique du droit administratif français.

Cependant, cette thèse n'est qu'une étape, parce qu'elle s'inscrit dans le cadre de réflexions qui la dépassent très largement. Il faut alors achever la présente étude en traçant de nouvelles perspectives de recherche.

Section II. Perspectives de recherches

1608. La présente thèse ouvre de nouvelles perspectives de recherche dans deux directions possibles. D'une part, bien qu'elle ait pour vocation de réaliser une étude aussi complète et convaincante que possible, elle ne marquera pas, bien entendu, le point final du débat doctrinal relatif à la régulation en droit, et des perspectives de recherche complémentaires devront être abordées (§1). D'autre part, elle ne constitue qu'une esquisse de travaux bien plus larges en ce qui concerne l'étude des rapports entre le droit administratif, et plus largement le droit, et l'économie (§2).

§1. Les perspectives de recherche relatives à la régulation

1609. En premier lieu, il est prévisible que la présente étude ne sera qu'un élément du débat doctrinal relatif à la régulation, et qu'en aucun cas elle ne viendra clore la réflexion sur un des champs les plus discutés du droit administratif français, hier, aujourd'hui et sans doute demain. La recherche relative à la régulation a donc vocation à se poursuivre, et l'on peut ici anticiper les directions vers lesquelles elle pourrait se diriger.

1610. Tout d'abord, la question se pose de savoir quel sera l'avenir de la régulation en tant que catégorie juridique, sans qu'il soit possible de préjuger de la portée de la présente thèse de ce point de vue. Il est impossible de savoir quelle conception de la régulation emportera la conviction de la doctrine, des juges, des administrateurs, du législateur, des États membres, en somme des décideurs juridiques.

L'avenir pourrait en effet tout aussi bien considérer que la régulation n'existe pas en tant que catégorie juridique ; que la régulation désigne la fonction des autorités administratives indépendantes ; qu'elle désigne une nouvelle forme de normativité souple ; qu'elle désigne une fonction transitoire d'ouverture à la concurrence des industries de réseau ; qu'elle vise une fonction administrative visant un équilibre entre la recherche de l'efficacité économique et l'exécution de politiques publiques ; ou encore qu'elle désigne la fonction générale de l'État dans l'économie. Plus généralement, toutes les questions qui divisent la doctrine et qui ont été soulevées en introduction continueront de se poser malgré la présente recherche.

Certes, la présente thèse a cherché à apporter des réponses à ces questions, en fournissant des arguments pour emporter la conviction. Elle se situe sans aucune ambiguïté dans le courant qui voit dans la régulation une notion juridique visant l'instauration d'un équilibre entre des impératifs économiques et non économiques, et a proposé une définition encore plus précise. Cependant, il est impossible de savoir si cette thèse sera finalement celle qui emportera l'adhésion ou si, au contraire, la régulation s'en éloignera. Il semble que le droit positif et la doctrine évoluent actuellement dans le sens de la confirmation de la définition proposée par la présente thèse, ce qui vient la renforcer. Mais nul ne peut préjuger de l'avenir.

En somme, les débats relatifs à la régulation ne s'arrêteront pas le jour de la soutenance de la présente thèse. Au contraire, la régulation continuera d'être un champ de recherche particulièrement riche en droit administratif, et cela est souhaitable. Au moins peut-on espérer que la présente recherche aura pour utilité de nourrir ces débats.

1611. Ensuite, dans l'hypothèse où la définition de la régulation se stabiliserait autour des définitions proposées par ceux qui voient en elle une fonction de compromis entre des impératifs économiques et non économiques, de nombreuses questions continueront de se poser concernant son champ et son régime juridique. De ce point de vue, la présente thèse peut dégager des lignes de force, faire des choix et proposer des solutions, mais elle ne peut en aucun cas préjuger de l'avenir du droit positif.

En ce qui concerne le champ de la régulation, certains secteurs continueront de faire l'objet d'une controverse quant à leur appartenance à la régulation. Ce sera notamment le cas de la régulation concurrentielle, qui se caractérise par un processus de rapprochement avec la régulation sectorielle. L'avenir de la qualification de régulation dépendra sans doute de l'évolution du droit de la concurrence lui-même. La présente thèse peut prétendre que la police de la concurrence prend le chemin de la régulation concurrentielle, mais elle est forcée de constater qu'il continue d'exister des différences de régime importantes. Or, de ce point de vue, elle ne peut préjuger des évolutions du droit positif. D'autres secteurs se trouvent dans une position proche, comme le secteur du contrôle prudentiel, qui relève aujourd'hui essentiellement de la police mais qui pourrait être amené à évoluer, ou le secteur des jeux en ligne, qui malgré sa qualification re-

lève sans doute encore assez largement de la police, mais qui pourrait, avec le développement de ce marché, se muer progressivement en véritable régulation. Enfin, d'autres secteurs, exclus du cadre de la présente recherche, pourraient faire l'objet de recherches, et notamment le secteur de la santé dans lequel la question de la place respective de la régulation et de la police tiendrait sans doute une part fondamentale.

En ce qui concerne le régime juridique de la régulation, la question se pose de savoir si le droit positif continuera de se caractériser par la convergence d'un certain nombre de règles de droit associées à la régulation, voire s'il renforcera les références expresses à la régulation dans l'élaboration d'un régime juridique commun. Ainsi, si les jurisprudences faisant explicitement référence à la régulation pour justifier des solutions déroatoires au droit commun restent aujourd'hui éparses, un éventuel renforcement du recours à la notion de régulation n'est pas à exclure dans l'avenir. Il semble d'ailleurs se dessiner et serait sans doute souhaitable pour clarifier la structure du droit positif. De ce point de vue, et malgré l'ancienneté du débat qui y est relatif, la construction du régime juridique de la régulation en droit positif en est sans doute à ses prémices, et des recherches complémentaires seront nécessaires pour suivre l'évolution de ce régime naissant dans l'avenir.

1612. Enfin, il est encore possible d'élargir les perspectives de recherche, à partir de la régulation mais au-delà de la régulation. De ce point de vue, deux types de recherche semblent devoir être privilégiées dans l'avenir. Il s'agit, d'une part, de l'effet de la régulation sur le droit administratif général, et d'autre part, de l'effet de la régulation sur le rôle même de l'État.

En premier lieu, une question fondamentale est celle de savoir quelle sera l'influence du régime juridique de la régulation sur le droit administratif général lui-même. L'hypothèse peut en effet être posée qu'à certains titres, qu'il s'agisse par exemple de l'application des principes de transparence et de concertation ou de l'application de certaines techniques comme les incitations ou les instruments conventionnels, la régulation constitue un laboratoire du droit administratif. L'étude de la modernisation du droit administratif général par les techniques testées dans le cadre de la régulation, et du maintien de la spécificité de la régulation dans ce cadre, constituera sans doute un champ de recherche très important dans l'avenir. De ce point de vue, la publication en juillet 2011 du rapport du Conseil d'État sur la démocratie administrative, préconisant un développement de la participation des administrés en droit administratif, vient conforter à point nommé cette hypothèse, d'autant qu'il ne fait étrangement pas référence à la régulation. Des recherches complémentaires seront donc nécessaires.

En second lieu, la recherche devra être poursuivie pour s'intéresser non plus seulement à la place de la régulation en droit administratif, mais plus largement à la place de la régulation dans l'État et à l'effet de la régulation sur la conception même que l'on se fait de l'État et de son rôle. En effet, à chaque fonction administrative répond en réalité une représentation de l'État lui-

même. La fonction administrative de police a d'abord été la manifestation juridique de ce que l'on a appelé l'État-gendarme, avant d'être conceptualisée comme l'instrument de l'État libéral. La fonction administrative de service public, ensuite, a accompagné ce que l'on a appelé l'État providence, et en a été l'esprit autant que l'instrument de mise en œuvre en France. Enfin, si la régulation est une troisième fonction administrative, la question se pose de savoir de quelle transformation de l'État elle est la manifestation. De ce point de vue, la crise financière actuelle interroge bien entendu la forme et l'importance de la régulation, mais surtout l'idée même d'État. Sur ce point, la réflexion doit s'ouvrir, au-delà du droit, sur les sciences politiques et la philosophie, notamment pour savoir si la notion d'État régulateur peut signifier quelque chose, ce qu'elle signifie exactement et si notre État contemporain peut véritablement répondre à cette définition.

1613. Ainsi, les recherches relatives à la régulation se poursuivront, et l'on ne peut à ce stade qu'espérer que les résultats obtenus dans le cadre de cette thèse y participeront. En outre, ce qui vaut pour l'objectif poursuivi vaut également pour la méthode adoptée par la présente thèse, à savoir l'étude des rapports entre le droit et l'économie.

§2. Les perspectives de recherche relatives aux rapports entre droit et économie

1614. En second lieu, il est évident qu'au-delà de la seule régulation, c'est l'ensemble de l'étude des rapports entre le droit et l'économie qui devra faire l'objet de recherches complémentaires. Trois voies de recherches semblent se dégager particulièrement à partir de la présente thèse.

1615. Tout d'abord, les hypothèses méthodologiques posées dans le cadre de la présente recherche n'ont été élaborées qu'afin de proposer une définition juridique de la régulation. S'il a été nécessaire pour ce faire de présenter quelques réflexions d'épistémologie juridique, le modèle théorique utilisé, l'analyse néo-institutionnelle du droit, n'a été construit que dans un but précis et restreint. Il n'a en effet pas pour ambition de constituer, et ne constitue sans doute pas, un modèle explicatif général des rapports entre le droit et l'économie. Il était impossible de réaliser une telle ambition dans le cadre de la présente étude, dont ce n'était d'ailleurs pas l'objet. Dans le cadre de la présente recherche, les rapports entre le droit et l'économie n'étaient pas l'objectif poursuivi mais seulement la méthode utilisée, l'objectif étant la définition de la régulation en droit. Il faut donc aller plus loin.

Bien sûr, s'agissant des réponses à apporter à la problématique des rapports entre le droit et l'économie, la présente thèse a pris position sur un certain nombre de points et a avancé certaines solutions. Elle a ainsi fait part de son scepticisme vis-à-vis des objectifs de l'analyse économique du droit et a soutenu que, si cette science peut être utile, elle doit être considérée comme une discipline complémentaire du droit, qui ne saurait s'y substituer, et qu'il faut prendre en compte de manière critique. Elle s'est également prononcée en faveur d'autres méthodes

d'étude des rapports entre le droit et l'économie, et fait part de sa préférence pour certaines théories économiques particulières, notamment les théories économiques institutionnelles, par nature plus proches du droit. L'étude de l'économie néo-institutionnelle est sans doute à privilégier.

Cependant, des recherches complémentaires seront nécessaires afin d'élaborer un modèle général de communication du droit et de l'économie, s'agissant du droit français en général et du droit administratif en particulier. Il faudra alors faire œuvre tout à la fois d'épistémologie juridique, de théorie du droit et sans doute de philosophie du droit. De ce point de vue, les travaux doctrinaux en France sont balbutiants, et ce champ reste tout entier à explorer. La question des rapports entre le droit et l'économie doit donc encore trouver ses partisans, ses méthodes et ses spécialistes, en somme doit encore se constituer en tant que courant de pensée doctrinale.

1616. Ensuite, au sein de ces questionnements généraux, se pose la question plus précise de l'avenir de l'analyse néo-institutionnelle du droit au sens où nous l'avons défini dans la présente thèse. En effet, si ce modèle s'est avéré pertinent pour traiter de la régulation, le recul n'est pas suffisant pour en apprécier la validité sur le long terme et la vocation à la généralisation. L'analyse néo-institutionnelle du droit est ici proposée ; elle doit désormais être soumise à la critique.

À ce stade, toutes les solutions restent envisageables. Le modèle de l'analyse néo-institutionnelle du droit peut ne pas emporter la conviction, et être totalement abandonné. Il peut aussi convaincre, et rester en l'état. Il peut enfin, et sans doute est-ce la solution la plus probable, évoluer, sans qu'il soit possible pour le moment de dire comment.

Il faudra sans doute, pour le savoir, procéder à de nouvelles recherches et, notamment, chercher à utiliser l'analyse néo-institutionnelle du droit sur d'autres objets. Certains ont d'ailleurs été abordés de manière succincte dans la présente recherche, comme le contrat ou la propriété, parce qu'ils constituent des points focaux de rencontre du droit et de la théorie économique, et il serait utile d'aller plus loin. Plus généralement, le modèle de l'analyse néo-institutionnelle pourrait être appliqué à toutes les notions juridiques qui entretiennent un rapport particulièrement étroit avec l'économie. Or, force est de constater qu'elles sont, en raison de l'imprégnation croissante de l'économie dans le droit et plus généralement dans la société, de plus en plus nombreuses, ce qui ouvre un champ de recherche particulièrement vaste.

De ce point de vue, une perspective de recherche apparaît particulièrement essentielle au regard de l'actualité sociale. En effet, le système économique d'ensemble de notre société connaît aujourd'hui une crise très sérieuse car elle touche à la fois les marchés, et surtout le marché financier, notamment en raison de l'absence de régulation, la régulation elle-même, exercée au niveau étatique mais insuffisante au niveau international, et les États, garants *in fine* de la stabilité économique mais désormais eux-mêmes victimes des logiques financières. La question se pose ici de savoir si l'analyse néo-institutionnelle du droit, et sa communication avec l'économie néo-institutionnelle, ne serait pas capable d'apporter des solutions à ces problèmes, dans la mesure où

la théorie économique néo-institutionnelle constitue un modèle explicatif alternatif en matière financière. La présente étude ne portait pas sur la régulation financière, les quelques éléments utilisés ici ne l'ayant été que pour confirmer déductivement la définition de la régulation retenue. Il est désormais nécessaire d'aller plus loin en cherchant à opérer une analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation financière.

1617. Enfin, un autre champ de recherche devrait être ouvert ou poursuivi, mais celui-ci s'adresse prioritairement aux économistes, et notamment aux économistes s'inscrivant dans le cadre de la théorie économique néo-institutionnelle. En effet, si ceux-ci s'intéressent aux sciences juridiques et cherchent déjà à enrichir leurs théories de l'apport du droit, la question se pose de savoir si les éléments juridiques exposés dans la présente thèse pourraient servir à améliorer l'économie néo-institutionnelle elle-même.

Notamment, l'analyse démontre que la théorie économique, pour prétendre enrichir véritablement le droit, devra s'ouvrir ou continuer de s'ouvrir à ce dont elle ne traite pas en principe, c'est-à-dire à ce qui ne relève pas de la science économique au sens strict, comme les objectifs politiques et peut être plus largement la question de la justice. La fermeture de la théorie économique à ce type de considérations, si elle a sans doute été nécessaire dans l'histoire de la construction de cette discipline en tant que science, peut sans doute être dépassée aujourd'hui.

1618. En définitive, la présente thèse s'analyse comme une invitation à poursuivre la recherche sur la régulation et sur les rapports entre le droit et l'économie, mais elle interroge plus largement le rôle de l'État, la notion de démocratie, et sans doute plus fondamentalement encore la question des valeurs de notre société. En somme, elle conduit à réinterroger, par un travail inlassable de promotion du progrès humain, les questions les plus fondamentales du droit public.

Glossaire

Le présent glossaire réunit et définit les principaux termes techniques utilisés en droit des communications électroniques (§1) et en droit de l'électricité (§2).

§1. Communications électroniques

Source : ARCEP, *Rapport public d'activités*, 2010, pp. 181-189.

2G, 2,5G : systèmes mobiles précédant la nouvelle génération 3G (exemples : GSM pour la 2G, GPRS pour la 2,5G, EDGE pour la 2,5G).

3G : système mobile de troisième génération. Ces réseaux permettent d'accéder à une large gamme de services, au premier rang desquels un accès rapide à Internet et la télévision en streaming grâce à l'introduction progressive dans les réseaux mobiles de la technologie de commutation par paquets.

4G : dénomination informelle de la quatrième génération de téléphonie mobile. Les débits vont passer aux alentours de 40 Mb/s à l'horizon 2009-2010 et 80 Mb/s et peut-être plus à plus long terme. Plusieurs technologies en cours de déploiement peuvent prétendre à cette dénomination : Wimax (technologie IEEE 802.16), iBurst (technologie IEEE 802.20)...

Adresse IP : adresse identifiant un équipement raccordé au réseau Internet.

ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line*) : l'ADSL fait partie des technologies xDSL qui permettent d'améliorer les performances des réseaux d'accès et en particulier de la ligne d'abonné du réseau téléphonique classique, constituée de fils de cuivre. La technologie ADSL est particulièrement bien adaptée aux liaisons de boucle locale puisque le débit qu'elle permet diminue avec la longueur de la ligne. En raison de son faible coût, elle constitue une solution intéressante pour bénéficier d'un accès rapide à Internet.

ANFR (Agence nationale des fréquences) : agence qui a pour mission de gérer le spectre hertzien, de répartir les fréquences entre différents organismes et administrations affectataires (l'ARCEP, le CSA, le ministère de la Défense, etc.), de traiter les brouillages et de conduire les négociations internationales sur les fréquences.

Bitstream : se dit des offres de gros auxquelles peuvent recourir les opérateurs alternatifs pour proposer des offres de détail aux ménages et entreprises situés dans des zones où ils n'ont pas eux-mêmes installé d'équipement haut débit (sites trop petits ou trop éloignés de leurs réseaux de collecte). Sur le plan technique, France Télécom active la paire de cuivre du client final avec ses propres équipements d'accès haut débit, puis achemine les flux Internet jusqu'au point de connexion le plus proche entre son réseau de collecte et celui de l'opérateur alternatif.

Boucle locale : circuit physique qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente du réseau téléphonique public.

Boucle locale radio (BLR) : boucle locale qui substitue aux fils de cuivre qui équipent aujourd'hui les réseaux une technologie radio offrant l'avantage d'une plus grande souplesse pour le déploiement des infrastructures.

Catalogue d'interconnexion : offre technique et tarifaire d'interconnexion que les opérateurs désignés chaque année comme puissants par l'Autorité, en vertu de l'article L. 38 du CPCE, sont tenus de publier annuellement, afin que les autres opérateurs puissent établir leurs propres offres commerciales et tarifaires. Le catalogue prévoit également les conditions dans lesquelles s'effectue l'interconnexion physique avec les opérateurs.

CCR (Commission consultative des radiocommunications) et CCRSCE (Commission consultative des réseaux et services de communications électroniques) : commissions consultatives placées auprès du ministre chargé des télécommunications et du président de l'Autorité.

Commutateur : équipement permettant d'aiguiller les appels vers leur destinataire grâce à l'établissement d'une liaison temporaire entre deux circuits d'un réseau de télécommunications ou à l'acheminement d'informations organisées en paquets. Sur le réseau de France Télécom, les commutateurs sont organisés de façon hiérarchique.

Plus un commutateur est élevé dans la hiérarchie, plus il dessert un nombre important d'abonnés.

Convergence : la convergence fixe/mobile qui consiste en un rapprochement des technologies utilisées et des services proposés en téléphonie fixe et en téléphonie mobile. Les perspectives ouvertes par cette convergence pourraient conduire les opérateurs à proposer à l'ensemble des utilisateurs les mêmes services quels que soient la technologie et les réseaux utilisés.

CPCE : code des postes et des communications électroniques.

Débit : quantité de données transitant sur un réseau pendant une durée déterminée.

Dégrouper de la boucle locale : le dégroupage de la boucle locale ou l'accès dégroupé au réseau local consiste à permettre aux nouveaux opérateurs d'utiliser le réseau local de l'opérateur historique, constitué de paires de fils de cuivre, pour desservir directement leurs abonnés. L'usage du réseau local de l'opérateur historique est naturellement rémunéré par l'opérateur nouvel entrant.

Dégrouper "total" ou accès totalement dégroupé à la boucle locale : il consiste en la mise à disposition de l'intégralité des bandes de fréquence de la paire de cuivre. L'utilisateur final n'est alors plus relié au réseau de France Télécom, mais à celui de l'opérateur nouvel entrant.

Dégrouper "partiel" ou accès partiellement dégroupé à la boucle locale : il consiste en la mise à disposition de l'opérateur tiers de la bande de fréquence "haute" de la paire de cuivre, sur laquelle il peut alors construire, par exemple, un service ADSL. La bande de fréquence basse (celle utilisée traditionnellement pour le téléphone) reste gérée par France Télécom, qui continue de fournir le service téléphonique à son abonné, sans qu'aucun changement dû au dégroupage n'intervienne sur ce service.

Équipements terminaux : matériel qui permet à l'utilisateur de transmettre, de traiter ou de recevoir des informations (téléphone, faxmodem, etc.).

FAI : fournisseur d'accès à Internet (en anglais ISP : *Internet Service Provider*).

FTTB (*Fiber to the Building*) : réseau de fibre optique déployé jusqu'au pied d'immeuble.

FTTH (*Fiber to the Home*) : réseau de fibre optique déployé jusqu'à l'abonné.

GSM (*Global System for Mobile Communications*) : norme de transmission radio numérique utilisée pour la téléphonie mobile (2G).

Interconnexion : mécanisme de connexion entre les différents réseaux de télécommunications, dont l'objectif est de permettre à chaque abonné d'un opérateur de joindre tous les abonnés de tous les opérateurs.

Internet : ensemble de réseaux de tailles variées interconnectés entre eux grâce à un protocole, l'IP (*Internet Protocol*), et permettant l'offre et l'utilisation de très nombreux services.

Internet commuté : désigne l'accès à Internet à partir du réseau téléphonique commuté, réseau public de France Télécom qui achemine les appels téléphoniques classiques.

IP (*Internet Protocol*) : protocole de télécommunications utilisé sur les réseaux qui servent de support à Internet et permettant de découper l'information à transmettre en paquets, d'adresser les différents paquets, de les transporter indépendamment les uns des autres et de recomposer le message initial à l'arrivée. Ce protocole utilise une technique dite de commutation de paquets. Sur Internet, il est associé à un protocole de contrôle de la transmission des données appelé TCP (*Transmission Control Protocol*); on parle ainsi du protocole TCP/IP.

Interopérabilité : l'interopérabilité des services correspond à la possibilité des différents services de fonctionner indifféremment sur des réseaux différents. Dans le cadre de l'interconnexion, les

fonctionnalités techniques disponibles à l'interface d'interconnexion déterminent ainsi en partie l'interopérabilité des services entre les différents opérateurs.

Message court ou SMS (*Short Message Service*) : ces messages, qui sont transmis via les canaux de signalisation du réseau mobile GSM, ont une longueur maximale de 160 caractères. Leur transmission sur le réseau GSM est normalisée. Un serveur de messages courts intégré au réseau mobile assure l'interface entre environnement mobile et fixe.

Mutualisation : le point de mutualisation, ou point de flexibilité est, sur un réseau FTTH mutualisable, l'endroit où s'effectue la connexion entre les fibres optiques des différents abonnés et celles des différents opérateurs. Cette connexion peut être une soudure ou un brassage. Le point de mutualisation peut être situé plus ou moins loin des logements qu'il dessert. Il peut s'agir d'un boîtier situé en pied d'immeuble, d'une armoire de rue ou même du NRO de raccordement lui-même. L'emplacement du point de mutualisation est fonction de données techniques (capacité de passages de fibres) ou commerciales (densité). Les expérimentations actuellement en cours distinguent deux types de mutualisation :

- Monofibre : dans ce modèle, l'opérateur d'immeuble amène une fibre du logement au point de mutualisation. Le raccordement au réseau de l'opérateur commercial se fait par l'intermédiaire d'une jarretière. Ce modèle permet d'optimiser la capacité fibre en horizontal mais il nécessite le déplacement d'un technicien au point de mutualisation à chaque raccordement.

- Multifibre : dans ce modèle, l'opérateur d'immeuble amène plusieurs fibres du logement au point de mutualisation. Il faut noter qu'une prise à plusieurs ports est alors posée dans le logement (un port par opérateur). Le raccordement au réseau des opérateurs commerciaux se fait par soudure ou jarretière. Chaque opérateur possède donc une fibre et un port dédié dans chaque logement. L'intérêt est qu'une fois la prise posée dans un logement, il n'est plus nécessaire d'envoyer de technicien sur site et le risque d'erreur de jarretière devient nul. Par contre, ce modèle est consommateur en fibre, autant dans la partie verticale que dans la partie horizontale (pour les opérateurs qui choisiraient de souder) puisqu'un immeuble peut alors théoriquement se voir adducté à 400% de capacité.

MVNO (*Mobile Virtual Network Operator*) ou opérateur mobile virtuel : À la différence des opérateurs mobiles de réseau (en métropole : Orange France, SFR, Bouygues Télécom), les MVNO ne disposent pas de ressources en fréquences. Pour fournir le service mobile au client final, ils utilisent le réseau radio d'un opérateur mobile de réseau.

OBL (opérateur de boucle locale) : entreprise de télécommunications qui exploite la ligne de l'abonné.

Opérateur de communications électroniques : le code des postes et des communications électroniques (CPCE) définit un opérateur comme *“toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques”*.

Opérateur puissant : est déclaré comme puissant tout opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, il se trouve dans une position équivalant à une position dominante, c'est-à-dire qu'il est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs.

Régulation asymétrique : forme de régulation qui impose des obligations aux seuls opérateurs puissants sur un marché donné (par exemple, France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe) afin de permettre le développement d'une concurrence pérenne.

Régulation symétrique : forme de régulation qui impose des obligations s'appliquant à l'ensemble des opérateurs sur un marché donné, afin de garantir au consommateur par exemple l'interopérabilité des réseaux, un niveau minimal de qualité de service, une information adéquate et des procédures de changement d'opérateurs fluides lui permettant de faire jouer au mieux la concurrence.

Répartiteur : dispositif permettant de répartir les fils de cuivre composant les lignes d'abonnés entre les câbles reliés au commutateur d'abonnés et dont la fonction est de regrouper plusieurs lignes sur un même câble (également appelé NRA).

Réseau : ensemble de ressources de télécommunications. Par exemple, ensemble de commutateurs et de liens de transmission filaire (fil ou câble métallique, fibre optique) et hertzien, terrestre ou satellitaire (onde électromagnétique).

Réseau câblé : ce terme désigne les réseaux de télédistribution audiovisuelle qui offrent aujourd'hui des services de communications électroniques.

Réseau filaire : réseau utilisant comme support des câbles métalliques en cuivre ou des fibres optiques.

Sélection du transporteur : possibilité offerte au consommateur de choisir entre plusieurs opérateurs de transport. La sélection du transporteur concerne tous les appels (locaux, longue distance et internationaux). Elle peut se faire soit appel par appel, soit par abonnement.

Services de capacités, ou lignes louées : Les services de capacité sont des capacités de communications électroniques qu'un client professionnel, entreprise ou administration, utilise pour relier entre eux ses différents sites. Ils se distinguent selon le type d'interface qu'ils utilisent et le débit qu'ils offrent vers chaque site.

Soumission comparative : méthode de sélection des opérateurs utilisée lors de l'attribution des ressources rares. Elle se distingue de la mise aux enchères, car elle permet de sélectionner les candidats sur un ensemble de critères et non sur le seul critère financier.

Terminaison d'appel : prestation d'interconnexion offerte par tout opérateur aux autres opérateurs, fixes ou mobiles. Tout appel à destination de clients de l'opérateur mobile doit nécessairement passer par ce goulot d'étranglement, que l'origine soit un réseau fixe ou mobile.

TNT : télévision numérique terrestre.

Transmission : sur un réseau de communications électroniques, la fonction de transmission assure le transport des informations sur le réseau d'un point à un autre de ce réseau. Les supports de cette transmission peuvent être des câbles en cuivre ou en fibre optique, mais également des faisceaux hertziens.

Très haut débit (THD) : terme faisant référence à des capacités d'accès à Internet supérieures à celle de l'accès par l'ADSL dans le domaine du fixe et à celles de l'accès par l'UMTS dans le domaine du mobile. Dans le fixe, le THD est porté par la fibre et dans le mobile par les technologies regroupées sous le terme de 3,5G (HSDPA) ou 4G (LTE).

Triple play : fourniture de trois services (accès à Internet haut débit, téléphonie illimitée et télévision) via un réseau de communications électroniques.

UMTS (*Universal Mobile Telecommunications System*) : norme pour les systèmes de télécommunications mobiles de troisième génération (3G). L'UMTS appartient aux normes IMT-2000.

VDSL (*Very High Speed Digital Subscriber Line*) : technologies xDSL permettant d'améliorer les performances des réseaux d'accès sur la boucle locale de cuivre pour offrir des débits plus rapides que l'ADSL classique.

VGAST (*vente en gros de l'abonnement téléphonique*) : offre de gros de France Télécom qui englobe l'abonnement *stricto sensu*, incluant l'accès au réseau, mais aussi les services traditionnellement associés à l'abonnement téléphonique (présentation du numéro, signal d'appel, etc.) ainsi que l'ensemble des communications interpersonnelles et à destination des numéros spéciaux et de l'Internet bas débit. Elle est compatible avec une utilisation simultanée de la bande haute de fréquences, notamment dans le cas d'offres de gros d'accès large bande livrées au niveau régional ou national ou de dégroupage partiel, et ce quel que soit l'opérateur exploitant cette bande haute.

Wifi (*Wireless Fidelity*) : nom commercial générique pour la technologie IEEE802.11x de réseau local ethernet sans fil (WLAN), basé sur la fréquence 2,4-2,5GHz ou 5GHz.

Wimax (*Worldwide Interoperability for Microwave Access*) : label de certification d'interopérabilité entre équipements de différents fournisseurs soutenant le standard IEEE. 802.16.

§2. Électricité

Source : CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2010, pp. 80-87.

ARENH : Accès régulé à l'électricité nucléaire historique mis en place par la loi NOME

Comptage : Mesure de la quantité d'Electricité ou de gaz permettant de déterminer l'énergie produite ou consommée.

Comptage évolué : Le comptage évolue est destiné à permettre, au minimum, la mise à disposition des consommateurs, chaque mois et non plus chaque semestre, des informations exactes sur leurs consommations de gaz, avec pour objectifs l'amélioration de la qualité de la facturation et une meilleure maîtrise de la consommation d'énergie par les clients. Un système de comptage évolué stocke des données (index, courbes de charge), enregistre des informations (interruption de fourniture, dépassement de puissance), peut être éventuellement paramétré, directionnel). Le comptage évolué implique la mise en place de compteurs communicants capables de stocker les informations résultant des mesures et l'établissement de systèmes de transmission de données permettant la circulation rapide et fiable des informations contenues dans les compteurs entre les utilisateurs, les gestionnaires de réseaux et les fournisseurs.

Contrat d'accès au réseau de distribution (CARD) : Contrat conclu entre un gestionnaire de réseau public de distribution d'électricité et un utilisateur du réseau. Il fixe les conditions juridiques, techniques et économiques de l'accès et de l'utilisation du réseau.

Contribution au service public de l'électricité (CSPE) : Instituée par la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003, la contribution au service public de l'électricité (CSPE) vise :

- à compenser les charges de service public de l'électricité, qui sont supportées par les fournisseurs historiques, EDF pour l'essentiel, Electricité de Mayotte et les entreprises locales de distribution (ELD) ;
- à compenser une partie des charges liées au tarif réglementé transitoire d'ajustement du marché (TaRTAM), une fois que la compensation des charges de service public de l'électricité a été effectuée (en pratique, la CSPE ne compense plus les charges liées au TaRTAM depuis 2009) ;
- à financer le budget du médiateur national de l'énergie.

Distributeur non nationalisé (DNN) : Voir Entreprise locale de distribution.

Énergie renouvelable : Les sources d'énergies renouvelables sont les énergies éolienne, solaire, géothermique, aérothermique, hydrothermique, marine et hydraulique, ainsi que l'énergie issue de la biomasse, du gaz de décharge, du gaz de stations d'épuration d'eaux usées et du biogaz.

Entreprise locale de distribution (ELD) : Entreprise ou régie qui assure la distribution et/ou la fourniture d'électricité ou de gaz sur un territoire déterminé, non desservi par ERDF ou GrDF.

File d'attente de raccordement : Les demandes de raccordement au réseau d'une installation de production sont gérées par les gestionnaires de réseaux selon une file d'attente. La puissance en file d'attente d'un gestionnaire de réseaux est la puissance cumulée de toutes les installations de la file.

Fournisseur : Personne morale, titulaire d'une autorisation, en gaz, ou s'étant déclarée auprès des pouvoirs publics, en électricité, qui alimente au moins un consommateur final en électricité ou en gaz, soit à partir d'une énergie qu'il a produite lui-même, soit à partir d'une énergie qu'il a achetée.

Fournisseur alternatif : Sont considérés comme alternatifs les fournisseurs qui ne sont pas des fournisseurs historiques.

Fournisseur historique : Pour l'électricité, les fournisseurs historiques sont EDF, les entreprises locales de distribution (ELD) ainsi que leurs filiales ; pour le gaz, GDF SUEZ, Tegaz, les ELD ainsi que leurs filiales. Un fournisseur historique n'est pas considéré comme un fournisseur alternatif en dehors de sa zone de desserte historique.

Gestionnaire de réseau de transport ou de distribution : Société responsable de la conception, de la construction, de l'exploitation, de l'entretien et du développement d'un réseau de transport ou de distribution d'électricité ou de gaz naturel, assurant l'exécution des contrats relatifs à l'accès des tiers à ces réseaux.

Interconnexion : Équipements utilisés pour relier deux réseaux électriques ou canalisation reliant deux réseaux de transport de gaz.

Loi NOME : La loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant organisation du marché de l'électricité, dite loi NOME, a pour objectif de permettre une ouverture effective du marché, dans la mesure où EDF, opérateur historique du marché, se trouve en situation de quasi-monopole sur le secteur de la production d'électricité en France. En effet, comme l'a estimé la Commission européenne à la suite d'une procédure d'enquête au titre des aides d'État, l'existence des tarifs réglementés combinée à l'insuffisance de l'accès des concurrents d'EDF à des sources d'électricité aussi compétitives que le parc nucléaire historique constitue un obstacle au développement d'une concurrence effective.

Marché de détail : Le marché de détail de l'électricité et du gaz naturel se divise en deux segments de clientèle :

- les clients résidentiels, qui sont les sites de consommation des clients particuliers ;
- les clients non résidentiels, qui regroupent tous les autres clients : professionnels, grands sites industriels, administrations, etc.

Marché de gros : Le marché de gros désigne le marché où l'électricité et le gaz sont négociés (achetés et vendus) avant d'être livrés sur le réseau à destination des clients finals (particuliers ou entreprises).

Médiateur national de l'énergie : Autorité administrative indépendante, le médiateur national de l'énergie est chargé de recommander des solutions aux litiges relatifs à l'exécution des contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel et de participer à l'information des consommateurs sur leurs droits. Tous les consommateurs particuliers, ainsi que les consommateurs professionnels ayant souscrit une puissance électrique égale ou inférieure à 36 kVA ou consommant moins de 30 000 kWh de gaz naturel par an peuvent faire appel au médiateur. Le champ de compétences du médiateur est encadré par la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

Nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) : Elles sont généralement définies comme l'ensemble des dispositifs et des systèmes informatiques de stockage, de communication, de traitement et de gestion de données. Elles constituent un ensemble convergent des technologies de la micro-électronique, de l'informatique (machines et logiciels) et des télécommunications. En bref, il s'agit d'une interaction de l'électronique et de l'informatique.

Obligation d'achat : Dispositif législatif et réglementaire obligeant EDF et les entreprises locales de distribution (ELD) à acheter l'électricité produite par certaines filières de production (éolien, photovoltaïque, biomasse...) à des conditions tarifaires et techniques imposées.

Offre au tarif réglementé de vente : Les prix des offres aux tarifs réglementés sont fixés par les pouvoirs publics. En électricité, les principales catégories de tarifs réglementés dépendent de la puissance souscrite et de la tension de raccordement.

Offre de marché : Les prix des offres de marché sont fixés librement par les fournisseurs dans le cadre d'un contrat.

Producteur : Personne physique ou morale qui produit du gaz naturel ou de l'électricité.

Programmation pluriannuelle des investissements (PPI) : Dans la loi française, objectifs fixés par le ministre chargé de l'énergie en matière de répartition des capacités de production électrique par source d'énergie primaire et, le cas échéant, par technique de production et par zone géographique.

Qualité de l'électricité : Niveau de qualité de l'électricité livrée aux réseaux, élevée en fonction de la fréquence et de la durée des coupures longues ou brèves, ainsi que de la qualité de l'onde de tension.

Réseau de transport et de distribution d'électricité : Réseau conçu pour le transit de l'énergie électrique entre les lieux de production et les lieux de consommation. Il est composé de lignes électriques qui assurent les liaisons à des niveaux de tension données et de postes composés de transformateurs de tension, d'organes de connexion et de coupure, d'appareils de mesures, de contrôle-commande et de moyens de compensation de l'énergie réactive. On distingue trois hiérarchies de réseaux :

- le réseau de grand transport et d'interconnexion qui achemine, en 400 kV ou 225 kV, de grandes quantités d'énergie sur de longues distances avec un faible niveau de perte ;
- les réseaux régionaux de répartition qui répartissent l'énergie au niveau des régions qui alimentent les réseaux de distribution publique ainsi que les gros clients industriels en 225 kV, 90 kV et 63 kV ;
- les réseaux de distribution à 20 kV et 400 V, qui desservent les consommateurs avuls en moyenne tension (PME et PMI) ou en basse tension (clientèle domestique, tertiaire, petite industrie).

Réseaux électriques intelligents : Les réseaux électriques intelligents sont aussi appelés Smart grids. Ce sont les réseaux électriques publics auxquels sont ajoutées des fonctionnalités issues des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC). Le but est d'assurer l'équilibre entre l'offre et la demande d'électricité à tout instant et de fournir un approvisionnement sûr, durable et compétitif aux consommateurs.

Sécurité d'approvisionnement : Capacité des systèmes électrique et gazier à satisfaire de façon continue la demande prévisible du marché.

Tarif réglementé transitoire d'ajustement du marché (TaRTAM) : Tarif spécifique destiné à tout consommateur final d'électricité qui a exercé son éligibilité et souhaite revenir au tarif réglementé de vente. Mis en place le 1er janvier 2007, il s'éteindra lors de la mise en place effective de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) prévu au 1er juillet 2011. Le TaRTAM n'est plus accessible depuis le 30 juin 2010.

Bibliographie

La présente bibliographie présentera séparément, tant pour des raisons méthodologiques que pratiques, la bibliographie juridique (I) et la bibliographie économique (II). De très rares références pourront être citées deux fois, notamment dans l'hypothèse où elles renvoient à une œuvre conjointe de juristes et d'économistes.

§1. Bibliographie juridique

A. Ouvrages généraux, manuels, traités

- AUBY J.-M., BON P., AUBY J.-B., TERNEYRE P.**, *Droit administratif des biens*, Paris, Dalloz, 2008, 5^{ème} Ed., 697 p.
- BERGEL J.-L., BRUSCHI M., CIMAMONTI S.**, *Les biens*, Paris, LGDJ, 2000, 694 p.
- BONNEAU T., DRUMMOND F.**, *Droit des marchés financiers*, Paris, Economica, 2001, 835 p.
- BOUTARD LABARDE M.-C., CANIVET G., CLAUDEL E., MICHEL-AMSELLEM BOY L.**, *Droit économique*, Lyon, L'Hermès, 2002, 256 p.
- BRACONNIER S.**, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2007, 2^{ème} Ed., 621 p.
- BRAIBANT G. STIRN B.**, *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Science Po/Dalloz, 2002, 6^{ème} Ed., 640 p.
- BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V.**, *Droit civil. Première année. Introduction. Biens. Personne. Famille*, Paris, Dalloz, 2007, 15^e Ed., 967 p.
- BURN E. H.** *Modern Law of Real Property*, London, Edinburgh, Dublin, Butterworth's, 2000, 1107 p.
- CABRILLAC RÉMY.**, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2009, 8^{ème} Ed., 264 p.
- CARBONNIER J.**, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1992, 7^{ème} Ed., 419 p.
- CARBONNIER J.**, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, Paris, PUF, « Quadrige Manuels », 1955, 2574 p.
- CARBONNIER J.**, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, « Thémis », 2004, 2^{ème} Ed., 415 p.
- CHAPUS R.**, *Droit administratif général. Tome 1*, Paris, Montchrestien, 2001, 1427 p.
- CHAPUS R.**, *Droit administratif général. Tome 2*, Paris, Montchrestien, 2001, 15^{ème} Ed., 797 p.
- CHAPUS R.**, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2008, 13^{ème} Ed., 1540 p.
- CLARKE A., KOHLER P.**, *Property Law. Commentary and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 729 p.
- COLIN F.**, *Droit public économique*, Paris, Gualino Éditeur, « Mémentos LMD », 2005, 270 p.
- COLSON J.-P.**, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 2001, 3^{ème} Ed., 551 p.
- COLSON J.-P., IDOUX P.**, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 5^{ème} Ed., 2010, 980 p.
- CORNU G.**, *Droit civil. Les biens*, Paris, Montchrestien, 2007, 13^{ème} Ed., 377 p.
- DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER O.**, *Droit administratif des biens*, Paris, Gualino Éditeur, « Mémentos LMD », 2006, 4^{ème} Ed., 304 p.
- DE VAUPLANE H., BORNET J.-P.**, *Droit des marchés financiers*, Paris, Litec, 3^{ème} Ed., 2001, 1162 p.

- DU MARAIS B.**, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences po/Dalloz, 2004, 602 p.
- DECOCQ A., DECOCQ G.**, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Paris, LGDJ, 2004, 601 p.
- DELVOLVÉ P.**, *Le droit administratif*, Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 3^{ème} Ed., 2002, 149 p.
- DELVOLVÉ P.**, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, 799 p.
- DUBOUIS L., BLUMANN C.**, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 5^{ème} Ed., 2009, 752 p.
- DUGUIT L.**, *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Dalloz, 1903, réédité en 2005, « Bibliothèque Dalloz », 774 p.
- DUGUIT L.**, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 1901, réédité en 2003, « Bibliothèque Dalloz », 623 p.
- DUGUIT L.**, *Traité de droit constitutionnel, Tome premier, La règle de droit, le problème de l'État*, Paris, E. de Boccard, 1927, 3^{ème} Ed., 763 p.
- DUGUIT L.**, *Traité de droit constitutionnel, Tome deuxième, La théorie générale de l'État, première partie, éléments, fonctions et organes de l'État*, Paris, E. de Boccard, 1928, 3^{ème} Ed., 888 p.
- DUGUIT L.**, *Traité de droit constitutionnel, Tome troisième, La théorie générale de l'État, suite et fin*, Paris, E. de Boccard, 1930, 3^{ème} Ed., 856 p.
- DUPUIS G., GUÉDON M.-J., CHRÉTIEN P.**, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 2007, 10^{ème} Ed., 695 p.
- EISENMANN C.**, *Cours de droit administratif, Tome 1*, Paris, LGDJ, 1982, 786 p.
- EISENMANN C.**, *Cours de droit administratif, Tome 2*, Paris, LGDJ, 1983, 908 p.
- ENCINAS DE MUNAGORRI R.**, *Introduction générale au droit*, Paris, Flammarion, 2006, 2^{ème} Ed., 371 p.
- FRIER P.-L., PETIT J.**, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2006, 4^{ème} Ed., 537 p.
- FRISON-ROCHE M.-A., BONFILS S.**, *Les grandes questions du droit économique*, Paris, PUF « Quadrige », 2005, 431 p.
- GAUDEMET Y.**, *Traité de droit administratif, Tome 1, Droit administratif général*, Paris, LGDJ, 2001, 16^{ème} Ed., 918 p.
- GAUDEMET Y.**, *Traité de droit administratif, Tome 2, Droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, 2008, 13^{ème} Ed., 618 p.
- GAUDEMET Y.**, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 18^{ème} Ed., 2005, 453 p.
- GAUDEMET Y.**, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 19^{ème} Ed., 2010, 550 p.
- GAVALDA C., PARLEANI G.**, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, Litec, 3^{ème} Ed., 1999, 442 p.
- GODFRIN P., DEGOFFE M.**, *Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation*, Paris, Dalloz, 2008, 8^{ème} Ed., 511 p.
- GUÉTTIER C.**, *Droit administratif des biens*, Paris, PUF, « Thémis Droit », 2008, 474 p.
- HAURIOU M.**, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1907, 6^{ème} Ed., 915 p.
- HAURIOU M.**, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, 2^{ème} Ed., 828 p.
- HAURIOU M.**, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^{ème} Ed., 759 p.
- HAURIOU M.**, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 1933, 12^{ème} Ed., réédité en 2004, « Bibliothèque Dalloz », 1150 p.
- HUBRECHT H.-G.**, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1997, 366 p.
- JÈZE G.**, *Les principes généraux du droit administratif, La technique juridique du droit public français, Tome 1*, Paris, Dalloz, 1925, 3^{ème} Ed., réédité en 2005, « Bibliothèque Dalloz », 443 p.
- JÈZE G.**, *Les principes généraux du droit administratif, La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics, Tome 2*, Paris, Dalloz, 1925, 3^{ème} Ed., réédité en 2004, « Bibliothèque Dalloz », 848 p.
- LAVIALLE C.**, *Droit administratif des biens*, Paris, PUF, 1996, 395 p.

- LE MESTRE R.**, *Droit du service public*, Paris, Gualino Éditeurs, 2005, 532 p.
- LINOTTE D., GRABOY-GROBESCO A.**, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 2001, 290 p.
- LINOTTE D., ROMI R.**, *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 2007, 4^{ème} Ed., 450 p.
- LINOTTE D., ROMI R.**, *Droit du service public*, Paris, Litec, 2007, 205 p.
- LOMBARD M. DUMONT G.**, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, « Hypercours », 5^{ème} Ed., 2003, 542 p.
- LUCAS DE LEYSSAC C., PARLEANI G.**, *Droit du marché*, Paris, PUF, « Thémis Droit privé », 2002, 1033 p.
- MACKAAY E.**, *L'analyse économique du droit. Fondements*, Bruxelles, Bruylant/Thémis, 2000, 219 p.
- MACKAAY E., ROUSSEAU S.**, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz/ Thémis, 2008, 2^{ème} Ed., 728 p.
- MALAURIE P., AYNES L.**, *Les Biens*, Paris, Defrénois, 3^e Ed., 2007, 397 p.
- MEMETEAU G.**, *Droit des biens*, Paris, Paradigme, 4^e Ed., 2009, 232 p.
- MESCHERIAKOFF A.-S.**, *Droit public économique*, Paris, PUF, « Droit fondamental », 1996, 2^{ème} Ed., 293 p.
- MORAND-DEVILLER J.**, *Droit administratif des biens*, Paris, Montchrestien, 2007, 5^{ème} Ed., 859 p.
- NICINSKI S.**, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2009, 622 p.
- NICINSKI S.**, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2010, 2^{ème} Ed., 720 p.
- NIHOUL P.**, *Droit européen des Télécommunications, L'organisation des marchés*, Paris, Larcier, 1999, 381 p.
- NIHOUL P., RODFORD P.**, *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 802 p.
- NIKOLINAKOS N. T.**, *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*, The Netherlands, Kluwer Law International, « International Competition law series », 2006, 698 p.
- OPPÉTIT B.**, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, 156 p.
- POIRIER D.**, *Introduction générale à la common law*, Cowansville, Québec, Canada, Les éditions Yvon Blais Inv., 2nd Ed., 2000, 653 p.
- REGOURD S.**, *Droit de la communication audiovisuelle*, Paris, 2001, PUF, « Droit », 475 p.
- SEILLER B.**, *Droit administratif, 2, L'action administrative*, Paris, Flammarion, 2001, 345 p.
- SÈVE R.**, *Philosophie et théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2007, 389 p.
- SIMON D.**, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, « Droit », 3^{ème} Ed., 779 p.
- TERRÉ F.**, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2006, 7^{ème} Ed., 634 p.
- TRUCHET D.**, *Droit administratif*, Paris, PUF, 2008, 2^{ème} Ed., 468 p.
- VALETTE J.-P.**, *Droit de la régulation des marchés financiers*, Paris, Galino éditeur, « Mémentos LMD », 2005, 174 p.
- VIALENS J.**, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, Paris, LGDJ, « Droit des affaires », 2008, 822 p.
- VLACHOS G.**, *Droit public économique français et communautaire*, Paris, Armand Colin, 1996, 474 p.
- VOGEL L.**, *Droit français de la concurrence*, Paris, LawLex, « JuriScience », 2006, 858 p.
- WALINE M.**, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 1957, 7^{ème} Ed., 892 p.
- WALINE J.**, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2008, 22^{ème} Ed., 702 p.
- ZENATI-CASTAING F., REVET T.**, *Les biens*, Paris, PUF, « Droit fondamental », 2008, 3^e Ed., 759 p.

B. Ouvrages spéciaux

- ATIAS C.**, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, 222 p.
- ARRIERE F., DIDIER P., DUPICHOT P., FAUVARQUE-COSSON B., et AL.**, *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Paris, Société de législation comparée, « Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », 2006, 143 p.
- BENSOUSSAN A., MARTIN S., POTTIER I.**, *L'électricité et le droit*, Paris, Hermès Science/Lavoisier, « Memento-Guide Alain Bensoussan », 2001, 335 p.
- BERGEL J.-L.**, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 4^{ème} Ed., 2003, 374 p.
- BERGER M.**, *Le droit communautaire des télécommunications*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1999, p. 125.
- BLONDIAUX L.**, *Le nouvel esprit de la démocratie, Actualité de la démocratie participative*, Paris, Seuil, « La République des idées », 2008, 109 p.
- BOULOUIS J., CHEVALLIER R.-M.**, *Grands arrêts de Cour de justice des communautés européennes*, Tome 1, Paris, Dalloz, 6^{ème} Edition, 1994, 434 p.
- BOULOUIS J., CHEVALLIER R.-M.**, *Grands arrêts de Cour de justice des communautés européennes*, Tome 2, Paris, Dalloz, 4^{ème} Edition, 1997, 569 p.
- BREWER-CARIAS A.**, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse*, Paris, Economica, 1992, 167 p.
- CHEVALLIER J.**, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 2^{ème} Ed., 2004, 226 p.
- CLAM J.**, *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », 1997, 337 p.
- DELION A.**, *Le droit des entreprises publiques et participations publiques*, Paris, LGDJ, « Systèmes », 2003, 253 p.
- DUMAS R., GARAUD E.**, *CEDH et Droit des affaires*, Paris, Francis Lefebvre, 2008, 437 p.
- FAIRGRIEVE D., MUIR WATT H.**, *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, Paris, PUF, « Droit et justice », 2006, 62 p.
- FARJAT G.**, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 2004, 209 p.
- FAVOREU L., PHILIP L.**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, 14^{ème} Ed., 1035 p.
- GENTOT M.**, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, « Clefs politique », 1994, 2^{ème} Ed., 158 p.
- GENY F.**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, Tome premier, 446 p.
- GIRARD C., LE GOFF A.**, *La démocratie délibérative, anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann Éditeurs, « L'avocat du diable », 550 p.
- GUÉDON M.-J.**, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, « Systèmes », 1991, 142 p.
- GUILLOU B., PADIOLEAU J.-G.**, *La régulation de la télévision*, Paris, La documentation française, « Les études de la CNCL », 1988, 154 p.
- HABERMAS J.**, *L'espace public*, Paris, Payot, « Critique de la politique », 1997, 324 p.
- HALPERIN J.-L.**, *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, 2008, 370 p.
- HARIS J. W.**, *Property and Justice*, Oxford, Clarendon Press Oxford, 1996, 387 p.
- HUMPHREYS P., SIMPSON S.**, *Globalisation, Convergence and European Telecommunications Regulation*, Cheltenham, UK, Northampton, USA, Edward Ulgar, 2005, 218 p.
- JACQUEMIN A., SCHRANS G.**, *Le droit économique*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1974, 2^{ème} Ed., 126 p.
- JESTAZ P., JAMIN C.**, *La doctrine*, Paris, Dalloz, « La méthode du droit », 2004, 314 p.

- JONGEN F.**, *La police de l'audiovisuel, Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1994, 544 p.
- KELSEN H.**, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, « Léviathan », 1996, 604 p.
- LAROUCHE P.**, *Competition law and regulation in European Telecommunications*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2000, 466 p.
- LEGER P.** (dir), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Dalloz/Bruylant, 2000, 2060 p.
- MAJONE G.**, *La Communauté européenne : un État régulateur*, Paris, Montchrestien, « Clefs politique », 1996, 158 p.
- PAPADOPOULO REBECCA-EMMANUELA.**, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, Athènes/Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1996, 319 p.
- RODRIGUES S.**, *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Énergie, postes, télécommunications et transport*, Paris, Editions TEC&DOC, 2000, 694 p.
- ROMANO S.**, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} Ed., 1975, réédité en 2002, « Bibliothèque Dalloz », 174 p.
- ROUBIER P.**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, réédité en 2005, 451 p.
- SABLIÈRE P.**, *Droit de l'électricité. Textes et commentaires*, Paris, Dalloz/Commission de Régulation de l'énergie, 2003, 1777 p.
- SABLIÈRE P.**, *La loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, numéro hors-série, février 1993*, 1083 p.
- SERVERIN E.**, *Sociologie du droit*, Paris, La découverte, « Repères », 2000, 118 p.
- SIBONY A.-L.**, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J / L'extenso éditions, « Droit & Economie », 2008, 883 p.
- SIMON J.-P.**, *L'esprit des règles. Réseaux et réglementation aux États-Unis*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1991, 447 p.
- SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M.**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, « Thémis droit », 5^{ème} Ed., 854 p.
- SUEUR J.-J.**, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2001, 206 p.
- TEUBNER G.**, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1993, 296 p.
- TIMSIT G.**, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1997, 252 p.
- VALENTIN V.**, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, « Corpus Essai », 2002, 385 p.
- ZOLLER E.**, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, 922 p.

C. Thèses, mémoires

- BERLIOZ P.**, *La notion de bien*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », Tome 489, 2007, 596 p.
- BERNARD S.**, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 218, 2001, 378 p.
- BLANLUET G.**, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », Tome 313, 1999, 493 p.
- BROUANT J.-P.**, *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, Thèse pour le doctorat en droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1995, 647 p.
- CALANDRI L.**, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 259, 2008, 733 p.

- CALMETTE J.-F.**, *La rareté en droit public*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2004, 379 p.
- CHAMARD C.**, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2004, 764 p.
- CHARBIT N.**, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2002, 530 p.
- CHEBEL-HORSTMANN N.**, *La régulation du marché de l'électricité, Concurrence et accès aux réseaux*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2006, 501 p.
- CLAMOUR G.**, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006, 1044 p.
- COLLET M.**, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 233, 2003, 397 p.
- CONAC P.-H.**, *La régulation des marchés boursiers par la Commission des opérations de bourse (COB) et la Securities and exchange commission (COB)*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », Tome 386, 2002, 543 p.
- DEGUERGUE M.**, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 171, 1994, 884 p.
- DEL CONT C.**, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1997, 399 p.
- DELHOSTE M.-F.**, *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 214, 2001, 290 p.
- DELZANGLES H.**, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, Énergie et Postes*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008, 903 p.
- DEZOBRY G.**, *Essentialité et droit communautaire de la concurrence. Contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles*, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit public, Université Paris 10, 2007, 577 p.
- FARJAT G.**, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1962, 543 p.
- FORTSAKIS T.**, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome CLII, 1987, 542 p.
- FRAVALO A.**, *La régulation juridique dans le domaine économique*, Lille, ANRT, 2003, 566 p.
- GALANIS T.**, *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques*, Thessalonique, Athènes, Bruxelles, Editions Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2010, 1097 p.
- GAUDEMET Y.**, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome CVIII, 321 p.
- GINOSSAR S.**, *Droit réel, propriété et créance : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960, 212 p.
- GIRARD A.-L.**, *Contribution du doyen Maurice Hauriou à la théorie des personnes publiques*, 2004, Mémoire pour le D.E.A de droit interne, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 110 p.
- GUENOD C.**, *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel. Modèles communautaire et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit, Université Paris – Dauphine, 2009, 787 p.
- GUGLIELMI G.**, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 157, 1991, 378 p.
- HECQUARD-THÉRON M.**, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome CXXVI, 1977, 287 p.
- HENNETTE-VAUCHEZ S.**, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2004, 447 p.
- HIEZ D.**, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », Tome 399, 2003, 459 p.

- HOEPFFNER H.**, *La modification du contrat administratif*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 260, 2009, 586 p.
- ISAAC G.**, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome LXXIX, 1968, 732 p.
- ISIDORO C.**, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 242, 2006, 664 p.
- LAGET-ANNAMAYER A.**, *La régulation des services publics en réseau*, Paris, LGDJ, 2002, 546 p.
- LANNEAU R.**, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, LGDJ, « Fondation Varenne », 2010, 638 p.
- LE BERRE C.**, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université Paris X Nanterre, 2006, 888 p.
- LEPINEUX B.**, *Approche institutionnelle de l'ordre public*, Clermont-Ferrand, LGDJ, « Fondation Varenne », 2007, 439 p.
- LIANOS I.**, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Athènes, Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2007, 1698 p.
- LINDITCH F.**, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 176, 1997, 334 p.
- LIPSYC D.**, *Credit rating agencies and conflicts of interest : comparative study of the post-credit crisis regulatory reforms*, 2009, Master 2 de droit anglo-américain des affaires, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 55 p.
- MADDALON P.**, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 253, 2007, 396 p.
- MAÎTRE G.**, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & économie », 2005, 336 p.
- MÉADEL J.**, *Les marchés financiers et l'ordre public*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », Tome 478, 2007, 504 p.
- MET-DOMESTICI A.**, *Le droit communautaire de la concurrence et l'intérêt général*, Thèse pour le doctorat en droit, 2004, Université Aix-Marseille III, 635 p.
- MILLARD E.**, *Famille et droit public*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 182, 1995, 502 p.
- MOYSAN H.**, *Le droit de propriété des personnes publiques*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 219, 2001, 296 p.
- PAPANDREOU-DETERVILLE M.-F.**, *Le droit anglais des biens*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », Tome 418, 2004, 748 p.
- PAVAGEAU S.**, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, Poitiers, LGDJ, 2003, 463 p.
- PICARD E.**, *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 146, 1984, 926 p.
- PLESSIX B.**, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003, 878 p.
- ROBIN-OLIVIER S.**, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, 552 p.
- ROYER G.**, *L'efficacité en droit pénal économique. Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & économie », 2009, 520 p.
- SARACCI F.**, *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications : exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Lille, ANRT, 2003, 563 p.
- SÉE A.**, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université de Strasbourg, 2010, 796 p.
- SFEZ L.**, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, 1964, 952 p.

- SOFIANATOS G.**, *Injonctions et engagements en droit de la concurrence. Étude de droit communautaire, français, grec*, Paris, LGDJ, 2009, « Bibliothèque de droit privé », Tome 506, 689 p.
- TEITGEN-COLLY C.**, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Paris, Economica, 1981, 536 p.
- TEYSSIER D.**, *La régulation des marchés financiers*, Paris, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2008, 448 p.
- VAUTROT-SCHWARZ C.**, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 263, 2009, 685 p.
- VIALLARD V.**, *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations, Étude comparée des droits communautaires et américain*, Paris, Dalloz, 2007, 576 p.
- VIDAL L.**, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 1392 p.
- YOLKA P.**, *La propriété publique, Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 191, 1997, 649 p.
- ZENATI F.**, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à l'étude du droit subjectif*, Thèse Lyon 3, 1981, 821 p.

D. Ouvrages collectifs, actes de colloques

- ACKERMAN B. A.**, « Deux sortes de recherches en "Droit et économie" », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, pp. 429-441.
- ALBERS M.**, « The new EU directives on energy liberalization from a competition point of view », in P. D. Cameron (Ed.), *Legal aspects of EU energy regulation, implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, USA, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 41-58.
- ALEXANDRE-SOUYRIS.**, « Le pouvoir réglementaire des institutions en matière bancaire et financière », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, pp. 2221-2224.
- ARCHAMBAULT P.**, « Préface », in M. Hauriou., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1925, pp. 5-9.
- ARNAUD A.-J.**, « Préface », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, pp. 5-7.
- ARNAUD A.-J.**, « Droit : le système et l'ensemble », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, pp. 147-166.
- ATIAS C.**, « Éditorial », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, pp. 409-410.
- ATIAS C.**, « Sur E. Mackaay et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Éditions Thémis, 2008 », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2469-2475.
- AUBERGER P.**, « La démocratie déléguée », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, « Thèmes et commentaires », pp. 233-240.
- AUBY J.-B.**, « Régulations et droit administratif », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 209-234.
- AUBY J.-B.**, « Droit administratif et démocratie », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 13-28.
- AUBY J.-B.**, « Les spécificités de la doctrine administrativiste française », in AFDA (coor.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, pp. 33-40.
- AUBY J.-B.**, « Remarques terminales », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFDA, 2010, pp. 931-935.
- AUTIN J.-L.**, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L' Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp. 43-55.

- AUTIN J.-L.**, « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in C. Ribot, J.-L. Autin (dirs.), *Environnements, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, pp. 439-450.
- AUTIN J.-L.**, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFD A, 2010, pp. 875-883.
- AZOULAY L.**, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 277-309.
- BABUSIAUX C.**, « La conception de la régulation dans la réforme du droit de la concurrence par la loi N.R.E », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, pp. 11-16.
- BAILLY M.**, « Défense du programme *Doing Business* », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 29-31.
- BAKER C.**, « Variables au regard des systèmes juridiques », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 119-127.
- BARDON C.**, « Présentation », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, p. 99.
- BARRIERE F.**, « Entretien avec François Barrière, Maître de conférences à l'université Panthéon-Assas (Paris II) », in *La Fiducie, Revue de droit des affaires de l'Université Panthéon-Assas*, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2007, n° 4, pp. 29-42.
- BASDEVANT-GAUDEMET B.**, « Avant-propos », in B. Basdevant-Gaudemet (coor.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, Paris, « Systèmes », 2004, LGDJ, pp. 3-10.
- BATIFFOL H.**, « Problèmes contemporains de la notion de biens », in F. Terré (dir.) *Archives de philosophie du droit, Tome 24, Les biens et les choses*, 1979, pp. 9-16.
- BATTISTINI P.**, « Le pouvoir normatif de l'autorité de régulation des Télécommunications », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, pp. 2225-2240.
- BELLAMY C.**, « Le juge contrôleur du régulateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 174-178.
- BÉNOIT F.-P.**, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, pp. 23-38.
- BERGÉ J.-S., HARNAY S.**, « Concurrence entre règles juridiques et constructions européennes : à propos de l'analyse économique du droit », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi (coors.), *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, pp. 15-25.
- BERGEL J.-L.**, « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative (Essai de synthèse) », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, pp. 2373-2380.
- BERGEL J.-L.**, « Ébauche d'une définition de la méthodologie juridique », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 20, *Rétrospective et perspectives de recherche en méthodologie juridique*, RRJ, 2005, pp. 2649-2658.
- BERGEL J.-L.**, « Une "approche" économique de la propriété en droit privé », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2501-2508.
- BERGEL J.-L., CHÉROT J.-Y.**, « Avant-propos », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2455-2457.

- BERGER G.**, « Le rapport entre l'indépendance du régulateur et le choix de l'évaluateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 87-93.
- BETBEZE J.-P.**, « L'évolution de l'objet d'évaluation économique (de *Doing Business* à *Fair Business*) », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Economie », 2005, pp. 145-148.
- BIOY X.**, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2009, pp. 21-53.
- BOLLÉE S., LAITHIER Y.-M., PÈRÈS C.**, « Avant-propos », in S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dirs.), *L'efficacité économique du droit*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2010, non paginé.
- BONICHOT J.-C.**, « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les sanctions administratives*, *AJDA*, 2001, numéro spécial, pp. 73-80.
- BOREL J.-V.**, « L'attribution à une autorité autre que le Premier Ministre du pouvoir normatif d'application d'une loi ou d'un décret : le cas de la Commission de régulation de l'électricité » in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, *RRJ*, 2001, pp. 2241-2250.
- BOUJEKA A.**, « Introduction au droit public bancaire et financier », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi (coors.), *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, pp. 27-50.
- BOULOC B.**, « Propos introductif », in B. Bouloc (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 5-8.
- BOURAOUI S.**, « De l'analyse substantielle en droit de l'environnement », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 11-21.
- BOUTARD-LABARDE M.-C.**, « Notion de marché et ordre concurrentiel », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 547-549.
- BOUVIER M.**, « L'institution contre le contrat dans la pensée juridique et politique de Georges Renard », in B. Basdevant-Gaudemet (coor.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, Paris, « Systèmes », 2004, LGDJ, pp. 16-30.
- BOY L.**, « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 23-56.
- BOY L.**, « Régulation et sécurité juridique », in L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (coords.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, « Droit/Economie international », 2008, pp. 333-353.
- BRAIBANT G.**, « La régulation consultative du Conseil d'État », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp.145-154.
- BRECHON-MOULENES C.**, « Troisième cycle de droit public et disciplines économiques », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, « Droit économique », pp. 241-244.
- BREVILLE A., VIDAL L.**, « Approche générale. Aspects juridiques », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation Volume 1*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 243-291.
- BRISSON J.-F.**, « Les principes de la procédure administrative en droit français », in M. Fromont (dir.), *Analyse comparée du droit administratif. La procédure administrative non contentieuse en droit français*, London, Esperia Publications Ltd, 2000, pp. 75-103.
- BRISSON J.-F.**, « La réception en droit national des autorités de régulation », in *Autorités de régulation et Droit européen*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, *JCP Entreprises et affaires*, n°2/2004, 2004, pp. 14-21.

- BRODERICK A.**, « L'influence de la pensée du Doyen Maurice Hauriou aux Etats-Unis et en Angleterre », in G. Marty, A. Brimo (dirs.), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Editions A. Pedone, 1969, pp. 271-280.
- BROUWER O. W.**, « Droit de la concurrence et télécommunications : l'approche communautaire (les décisions Atlas et Phoenix c/ Global one) », in *Droit des télécommunications : entre dérégulation et régulation*, AJDA, 1997, pp. 270-275.
- CADIET L.**, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 23-51.
- CADIET L.**, « Ordre concurrentiel et justice », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 109-143.
- CAILLOSSE J.**, « Les controverses doctrinales », in AFDA (coor.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, pp. 125-145.
- CAMERON P. D.**, « Introduction », in P. D. Cameron (Ed.), *Legal aspects of EU energy regulation, implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, USA, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 1-4.
- CAMERON P. D.**, « Completing the internal market in energy : an introduction to the new legislation », in P. D. Cameron (Ed.), *Legal aspects of EU energy regulation, implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, USA, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 7-39.
- CANIVET G.**, « Préface », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 1-3.
- CANIVET G.**, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 184-193.
- CANIVET G.**, « Evaluation de l'efficacité économique des procédures », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Économie », 2005, pp. 81-88.
- CANIVET G.**, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, pp. 23-27.
- CANIVET G., FRISON-ROCHE M.-A.**, « Présentation de l'ouvrage », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Économie », 2005, pp. VII-XIII.
- CARBONNIER J.**, « Exorde », in T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1996, pp. 1-2.
- CARENTA R.**, « Les conditions et modalités juridiques de l'indépendance du régulateur » in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques, légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 72-77.
- CATALA P.**, « Rapport de synthèse », in *L'ordre public, Journées Libanaises*, Paris, LGDJ, « Travaux de l'Association Henri Capitant », 1998, pp. 1-14.
- CATALA P.**, « L'immatériel et la propriété », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, le droit et l'immatériel*, Tome 43, Paris, Sirey, 1999, pp. 61-63.
- CAVE M.**, « Ofcom and light touch regulation », in C. Robinson (Ed.), *Successes and Failures in Regulating and Deregulating Utilities, Evidence from the UK, Europe and the USA*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2004, pp. 65-81.
- CAZENAVE T., MARTIMORT D., POUYET J.**, « Crise de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 1-10.
- CELLUPICA N., OUDIN C. J.**, « Le pouvoir de composition de l'Autorité des marchés financiers. Vers une contractualisation de la répression en matière boursière », in M.-A. Frison-Roche

(dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 157-169.

CHAMPAUD C., « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 69-109.

CHAMPAUD C., « Recherches et observations sur la mise en œuvre des institutions régulatrices en France », in N. Thirion (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 87-124.

CHAPUT Y., « L'essor contrarié du droit économique, l'exemple de la faillite en France », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 255-260.

CHAPUT Y., « Crise du droit des affaires et/ou révolution économique du droit », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, « Droit économique », pp. 11-14.

CHARLES H., « Peut-on parler d'une conception républicaine du droit économique français ? », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 111-120.

CHARVIN R., « L'ordre concurrentiel et l'OMC », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 181-194.

CHEMILLIER-GENDREAU M., « Le droit international et la régulation », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp. 57-70.

CHÉROT J.-Y., « Trois thèses de l'analyse économique du droit. Quelques usages de l'approche économique des règles juridiques », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, pp. 429-441.

CHÉROT J.-Y., « Le premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire. Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, pp. 2191-2202.

CHÉROT J.-Y., « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, pp. 17-25.

CHÉROT J.-Y., « Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel ? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour » in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 563-577.

CHÉROT J.-Y., « Le "concept de droit" hartien et l'analyse économique du droit », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2529-2539.

CHEVALIER J., « Le concept et l'idée », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1929, pp. 111-136.

CHEVALLIER J., « L'analyse institutionnelle », in J. Chevallier (dir.), *L'institution*, Paris, PUF, « C.U.R.A.P.P. », 1981, pp. 3-61.

CHEVALLIER J., « De quelques usages du concept de régulation », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp. 71-93.

CHEVALLIER J., « Conclusion générale. Les interprètes du droit », in Y. Poirmeur, A. Bernard (coors.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, pp. 259-282.

CHEVALLIER J., « Etat et Ordre concurrentiel », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 59-72.

CHEVALLIER J., « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques » in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 143-150.

- CHEVALLIER J.**, « L'État régulateur », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 29-40.
- CHEVALLIER J.**, « Rapport de synthèse », in AFDA (coor.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, pp. 235-246.
- CHEVALLIER J.**, « La statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFDA, 2010, pp. 896-900.
- CLAUDEL E.**, « La processualisation du droit de la concurrence », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006, « Droit & économie », pp. 285-313.
- CLEMENT-CUZIN S.**, « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », in *Les sanctions administratives*, AJDA, 2001, numéro spécial, pp. 111-115.
- CLUZEL J.**, « L'audiovisuel et l'ordre public » in R. Polin (dir.), *L'ordre public*, Paris, PUF, 1996, pp. 67-83.
- COHENDET M.-A.**, « Avant-propos », in E. Millard, *Famille et droit public*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 182, 1995, pp. xxv-xxvii.
- COHEN-TANUGI L.**, « Droit civil contre *common law* : un faux débat », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 25-27.
- COIN R.**, « La régulation du secteur de l'énergie en France à l'heure de l'ouverture totale du marché », in T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Editions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, pp. 653-670.
- COLLET M.**, « De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 41-56.
- COLLET M.**, « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'Etat "post-moderne" », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 127-150.
- COLLET M.**, « Valeur(s) de la régulation », in M. Deguegue, L. Fonbaustier (coors.), *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, pp. 241-253.
- COLLET M.**, « Le droit fiscal, berceau de la régulation », in T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Editions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, pp. 39-58.
- COLLIARD C.-A.**, « Préface », in J.-C., Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 9-12.
- COMBACAU J.**, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 85-105.
- COMBACAU J.**, « Conclusions générales », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit et justice », 2001, pp. 415-434.
- COMMAILLE J., JOBERT B.**, « Introduction. La régulation politique : l'émergence d'un nouveau régime de connaissance ? », in J. Comaille, B. Jobert (dirs.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LDGJ, 1998, pp. 11-32.
- CONDORELLI L.**, « Premier protocole additionnel. Article 1 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H., Imbert (dirs), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 971-997.
- COPPENS P.**, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, « Droit économique », pp. 207-222.
- COPPENS P.**, « Abus de droit et ordre concurrentiel », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 323-338.
- COPPENS P.**, « Théorie de la norme et régulation », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 79-110.

- CUSTOS D.**, « La notion américaine de régulation », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 145-165.
- CUSTOS D.**, « Autorités de régulation et métamorphose du régime juridique de la décision individuelle », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi (coors.), *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, pp. 65-72.
- DAINTITH T.**, « Pouvoir étatique en droit et en économie », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 367-380.
- DAMMANN R.**, « Banque et banquiers responsables », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 73-69.
- DAVIS H. M.**, « L'expérience américaine des "independent regulatory commissions" », in J.-C., Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 222-235.
- DU BOIS DE GAUDUSSON J.**, « Avant-propos », in G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2009, pp. ix-x.
- DE BOISSIEU C.**, « L'articulation entre régulation et crise dans le secteur bancaire et financier », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 19-27.
- DE GROVE-VALDEYRON N.**, « Les agences de la communauté sont-elles des autorités de régulation ? », in *Autorités de régulation et Droit européen, Cahiers de droit de l'entreprise, JCP Entreprises et affaires*, n°19, 2004, pp. 22-27.
- DE GUILLENCHMIDT J.**, « Le sectoriel et le général dans le droit de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité, LPA*, n° 110, 3 juin 2002, pp. 58-62.
- DE KIRALY F.**, « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1977, tome III, pp. 111-123.
- DE LA GARANDERIE D.**, « Conclusion », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 137-140.
- DE ROBIEN G.**, « Légitimité démocratique de la régulation in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, « Thèmes et commentaires », pp. 247-248.
- DE STREEL A., QUECK R.**, « Services d'intérêt économique général et communications électroniques », in J.-V. Louis, S. Rodrigues (dirs.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 339-384.
- DEAKIN S., WILKINSON F.**, « Coopération, droit des contrats et performances économiques », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 159-177.
- DEBBASCH C.**, « La régulation de l'audiovisuel », in C. Debbasch, C. Gueydan (dirs.), *La régulation de la liberté de la communication audiovisuelle*, Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, pp. 13-15.
- DEBIE F.**, « Présentation », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 69-70.
- DEFFAINS B., STASIAK F.**, « Les préjudices résultant des infractions boursières : approches juridique et économique », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, « Droit économique », pp. 177-186.
- DEGOFFE M.**, « Constitution et compétences normatives économiques des "autorités de régulation" », in *La Constitution économique de l'État. L'ordre constitutionnel économique (1958-2008)*, LPA, Numéro spécial, 22 janvier 2009, n° 16, pp. 18-23.
- DEGUERGUE M.**, « Doctrine universitaire et doctrine organique », in AFDA (coor.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, pp. 41-57.

- DELAUNAY B.**, « Droits des participants », in M. Fromont (dir.), *Analyse comparée du droit administratif. La procédure administrative non contentieuse en droit français*, London, Esperia Publications Ltd, 2000, pp. 107-125.
- DEL CONT C.**, « Le conflit fournisseurs-distributeurs : entre régulation et réglementation », in O. Ménard (dir.), *Le conflit*, Paris, L'Harmattan, « Logiques sociales », 2006, pp. 49-62.
- DELEULE D.**, « De l'individualisme libéral à la sociologie : un intermédiaire paradoxal », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Economie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 89-99.
- DELION A.**, « Notion de régulation et droit de l'économie », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation Volume 1*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 3-43.
- DELION A.**, « Comparaison internationale des organismes de régulation des marchés financiers. Note introductive », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation Volume 1*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 153-157.
- DELION A.**, « La crise financière et les régulations », in T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Editions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, pp. 105-160.
- DELVOLVÉ P.**, « Droit de propriété et droit public », in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 149-167.
- DELVOLVÉ P.**, « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 259-271.
- DELVOLVÉ P., MODERNE F.**, « Avant-propos », in M. Hauriou., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 1933, 12^{ème} Ed., réédité en 2004, pp. i-vi.
- DEMARIGNY F.**, « Régulateurs et régulés dans la construction des normes financières européennes », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 22-24.
- DENOIX DE SAINT MARC R.**, « Régulateurs et juges. Introduction générale », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 113-117.
- DEROUSSIN D.**, « Préface », in P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, réédité en 2005, non paginé.
- DESCAMPS O.**, « Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie par le droit », in S. Bollée, Y.-M., Laithier, C. Pérès (dirs.), *L'efficacité économique du droit*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2010, pp. 23-39.
- DESCOINGS R.**, « Avant-propos », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, pp. 4-5.
- DESCOINGS R.**, « La nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 3-6.
- DEWOST J.-L.**, « Les autorités indépendantes de régulation, le droit de la concurrence et le contrôle du juge », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 42-43.
- DONY M.**, « Les notions de "Service d'intérêt général" et "Service d'intérêt économique général" », in J.-V. Louis, S. Rodrigues (dirs.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 3-38.
- DOUVRELEUR J., DOUVRELEUR O.**, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », in X. Robert (coor.), *Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 323-343.
- DREYFUS J.-D.**, « Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI) ? Approche phénoménologique », in B. Bouloc (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 9-13.

- DU MARAIS B.**, « Régulation, service public et démocratie : une décennie de mutations », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 41-49.
- DU MARAIS B.**, « Quand des juristes rencontrent des économistes », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi, *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex* (coors.), Litec, 2009, pp. 109-128.
- DUPRÉ DE BOULOIS X.**, « La critique doctrinale », in AFDA (coor.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, pp. 217-232.
- DUPUIS G.**, « Introduction », in J.-C., Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 13-14.
- DUPUIS-TOUBOL F.**, « Le juge en complémentarité du régulateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 132-144.
- EDELMAN B.**, « Valeurs non marchandes et ordre concurrentiel », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 353-369.
- EDMONDS D.**, « Chairman's Comments », in C. Robinson (Ed.), *Utility Regulation and Competition Policy*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, Etats-Unis, Edward Elgar, 2002, pp. 125-127.
- EDMONDS D.**, « Chairman's Comments », in C. Robinson (Ed.), *Successes and Failures in Regulating and Deregulating Utilities, Evidence from the UK, Europe and the USA*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2004, pp. 16-18.
- EISENMANN C.**, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit, Tome XI, La logique du droit*, 1966, pp. 25-43.
- EWALD F.**, « Le droit du droit », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 245-259.
- FABIUS L.**, « Sur la régulation économique indépendante », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, « Thèmes et commentaires », pp. 241-245.
- FARJAT G.**, « La notion de droit économique », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Economie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 27-62.
- FARJAT G.**, « L'ordre concurrentiel et la formation des hommes », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 361-369.
- FARJAT G.**, « Observations sur la dynamique du droit de la concurrence », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006, « Droit & économie », pp. 3-29.
- FEREJOHN J.**, « The Authority of Regulation and the Control of Regulators », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 35-37.
- FERNANDEZ-BOLLO E.**, « L'articulation de la régulation *ex ante* et *ex post* dans le domaine bancaire », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 109-115.
- FERRY J.-M.**, « Raison théorique et raison pratique », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Science*, Tome 36, Paris, Sirey, 1991, pp. 11-19.
- FONTAINE L.**, « De la normativité unilatérale en droit public économique », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi (coors.), *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, pp. 129-146.
- FORNACCIARI M.**, « La place du droit dans les choix industriels », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 71-77.
- FOURGOUX J.-L.**, « L'adéquation des mesures d'urgence », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 241-256.

- FRANCESCAKIS P.**, « Introduction à l'édition française », in S. ROMANO S., *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} Ed., 1975, réédité en 2002, pp. v-xix.
- FRIER P.-L.**, « La régulation comme fonction », in G. Marcou. F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 67-69.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Droit économique, concentration capitalistique et marché », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 397-403.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « La victoire du citoyen-client », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs, Sociétal*, n°30, 2000, pp. 49-54.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « La régulation, objet d'une branche du droit », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, pp. 3-7.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, « Droit économique », pp. 45-60.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 223-233.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Définition du droit de la régulation économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 7-14.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Conclusion du volume. Réversibilité entre légitimité et efficacité dans les systèmes de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 195-198.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Les nouveaux champs de la régulation », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, pp. 53-64.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 269-287.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, pp. 15-22.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Économie », 2005, pp. 19-32.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, pp. 15-22.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 33-48.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 55-70.
- FROMONT M.**, « Les types de procédure administrative », in M. Fromont (dir.), *Analyse comparée du droit administratif. La procédure administrative non contentieuse en droit français*, London, Esperia Publications Ltd, 2000, pp. 11-16.
- FRYDMAN B.**, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 25-41.

- GARCIA AMADO J. A.**, « La société et le droit chez Luhmann », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, pp. 101-145.
- GASSIN R.**, « Attribution du pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes et droit pénal : le cas de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, pp. 2251-2270.
- GAUDEMET Y.**, « Le médiateur est-il une autorité administrative ? A propos des rapports du Médiateur et du juge administratif », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris, Éditions de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 117-130.
- GAUDEMET Y.**, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 309-322.
- GAUDEMET Y.**, « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/PUF/Éditions du juris-classeur, 1999, pp. 567-576.
- GAUDEMET Y.**, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, pp. 13-16.
- GAUDEMET Y.**, « Les droits réels sur le domaine public », in *Dossier spécial, La codification du droit des propriétés des personnes publiques*, AJDA, 2006, pp. 1094-1098.
- GAUDEMET Y.**, « Une mise en perspective », in *Dossier spécial, le nouveau code général de la propriété des personnes publiques*, RJEP, n°636, novembre 2006, pp. 403-410.
- GAUDEMET Y.**, « Du domaine de la Couronne au domaine public. Etudes d'histoire des doctrines », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 525-535.
- GAUDEMET Y.**, « Préface », in H. Hoepffner., *La modification du contrat administratif*, 2009, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 260, 586 p.
- GAUDIN J.-P.**, « La régulation et les sciences politiques », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp. 27-42.
- GAUDIN J.-P.**, « La régulation politique », in G. Marcou. F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 277-300.
- GAYMARD C.**, « Investissements internationaux : forces et faiblesses de la réglementation française », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 91-96.
- GENEVOIS B.**, « Remarques sur l'ordre public », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit et justice », 2001, pp. 405-414.
- GENEVOIS B.**, « Les conflits de compétence concernant les autorités administratives indépendantes », in P. Rambaud (dir.), *Mélanges Paul Sabourin*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 123-146.
- GENTOT M.**, « Les repères du droit de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, pp. 48-49.
- GODARD O.**, « L'économie, l'écologie et la nature des choses », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Economie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 183-203.
- GORDON KRIEFF D.**, « Une question d'intérêt général : la position du barreau de Paris », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 131-136.
- GOSSET-GRAINVILLE A.**, « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 151-159.
- GRARD L.**, « Avant-propos », in *Autorités de régulation et Droit européen, Cahiers de droit de l'entreprise, JCP Entreprises et affaires*, n° 2/2004, 2004, p.1.

- GRARD L.**, « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », in *Autorités de régulation et Droit européen, Cahiers de droit de l'entreprise, JCP Entreprises et affaires*, n° 2/2004, 2004, pp. 11-13.
- GRZEGORCZYK C.**, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 24, Paris, Sirey, 1979, pp. 259-272.
- GRZEGORCZYK C.**, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 281-301.
- GUENAIRE.**, « L'expérience du règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 191-196.
- GUENZOU Y.**, « Le droit et la théorie économique des conventions », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 161-181.
- GUGLIELMI G.**, « De la théorie du service public virtuel à la reconnaissance pragmatique d'un service public à l'initiative des personnes privées », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi (coors.), *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, pp. 163-172.
- GUIBENTIF P.**, « Introduction », A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, pp. 11-49.
- GUTMANN D.**, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, le droit et l'immatériel*, Tome 43, Paris, Sirey, 1999, pp. 65-78.
- HABA E.**, « Sciences du droit – quelle "science" ? Le droit en tant que science : une question de méthodes », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Science*, Tome 36, Paris, Sirey, 1991, pp. 165-187.
- HAGE-CHAHINE F.**, « Rapport général », in *L'ordre public, Journées Libanaises*, Paris, LGDJ, « Travaux de l'Association Henri Capitant », 1998, pp. 17-50.
- HAID F.**, « L'attribution au Conseil supérieur de l'Audiovisuel du pouvoir d'édicter des normes de portée générale et impersonnelle » in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, pp. 2271-2278.
- HAKIM N., MELLERAY F.**, « La Belle Époque de la pensée juridique française », in N. Hakim, F. Melleray (coord.), *Le renouveau de doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2009, pp.1-12.
- HAURIOU A.**, « Préface. La théorie de l'institution et le droit administratif », in M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 1933, 12^{ème} Ed., réédité en 2004, pp. v-viii.
- HECQUARD-THÉRON M.**, « Introduction », in M. Hecquard-Théron (dir.), *Le groupement et le droit : corporatisme, néo-corporatisme*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, pp. 7-8.
- HIRSCH M.**, « Le risque sanitaire, objet de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 43-50.
- HOCEPIED C., DE STREEL A.**, « Harmonisation without Centralisation. Two Years of experience with the EU Regulatory Framework for Electronic Communications », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 75-94.
- HORTON G.**, « Chairman's Comments », in C. Robinson (Ed.), *Utility Regulation and Competition Policy*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2002, pp. 176-179.
- HUBAC S., PISIER E.**, « Les autorités face aux pouvoirs », in J.-C., Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 93-116.

- HUBERT J.-M.**, « Le cas de l'Autorité de régulation des télécommunications », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, pp. 99-104.
- HUBERT J.-M.**, « Le bon usage des résultats de l'évaluation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 106-109.
- HUET P.**, « Allocation et gestion des ressources rares », in *Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation*, AJDA, 1997, pp. 251-253.
- HURSTEL D.**, « The role of the lawyer in the restoration of market confidence », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 25-34.
- IDOT L.**, « La qualification de la restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, §3 CE », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006, « Droit & économie », pp. 85-104.
- IDOT L.**, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 523-545.
- IMMENGA U.**, « Le droit de la concurrence dans l'économie globale », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 405-414.
- ISRAËL J.-J.**, « La complémentarité face à la diversité des régulateurs et des juges », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 132-144.
- ISSA-SAYEGH J.**, « Peut-on perfectionner le système sans aller vers la *common law* ? L'exemple de l'OHADA », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 127-132.
- JAMIN C.**, « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, pp. 54-59.
- JAMIN C.**, « Les pièges de l'évaluation économique de la réglementation », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Économie », 2005, pp. 103-108.
- JAMIN C.**, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 183-196.
- JANDA R.**, « Etat des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains récents », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Économie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 173-178.
- JEAMMAUD A.**, « Normes juridiques et action. Notes sur le rôle du droit dans la régulation sociale », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp. 95-125.
- JEAMMAUD A.**, « L'interdisciplinarité, épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Éditions, 2000, pp. 219-231.
- JEANNENEY P.-A.**, « Le régulateur producteur de droit », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 44-51.
- JEULAND E.**, « Régulation et théorie générale du procès », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 257-267.
- JONES G. H.**, « Droit des trusts », in J. A. Jolowicz (dir.), *Droit anglais*, Paris, Dalloz, 2nd Ed., 1992, pp. 277-291.

- KALINOWSKI G.**, « De la spécificité de la logique juridique », *Archives de philosophie du droit, Tome XI, La logique du droit*, 1966, pp. 7-23.
- KHAN P.**, « A propos des sources du droit du commerce international », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 185-192.
- KIRAT T., VIDAL L.**, « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 47-78.
- KLEIN M.**, « The World Bank approach to the role of regulation in economic performance », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Economie », 2005, pp. 9-12.
- KOUBI G.**, « Mots du droit et maux de l'économie : la déficience traductologique de la terminologie officielle », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi, *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, pp. 173-186.
- KOVAR R.**, « "Je t'aime moi non plus" : sur les rapports difficiles mais néanmoins nécessaires entre l'économie et le droit de la concurrence », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 47-58.
- KRIMMER I.**, « Réseaux de distribution et ordre concurrentiel », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 587-618.
- LACABARATS A.**, « Articulation du règlement des différends par le régulateur et par le juge du contrôle », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 253-256.
- LAITHIER Y.-M.**, « Le droit comparé et l'efficacité économique », in S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dirs.), *L'efficacité économique du droit*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2010, pp. 49-65.
- LAMANDA V.**, « Avant-propos », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFDA, 2010, pp. 873-874.
- LAPRADE F.**, « La contractualisation de la répression exercée par le régulateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 197-208.
- LARCHER G.**, « Quelles relations entre pouvoirs publics et régulateurs ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 19-21.
- LAROUCHE P.**, « Contrôle *ex ante* et *ex post*. Possibilité et contraintes en droit national, à la lumière de l'expérience néerlandaise », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 95-108.
- LARRERE C.**, « Droit naturel et physiocratie », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Economie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 69-88.
- LASSERRE B.**, « L'autorité de régulation des télécommunications (ART) », in *Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation*, AJDA, 1997, pp. 224-228.
- LATOURE X.**, « Les autorités indépendantes au sein de l'Union européenne », in P. Rambaud (dir.), *Mélanges Paul Sabourin*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 199-224.
- LATOURNERIE D.**, « Présentation », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, p. 5.
- LEAVY J.**, « La fiducie québécoise », in *La Fiducie, Revue de droit des affaires de l'Université Panthéon-Assas*, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2007, n° 4, pp. 43-58.
- LE BERRE C.**, « Les "fondements économiques" du droit de la concurrence », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi, *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, pp. 187-202.

- LECRUBIER D.**, « Les perspectives d'évolution de la sanction administrative vues par le juge judiciaire », in *Les sanctions administratives*, *AJDA*, 2001, numéro spécial, pp. 131-134.
- LEITAO MARQUÈS M.**, « L'accès aux marchés non réglementés et l'ordre concurrentiel », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 551-561.
- LE MIRE P.**, « Éditorial », in *Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation*, *AJDA*, 1997, p. 211.
- LEMAIRE C.**, « La protection de la concurrence (ententes, abus de position dominante, concentrations et aides d'État) », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 371-417.
- LEPETIT J.-F.**, « État, juge et régulateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 118-127.
- LIBCHABER R.**, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Le Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz/Litec, 2004, pp. 297-372.
- LIGNIÈRES P.**, « Le droit public des affaires, ses fondations pour l'avenir », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi, *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, pp. 203-216.
- LOMBARD M.**, « Introduction générale », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 1-7.
- LOMBARD M.**, « Introduction », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 11-12.
- LOMBARD M.**, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 203-217.
- LOMBARD M., TUOT T.**, « Introduction », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, « Thèmes et commentaires », pp. 201-202.
- LONG M.**, « Introduction », in AFDA (coor.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, Lexis-Nexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, pp. 31-32.
- LUBEN I.**, « Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications », in *Les sanctions administratives*, *AJDA*, 2001, numéro spécial, pp. 121-128.
- LUCAS DE LEYSSAC C.**, « Les victimes », in B. Bouloc (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 135-143.
- LUHMANN N.**, « L'unité du système juridique », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 163-188.
- LUHMANN N.**, « Le droit comme système social », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, pp. 55-72.
- LUHMANN N.**, « Clôture et couplage », in A.-J., Arnaud, P. Guibentif (dirs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 1993, pp. 73-95.
- MAC CARTHY C.**, « Why Independent Regulators? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 59-64.
- MACCORMICK N., WEINBERGER O.**, « Introduction », in N. MacCormick, O. Weinberger (dirs.), *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, pp. 1-32.
- MACHIN H.**, « L'expérience britannique », in J.-C., Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 235-250.
- MACKAAY E.**, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, pp. 419-427.
- MACKAAY E.**, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 11-35.

- MACKAAY E.**, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », in E. Mackaay (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Thémis, 1991, pp. 217-247.
- MACKAAY E.**, « Remarques introductives », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2461-2468.
- MAISL H.**, « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? », in J.-C., Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 75-89.
- MAISL H.**, « Les transformations récentes », in *Droit des télécommunications : entre déréglementation et régulation*, *AJDA*, 1997, pp. 212-216.
- MARCOU G.**, « De l'idée de service public au service d'intérêt général », in F. Moderne, G. Marcou., (éds.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2001, pp. 365-411.
- MARCOU G.**, « Introduction », in G. Marcou. F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 11-27.
- MARCOU G.**, « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », in G. Marcou. F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 11-85.
- MARCOU G.**, « Régulation, services publics et intégration européenne en France », in G. Marcou. F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 2 Expériences européennes*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 29-142.
- MARCOU G.**, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Editions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, pp. 79-103.
- MARIMBERT J.**, « L'office des autorités de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, *LPA*, n° 110, 3 juin 2002, pp. 73-78.
- MARIMBERT J.**, « Les conditions de l'indépendance comme facteur de légitimité », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 83-84.
- MARIMBERT J.**, « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 179-183.
- MARINI P.**, « Entretien avec M. Philippe Marini, Rapporteur général de la commission des finances », in *La Fiducie, Revue de droit des affaires de l'Université Panthéon-Assas*, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2007, n° 4, pp. 15-21.
- MARTIN G.**, « L'ordre concurrentiel et la protection de l'environnement », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 471-481.
- MARTY G.**, « La théorie de l'institution », in G. Marty, A. Brimo (dirs.), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Editions A. Pedone, 1969, pp. 29-45.
- MASSIMI J.-R.**, « Éthique de l'entreprise ou commercialisation de l'éthique ? », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Economie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 179-182.
- MATHEU M.**, « L'Europe à l'école américaine et britannique », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs, Sociétal*, n°30, 2000, pp. 55-60.
- MAYER P.**, « Préface », in S. Romano., *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} Ed., 1975, réédité en 2002, non paginé.
- MAZÈRES J.-A.**, « Préface », in M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome CXXVI, 1977, pp. xiii-xx.
- MAZÈRES J.-A.**, « Préface », in E. Millard, *Famille et droit public*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 182, 1995, pp. xi-xxiii.

- MAZÈRES J.-A.**, « Préface », in F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 176, 1997, pp. xi-xxvii.
- MAZÈRES J.-A.**, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et Liberté, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 239-293.
- MELEDO-BRIAND D.**, « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 467-482.
- MELLERAY F.**, « Doctrine parisienne et doctrine de province », in AFDA (coord.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, pp. 59-67.
- MER F.**, « Introduction », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 1-2.
- MERTENS DE WILMARS J., NYSSENS H.**, « Intégration européenne et correction des mécanismes du marché. Un modèle économique et social européen », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 557-579.
- MESTRE J.**, « L'ordre public dans les relations économiques », in T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1996, pp. 33-41.
- METTOUDI R.**, « L'expérience du règlement des différends par l'Autorité de régulation des télécommunications », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 197-210.
- MEZGHANI A.**, « L'illicite dans le commerce international. L'anomie dans la société internationale », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 193-209.
- MIAILLE M.**, « La régulation : enjeu d'un choix », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp.11-24.
- MIAILLE M.**, « Rapport de synthèse », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp. 263-272.
- MILLARD E.**, « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2523-2528.
- MILLARD E.**, « Ce que "doctrine" veut dire », in AFDA (coord.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, pp. 3-12.
- MODERNE F.**, « Étude comparée », in J.-C., Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 186-222.
- MODERNE F.**, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », in F. Moderne, G. Marcou, (éds.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2001, pp. 9-81.
- MODERNE F.**, « Les usages de la notion de "régulation" dans le droit positif et la doctrine juridique des États de l'Union européenne », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome 1 Comparaisons et commentaires, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 71-85.
- MODERNE F.**, « Responsabilité de la puissance publique et contrôle prudentiel des entreprises du secteur financier. Retour sur la jurisprudence *Kechichian* », in *Mélanges P. Amsselek*, Bruxelles Bruylant, 2005, pp. 593-614.
- MOHAMED SALAH M. M.**, « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 261-289.
- MOULY C.**, « Présentation », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, pp. 413-415.
- MOUSSERON J.-M.**, « Responsabilité civile et droits intellectuels », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Paris, Litec, 1990, pp. 247-258.

- MOUSSERON J.-M.**, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 277-283.
- MOUSSERON J.-M., RAYNARD J., REVET T.**, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, pp. 281-305.
- MOUTOUH H.**, « Le droit et l'influence internationale de la France », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 79-83.
- MUIR-WATT H.**, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 37-45.
- MUIR-WATT H.**, « Les enjeux européens : du rapport *Doing Business* au projet de Code civil européen », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 85-90.
- NASSE P.**, « L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006, « Droit & économie », pp. 341-361.
- NERHOT P.**, « Le fait du droit », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 261-279.
- NICHOLAS B.**, « Le langage des biens dans la *Common Law* », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 24, Paris, Sirey, 1979, pp. 55-65.
- NICOLAY P.**, « Conclusions. L'avenir des autorités administratives indépendantes. Prospective », in J.-C., Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 301-308.
- NIORT J.-F.**, « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Economie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 101-119.
- OAKLEY A. J.**, « Propriété immobilière », in J. A. Jolowicz (dir.), *Droit anglais*, Paris, Dalloz, 2nd Ed., 1992, pp. 207-224.
- OPPÉTIT B.**, « Droit et économie », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Economie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 17-26.
- OST F.**, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 133-162.
- PARLEANI G.**, « L'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles : rôle normatif et de surveillance », in B. Bouloc (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 27-31.
- PASTUREL M.**, « Le procès devant le Conseil de la concurrence », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006, « Droit & économie », pp. 333-340.
- PAULIS E.**, « Nouvelles procédures et méthodes de coopération entre institutions », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006, « Droit & économie », pp. 41-49.
- PEDROT P.**, « Le comité consultatif national d'éthique : nouvelle instance de régulation ? », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, pp. 2279-2286.
- PEISER G.**, « Sources du droit de la procédure administrative », in M. Fromont (dir.), *Analyse comparée du droit administratif. La procédure administrative non contentieuse en droit français*, London, Esperia Publications Ltd, 2000, pp. 19-39.
- PENARD T., THIRION N.**, « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit », in N. Thirion (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 87-124.
- PERBEN D.**, « Postface », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 141-144.

- PÉRÈS C.**, « Rapport introductif », in S. Bollée, Y.-M., Laithier, C. Pérès (dirs.), *L'efficacité économique du droit*, Paris, Economica, « *Études juridiques* », 2010, pp. 1-22.
- PERELMAN C.**, « Raisonnement juridique et logique juridique », *Archives de philosophie du droit*, Tome XI, *La logique du droit*, 1966, pp. 1-6.
- PERRET L.**, « Peut-on combiner les modèles ? Le Québec comme système mixte », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 101-125.
- PETEL Y.**, « Le médiateur du service universel postal. Un nouveau mode de règlement des différends », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 211-221.
- PFERSMANN O.**, « Qu'entend-on exactement par l'expression "concurrence des systèmes juridiques" ? », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2595-2602.
- PICARD E.**, « "Science du droit" ou "doctrine juridique" », in *L'unité du droit*, *Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp.119-171.
- PICARD E.**, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit et justice », 2001, pp. 17-61.
- PIROVANO A.**, « Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution sélective », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 211-223.
- PIROVANO A.**, « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », in R. Charvin et A. Guesmi (dirs.), *L'Algérie en mutation : les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, Paris, L'Harmattan, 2001, pp. 129-142.
- PLESZKA K., GIZBERT-STUDNICKI T.**, « Le système du droit dans la dogmatique juridique », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit*, *Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 107-119.
- POESY R.**, « Ordre concurrentiel et abus de dépendance économique », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 619-634.
- POCHARD M.**, « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », in *Les sanctions administratives*, *AJDA*, 2001, numéro spécial, pp. 106-110.
- POIRMEUR Y., BERNARD A.**, « Présentation. La doctrine comme objet », in Y. Poirmeur, A. Bernard (coors.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, pp. 1-12.
- PRAT J.-F.**, « Les contrats sur les marchés bousier et les impératifs de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 223-229.
- PRŮM A.**, « Entretien avec M. André Prům, Professeur à l'université du Luxembourg, Doyen de la faculté de droit, d'économie et de finances », in *La Fiducie*, *Revue de droit des affaires de l'Université Panthéon-Assas*, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2007, n° 4, pp. 59-63.
- PUTMAN E.**, « Droit de la concurrence et ordre concurrentiel », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 515-522.
- QUINTANE G.**, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, « *Études juridiques* », 2009, pp. 5-20.
- QUIOT G.**, « Ordre concurrentiel et Service Public », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 73-108.
- RACINE J.-B.**, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 419-449.

- RAINELLI M.**, « Vers un ordre concurrentiel mondial ? », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 493-502.
- RAINELLI M.**, « L'ordre concurrentiel : approche d'un économiste », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp.13-22.
- RAMEX G.**, « L'expérience française du contrôle du régulateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les réglementations économiques. Légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 38-40.
- RAPP L.**, « Le droit de la concurrence dans le secteur des communications électroniques, entre modernité et modernisation », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006, « Droit & économie », pp. 453-470.
- RAYNOUARD A.**, « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2509-2521.
- REDOR M.-J.**, « Ouverture », in M.-J. Redor (dir.) *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit et justice », 2001, pp. 9-15.
- REMICHE B.**, « Droit économique, marché et intérêt général », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 253-260.
- RENARD G.**, « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1977, pp. 484-499.
- RENAUD S.**, « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 16, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ, 2001, pp. 2203-2220.
- REYNIER H.**, « Le cas de l'Autorité de régulation des marchés financiers », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, pp. 93-97.
- RIALS S.**, « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 57-76.
- RICHEMONT (DE) H.**, « Entretien avec M. Henri de Richemont, Sénateur de la Charente », in *La Fiducie, Revue de droit des affaires de l'Université Panthéon-Assas*, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2007, n° 4, pp. 23-28.
- RICHER L.**, « Présentation. L'exclusivité contre l'exclusion. Edwin Chadwick et le service public », in L. Richer (dir.), *Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché*, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », Paris, LGDJ, 2007, pp. 3-7.
- RICHER L.**, « Les personnes publiques innomées », in *La personnalité publique, Actes du colloque organisé les 14 et 15 juin 2007 par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris, Litec, 2007, pp. 133-142.
- RIEM F.**, « Droits de la concurrence et ordre concurrentiel », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 635-660.
- RIOU P.**, « La mise en œuvre du règlement n° 1/2003 par les autorités nationales de concurrence, révolution ou évolution ? », in *Autorités de régulation et Droit européen, Cahiers de droit de l'entreprise, JCP Entreprises et affaires*, n° 2/2004, 2004, pp. 28-31.
- RIPERT G.**, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1977, tome II, pp. 347-353.
- RIVERO J.**, « Conclusions. L'avenir des autorités administratives indépendantes. Questions », in J.-C. Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 309-310.
- RIVERO J.**, « Préface », in T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome CLII, 1987, pp. 13-15.

RODRIGUES S., « Les circonstances communautaires de l'émergence des autorités de régulation nationales », in *Autorités de régulation et Droit européen, Cahiers de droit de l'entreprise, JCP Entreprises et affaires*, n°2/2004, 2004, pp. 2-5.

RODRIGUES S., « Apport(s) du droit communautaire au droit de la régulation des services publics », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 115-129.

RODRIGUES S., « La directive "Services" et les services publics : beaucoup de bruit pour rien ? », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi, *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, pp. 297-314.

ROLIN E., « Le règlement de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, « Thèmes et commentaires », Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004, pp. 149-173.

ROLIN E., « Doctrine et pratique », in AFDA (coord.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, pp. 69-81.

ROTTLEUTHNER H., « Les métaphores biologiques dans la pensée juridique », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 215-244.

ROUSSEL F., « L'autorité des marchés financiers », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 159-175.

ROUSSEL F., « France : principales modifications concernant l'autorité des marchés financiers intervenues entre juillet 2005 et décembre 2008 », in T. Revet, L. Vidal (dirs.), *Annales de la régulation, Volume 2*, IRJS Editions, « Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, pp. 615-617.

ROUSSILLE M., « Une entente franco-belge sur un marché pertinent : le DEA de droit francophone des affaires et le DES de droit économique », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, « Droit économique », pp. 245-247.

ROUVIÈRE F., « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 20, *Rétrospective et perspectives de recherche en méthodologie juridique*, RRJ, 2005, pp. 2485-2497.

ROUVILLOIS F., « Une méthode innovante mais défailante », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 15-23.

ROUYÈRE A., « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFDA, 2010, pp. 887-895.

ROUYÈRE A., « Responsabilité civile et régulation. Éléments d'une rencontre », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 19-41.

SABOURIN P., « Les autorités administratives indépendantes dans l'État », in J.-C., Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 93-116.

SALMON P., « L'apport informatif des rapports *Doing Business* est précieux mais attention aux effets pervers », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Economie », 2005, pp. 109-122.

SENAC DE MONSEMBERNARD M., « L'encadrement des contrats par le régulateur et par le juge », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 232-237.

SERRA Y., « Non-concurrence et ordre concurrentiel ou la non-concurrence au service de l'ordre concurrentiel », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 579-586.

SEVE R., « Introduction », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 1-10.

- SÈVE R.**, « Système et Code », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 77-84.
- SÈVE R.**, « Droit et économie : quatre paradigmes », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Economie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 63-68.
- SÈVE R.**, « *Doing Business* : une *start-up* à faire prospérer », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Economie », 2005, pp. 13-18.
- SHARPE T.**, « Concurrency or convergence: Competition and regulation under the Competition Act 1998 », in C. Robinson (Ed.), *Utility Regulation and Competition Policy*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2002, pp. 164-175
- SIDAK J. G.**, « The failure of good intentions : the collapse of American telecommunications after six years of deregulation », in C. Robinson (Ed.), *Successes and Failures in Regulating and Deregulating Utilities, Evidence from the UK, Europe and the USA*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2004, pp. 1-15.
- SILICANI J.-L.**, « L'État régulateur : la vision prospective d'un praticien », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 69-77.
- SMIT H.**, « *Introducing the common law trust into a Napoleonic system* » in *La Fiducie, Revue de droit des affaires de l'Université Panthéon-Assas*, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2007, n° 4, pp. 11-14.
- SORACE D.**, « Régulation, besoins collectifs et concurrence », in G. Marcou. F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 87-106.
- STAMATIS C.**, « La systématité du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 45-55.
- STASIAK F.**, « Les sanctions par les autorités de régulation : les exemples du droit boursier et du droit de la concurrence », in B. Bouloc (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 113-123.
- STELZER I.**, « Chairman's comments » in C. Robinson (Ed.), *Successes and Failures in Regulating and Deregulating Utilities, Evidence from the UK, Europe and the USA*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2004, pp. 82-83.
- STIRN B.**, « Le Conseil d'État, régulateur de l'appareil normatif », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1992, pp.129-143.
- STORCH O.**, « Les conditions et modalités budgétaires de l'indépendance du régulateur », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 65-71.
- STOUFFLET J.**, « Rôles normatif et de surveillance de la Commission bancaire », in B. Bouloc (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 27-31.
- STROWEL A.**, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et Posner », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Droit et Economie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 143-171.
- SUEUR J.-J.**, « Droit économique et méthodologie du droit », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 291-308.
- TEITGEN-COLLY C.**, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », in J.-C., Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 21-73.
- TERRÉ F.**, « Rapport introductif », in T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1996, pp. 3-12.
- TERRÉ F.**, « Variation de sociologie juridique sur les biens », in F. Terré (dir.) *Archives de philosophie du droit, Tome 24, Les biens et les choses*, 1979, pp. 17-29.

- TERRÉ F.**, « Avant-propos », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, le droit et l'immatériel*, Tome 43, Paris, Sirey, 1999, pp. 9-11.
- TEUBNER G.**, « Les multiples corps du roi : l'auto-destruction de la hiérarchie du droit », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 309-329.
- TEYSSIER J.-P.**, « L'autodiscipline de la publicité. Une expérience reconnue d'auto-régulation en France et en Europe », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 125-156.
- THIRION N.**, « Economie de marché, régulations sectorielles et droit économique », in N. Thirion (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 11-18.
- THIRY B.**, « Analyse de la performance de la régulation économique », in C. Prebissy-Schnall, G. Guglielmi, G. Koubi, *Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, pp. 355-364.
- THOMAS B.**, « Un rapport révolutionnaire ? », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 7-14.
- TIMSIT G.**, « Conclusions. L'avenir des autorités administratives indépendantes. Synthèse », in J.-C., Colliard, G. Timsit, (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, pp. 310-319.
- TIMSIT G.**, « La régulation. La notion et le phénomène », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, pp. 5-11.
- TIMSIT G.**, « Régulation et théorie du droit », in G. Marcou, F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 249-257.
- TROPER M.**, « Système juridique et État », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 29-44.
- TRUCHET D.**, « L'institution régulatrice de l'audiovisuel en France : de la Haute autorité au Conseil supérieur de l'audiovisuel », in C. Debbasch, C. Gueydan (dirs), *La régulation de la liberté de la communication audiovisuelle*, Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, pp. 19-28.
- TRUCHET D.**, « Collectivités territoriales et infrastructures de télécommunications : réflexions autour de l'article L. 1511-6 CGCT », *Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, 2002, pp. 459-468.
- TRUCHET D.**, « Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 769-777.
- TUOT T.**, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? Les organismes de régulation économique », in *Les sanctions administratives*, AJDA, 2001, numéro spécial, pp. 135-140.
- TUOT T.**, « Perspectives d'évolution », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 201-202.
- ULLRICH H.**, « L'ordre concurrentiel : rapport de synthèse ou "Variations sur un thème de Nice" », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 663-686.
- VAN LANG.**, « Structures des procédures administratives », in M. Fromont (dir.), *Analyse comparée du droit administratif. La procédure administrative non contentieuse en droit français*, London, Esperia Publications Ltd, 2000, pp. 43-71.
- VAN THEMAAT P.**, « Quelques réflexions sur les implications de la chute du mur de Berlin, deux siècles après la déclaration sur les droits de l'homme et du citoyen de 1789, pour le système du droit économique », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 539-556.

- VEDEL G.**, « Le droit économique existe-t-il ? » in P. Vigreux (dir.), *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Paris, I.P.A.-I.P.E, « Travaux et recherches de l'I.P.A.-I.P.E de Toulouse », 1981, Volume 2, pp. 767-783.
- VERNENGO R.**, « Le droit est-il un système ? », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit*, Tome 36, Paris, Sirey, 1991, pp. 253-264.
- VIDAL L.**, « Sur l'intérêt des sciences économiques pour les travaux de thèse en droit public des contrats », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, « Droit économique », pp. 233-239.
- VIDAL L.**, « Le droit et l'économie des réseaux énergétiques : une année de régulation », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 241-242.
- VIDAL L.**, « Trois années de régulation de la santé », in T. Revet, L. Vidal (dirs), in *Annales de la régulation*, Volume 2, IRJS Editions, « Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2009, pp. 237-238
- VILLEY M.**, « Préface historique », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 24, *Les biens et les choses*, 1979, pp. 1-7.
- VILLEY M.**, « Liminaire. Données historiques », in *Archives de philosophie du droit*, Tome XI, *La logique du droit*, 1966, pp. vii-xvi.
- VINEY G.**, « Rapport de synthèse », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, « Droit économique », pp. 223-230.
- WALINE M.**, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Sirey, 1963, pp. 359-371.
- WATHELET M.**, « Le nouveau règlement "concurrence" : révolution copernicienne ? », in C. Nourissat, R. Wtterwulghe, *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 21-32.
- WILLKE H.**, « Diriger la société par le droit ? », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit*, *Le système juridique*, Tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 189-214.
- WINTGENS L.**, « Les possibilités et les limites du langage libéral », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit*, *Droit et Economie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 205-226.
- WITTERWULGHE R.**, « Réflexions à propos de la décentralisation du droit de la concurrence communautaire », in C. Nourissat, R. Wtterwulghe, *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 3-20.
- YOLKA P.**, « Propos introductifs », in AFDA (coord.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis/Litec, « Colloques&Débats », 2010, pp. xvii-xxiii.
- ZAVOLI P.**, « L'emprise de la Convention européenne des droits de l'homme sur les autorités de régulation ou le jeu des apparences », in *Autorités de régulation et Droit européen*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, JCP Entreprises et affaires, n°2/2004, 2004, pp. 6-11.
- ZENATI F.**, « Le droit et l'économie au-delà de Marx », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit*, *Droit et Economie*, Tome 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 121-129.
- ZENATI F.**, « L'immatériel et les choses », in F. Terré (dir.), *Archives de philosophie du droit*, *le droit et l'immatériel*, Tome 43, Paris, Sirey, 1999, pp. 79-95.
- ZILLER J.**, « La régulation comme prévention des crises », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 51-58.
- ZILLER J.**, « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », in J.-L. Autin, J. Chevallier (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, RFD, 2010, pp. 901-906.

E. Articles

- ALLEMAND R.**, « L'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications », *AJDA*, 2004, pp. 2025-2030.
- ARNAUD E.**, « Collectivités locales et télécommunications », *Droit administratif*, 2002, pp. 4-8.
- ATIAS C.**, « Réflexions sur les méthodes de la science du droit », *D. 1983*, chronique xxvi, pp. 145-149.
- ATIAS C., LINOTTE D.**, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.1997*, pp. 251-258.
- AUBY J.-L.**, « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, février 2006, n°2, pp. 6-10.
- AUBY J.-B.**, « Nouvelles de la démocratie administrative », *Droit administratif*, avril 2010, n°2, pp. 1-2.
- AUBY J.B.**, « Quelques observations sur l'administration "délibérative" », in *EDCE* (Études et documents du Conseil d'État), *Consulter autrement, participer effectivement, Rapport public*, n°62, Paris, La documentation française, 2011, pp. 185-193.
- AUTIN J.-L.**, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *Revue administrative*, 1988, pp. 333-338.
- AUTIN J.-L.**, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, pp. 1213-1227.
- AUTIN J.-L.**, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *RDP*, 1991, pp. 1533-1566.
- BAILLEUL D.**, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP/CJEG*, 2006, pp. 105-112.
- BARTHELEMY C.**, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ? », *RJEP/CJEG*, 2004, pp. 423-431.
- BAZEX M.**, « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 119, 2001, pp. 37-44.
- BIOY X.**, « La propriété éminente de l'État », *RFDA*, 2006, pp. 963-980.
- BLANLUET G., LE GALL J.-P.**, « La fiducie, une œuvre inachevée. Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007 », *JCP*, 2007, I 169, pp. 11-21.
- BLANQUEFORT P., TERRIEN G.**, « Collectivités territoriales et haut débit », *RLCT*, 2007, n° 24, pp. 10-14.
- BOITEAU C.**, « Le code de l'énergie : entre urgence mal contrôlée et choix politique discutable », *AJDA*, 2011, p. 1169.
- BOY L., PIROVANO A.**, « Ambiguïtés du droit économique (Éléments d'une méthodologie) », *Procès*, n°7, 1981, pp. 7-36.
- BOY L.**, « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D. 2001*, pp. 3031-3033.
- BOY L.**, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *JCP G*, pp. 1733-1738.
- BRAUD C.**, « La notion d'"agence" en France : réalité juridique ou mode administrative ? », *LPA*, 30 août 1995, n°104, pp. 4-7.
- BRIAND-MELEDO D.**, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *RIDE*, 2007, pp. 345-371.
- BRISSON J.-F.**, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. A propos d'une divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », *AJDA*, 1999, pp. 847-859.
- BRONNER C.**, « L'intervention des collectivités territoriales en matière de réseaux de communications électroniques », *RFDA*, 2005, pp. 305-321.
- CALAIS-AULOY M.-T.**, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA*, 9 août 1999, n°157, pp. 4-6.

- CAMBOT P.**, « Collectivités locales et initiative privée en matière de télécommunications », *AJ-DA*, 1999, pp. 965-984.
- CHALON G.**, « Le droit de passage pour les infrastructures des télécommunications », *RJEP/CJEG*, 2002, pp. 2-9.
- CHAMPAUD C.**, « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, pp. 215-220.
- CHAMPAUD C.**, « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, pp. 23-66.
- CHAPUT Y.**, « Droit et/ou Economie francophone. La quadrature du cercle par le GDR 2327 », *RIDE*, 2002, pp. 125-140.
- CHARBIT N.**, « Censure partielle de la loi relative au secteur de l'énergie : le Conseil constitutionnel, juge communautaire de la concurrence », *AJDA*, 2006, pp. 2438-2440.
- CHARLIER R.**, « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? », *in EDCE*, 1959, pp. 32-63.
- CHENOT B.**, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *in EDCE*, 1950, pp. 77-83.
- CHEVALLIER J.**, « La mise en œuvre de la réforme des télécommunications », *RFDA*, 1997, pp. 1115-1128.
- CHEVALLIER J.**, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, 1995, n°1, pp. 81-90.
- CHEVALLIER J.**, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Revue administrative*, 1998, pp. 43-53.
- CHEVALLIER J.**, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1986, n°3254.
- CHEVALLIER J.**, « Droit, ordre, institution », *Droits*, n°10, 1989, pp. 19-22.
- CHEVALLIER J.**, « Loi et contrat dans l'action publique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n°17, pp. 81-86.
- CHEVALLIER J.**, « L'État régulateur », *RFAP*, 2004, pp. 473-482.
- CHEVALLIER J.**, « Délibération et participation », *in EDCE (Études et documents du Conseil d'État), Consulter autrement, participer effectivement, Rapport public*, n°62, Paris, La documentation française, 2011, pp. 195-205.
- COHEN-TANUGI L.**, « L'émergence de la notion de régulation », *LPA*, 10 juillet 1998, n°82, p.4.
- COHEN-TANUGI L.**, « L'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence », *LPA*, 10 juillet 1998, n°82, pp. 26-28.
- COLLET M.**, « L'application du principe de personnalité des peines aux personnes morales en matières administrative et fiscale. À propos de l'avis du Conseil d'État du 4 décembre 2009, *Société Reuil Sports* », *RJEP*, mars 2010, n°673, pp.11-17.
- COPPENS P.**, « Etat, marché et institutions », *RIDE*, 2007, pp. 293-316.
- COUADOU C., THILL-TAYARA M.**, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *Contrats, concurrence et consommation*, mai 1999, pp. 4-7.
- DABIN J.**, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.*, 1962, pp. 20-44.
- DAHAN T., LEMAIRE C.**, « Portrait de l'Autorité en jeune fille. L'Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ », *RJEP*, n°683, février 2011, pp. 3-10.
- DAINTITH T.**, « Problèmes et chances de l'analyse économique du droit en Europe », *RIDE*, 1991, pp. 313-333.
- DANET D.**, « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *RIDE*, 1993, pp. 5-27.
- DE BELLESCIZE R.**, « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel (à propos de CE, Sect., 27 sept. 2006, *Bayrou et autres* et Cons. Const., n°2006-543 DC, 30 nov.2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*), *RFDA*, 2006, pp. 1163-1174.

- DE COURCEL O., SENAC DE MONSEMBERNARD M.**, « Les collectivités locales, opérateurs de télécoms : du "pourquoi" au "comment" », *BJCL*, 2004, pp. 146-151.
- DEGOFFE M.**, « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 2008, pp. 622-629.
- DELAUNAY B.**, « Le débat public », *AJDA*, 2006, pp. 2322-2327.
- DELAUNAY B.**, « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les États membres », *RJEP*, 2009, pp. 3-9.
- DELCROS B.**, « Controverses : les ondes appartiennent-elles au domaine public ? », *RFDA*, 1989, pp. 251-255.
- DELION A.**, « Les garanties d'État et leur évolution », *RJEP/CJEG*, 2004, pp. 417-422.
- DELION A.**, « La crise financière et le retour des États », *RFAP*, 2009, pp. 799-816.
- DELVOLVÉ P.**, « L'apport du Doyen Vedel au droit administratif », *RFDA*, 2002, pp. 222-231.
- DELVOLVÉ P.**, « Regard extérieur sur le code », *RFDA*, 2006, pp. 899-905.
- DELVOLVÉ P.**, « Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs*, 2007, n°123, pp. 51-60.
- DEPIGNY Y.**, « L'institution est morte, vive l'Institution ! », *RRJ*, 2010, pp. 91-93.
- DUBOUCHET P.**, « Pour une théorie normative de l'institution », *RRJ*, 1993, pp. 739-756.
- ECKERT G.**, « Commentaire de l'article 17 de la loi n°99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire », *RFDA*, 2000, pp. 139-153.
- EVEILLARD G.**, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, pp. 531-539.
- FABRE-MAGNAN M.**, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.*, 1997, pp. 583-613.
- FARJAT G.**, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 1986, pp. 9-42.
- FICHER C.**, « De la régulation sectorielle et de la concurrence : l'exemple du secteur des télécommunications », *LPA*, 17 octobre 2003, n° 208, pp. 3-7.
- FORET E.**, « Le rôle des collectivités territoriales dans l'aménagement numérique du territoire », *RFDA*, 2005, pp. 296-304.
- FOUCHER K.**, « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ? », *AJDA*, 2006, pp. 2316-2321.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Les différentes définitions de la régulation », *LPA*, 10 juillet 1998, n°82, pp. 5-6.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, pp. 610-616.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, pp. 451-469.
- GALLOT J.**, « Qu'est-ce que la régulation ? Contribution pour une définition », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n°119, 2001, pp. 5-6.
- GASSIN R.**, « Système et droit », *RRJ*, 1981-1, pp. 353-365.
- GAUDEMÉT Y.**, « La réforme du droit des propriétés publiques : une contribution », *RJEP*, n°608, avril 2004, pp. 163-166.
- GINOSSAR S.**, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.*, 1962, pp. 573-589.
- GONOD P.**, « La codification de la procédure administrative », *AJDA*, 2006, pp. 489-492.
- GRAVELAIS I.**, « Extension de la séparation du régulateur et des opérateurs au domaine de la sécurité ferroviaire », *RJEP/CJEG*, 2007, pp. 1-6.
- HAURIOU M.**, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse, deuxième série, Tome II*, 1906, pp. 134-174.
- HAURIOU M.**, « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in M. Hauriou., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1925, pp. 89-128.
- JANICOT L.**, « Formes et procédures administrative non contentieuses : un domaine de compétence réservé au pouvoir réglementaire ? », *AJDA*, 2010, pp. 540-547.

- JÉGOUZO Y.**, « De la "participation du public" à la "démocratie participative" ? », *AJDA*, 2006, pp. 2314-2315.
- JOBART J.-C.**, « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2004-1, pp. 33-73.
- KARPENSCHIF M.**, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *RFDA*, 2002, pp. 95-103.
- KAUFF-GAZIN F.**, « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation. À propos de l'affaire C-518/07, Commission c/ Allemagne », *Europe*, n°7, juillet 2010, pp. 12-16.
- LABETOULLE D.**, « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de "garantie de l'État". À propos de l'Avis n°371558 du Conseil d'État du 8 septembre 2005 », *RJEP*, 2006, pp. 359-364.
- LANNEAU R.**, « Analyse économique et analyse juridique du droit », *RRJ*, 2008, pp. 1865-1883.
- LANNEAU R.**, « Analyse économique et analyse juridique du droit : quelques clarifications », *RRJ*, 2009, pp. 557-574.
- LASSERRE B.**, « La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace », *Journal des Sociétés*, n°61, janvier 2009, pp. 19-31.
- LATOURNERIE R.**, « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *EDCE*, 1960, pp. 61-159.
- LEMAIRE C.**, « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », *RJEP/CJEG*, 2004, pp. 404-416.
- LEROY C.**, « L'intérêt général comme régulateur des marchés – A propos de deux arrêts CJCE du 5 octobre 1995 Centro Servizi Spediporto (C-96/94) et du 1 octobre 1998 Autotrasporti Librandi (C38/97) », *RTDE*, 2001, pp. 49-61.
- LETTERON R.**, « Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA*, 1995, pp. 183-202.
- LINOTTE D., SIMONIN G.**, « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *AJDA*, 2004, pp. 143-147.
- LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P.**, « Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », *RFDA*, 2006, pp. 935-948.
- LOMBARD M.**, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *RJEP/CJEG*, 2005, pp. 127-134.
- LOMBARD M.**, « La crise : une parenthèse ? Plutôt un tournant... », *RJEP*, n°660, 2009, pp. 1-2.
- LOMBARD M.**, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, 2006, pp. 79-84.
- LOMBARD M.**, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, pp. 530-540.
- LOMBART P.**, « Les programmes de conformité : l'heure du doute », *RJEP*, n°656, 2008, pp. 1-2.
- LOMBART P.**, « La *soft law* ou l'ambiguë souplesse du droit... », *RJEP*, n°661, 2009, pp. 1-2.
- LOMBART P.**, « Le service public, au cœur du secteur de l'énergie », *RJEP*, n°684, 2011, pp. 1-2.
- MACKAAY E.**, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE*, 1986, pp. 43-88.
- MAGNON X.**, « La loi relative au secteur de l'énergie face au droit communautaire et aux exigences constitutionnelles nationales », *RFDC*, 2007, pp. 313-331.
- MATUCHANSKY O.**, « L'application de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Justice & Cassation*, 2005, pp. 234-255.

- MAUGÛE C., BACHELIER G.**, « La codification du droit des propriétés des personnes publiques », in *Dossier spécial, La codification du droit des propriétés des personnes publiques*, AJDA, 2006, pp. 1073-1086.
- MARCOU G.**, « La notion juridique de régulation », AJDA, 2006, pp. 347-353.
- MARCOU G.**, « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 ? », AJDA, 2007, pp. 192-198.
- MARCOU G.**, « L'exigence constitutionnelle de transposition des directives et les tarifs réglementés de l'électricité et du gaz », AJDA, 2007, pp. 473-478.
- MELLERAY F.**, « L'exploitation du domaine public », in *Dossier spécial, le nouveau code général de la propriété des personnes publiques*, RJEP, n°636, novembre 2006, pp. 423-429.
- MIGNOT M.**, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *Revue de la recherche juridique*, 2006, pp.1805-1857.
- MILLARD E.**, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 1995, pp. 381-412.
- MOLINA P.-A.**, « Le Conseil constitutionnel précise les conditions de privatisation des services publics », RJEP/CJEG, 2007, pp. 41-52.
- NICINSKI S.**, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », RFD, 2008, pp. 35-42.
- NICINSKI S.**, « L'Autorité de la concurrence », RFD, 2009, pp. 1237-1247.
- NICINSKI S.**, « La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », RJEP, n°684, mars 2011, pp. 3-8.
- NICINSKI S.**, « À propos des concessions locales de distribution d'électricité. Évitez les surtensions ! », AJDA, 2010, pp. 1737-1744.
- NOGUELLOU R.**, « Les rapports domaniaux entre personnes publiques », RFD, 2006, pp. 957-962.
- NOGUELLOU R.**, « Le Conseil d'État et la régulation des télécommunications (à propos des arrêts du Conseil d'État du 27 avril 2009, *Société Bouygues Télécom* et du 24 juillet 2009, *Société Orange France et Société française de radiotéléphonie*) », RDP, 3-2010, pp. 825-852.
- PAULIAT H.**, « Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit public*, 1995, pp. 1445-1494.
- PEYLET R.**, « Quelques enseignements d'un débat public », AJDA, 2006, pp. 2328-2332.
- PEYLET R.**, « La nouvelle régulation ferroviaire. A propos de la loi n°2009-1503 du 8 décembre 2009 », RJEP, n°672, février 2010, pp. 3-9.
- PEYLET R.**, « La nouvelle organisation du marché de l'électricité », RFD, 2011, pp. 311-317.
- PICARD E.**, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », AJDA, 20 juin 1996, n° spécial, pp. 55-75.
- PISANI C., BOSGRIRAUD C.**, « Premières réflexions de la pratique sur le code général des propriétés publiques », in *Dossier spécial, La codification du droit des propriétés des personnes publiques*, AJDA, 2006, pp. 1098-1106.
- PLESSIX B.**, « Le rescrit en matière administrative », RJEP, n° 657, 2008, pp. 3-11.
- POÉSY R.**, « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », AJDA, 2009, pp. 347-353.
- QUILICHINI P.**, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », AJDA, 2004, pp. 1060-1069.
- RACINE J.-B., SIIRIAINEN F.**, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », RIDE, 2007, pp. 259-291.
- RACINE P.-F.**, « Le Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS) de la Commission de régulation de l'énergie », RJEP, mars 2010, n°673, pp. 3-9.
- RAPP L.**, « Le droit des communications entre réglementation et régulation », AJDA, 2004, pp. 2047-2058.
- RICHER L.**, « Le droit à la paresse ? "Essential facilities", version française », *Dalloz*, 1999, pp. 523-525.

- RICHER L.**, « Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie », *in Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, pp.393-406.
- RICHER L.**, « Droit d'accès et service public », *AJDA*, 2006, pp. 73-79.
- RIVERO J.**, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chronique xxiii, pp. 99-102.
- RIVERO J.**, « Le Conseil d'État, cour régulatrice », *D.* 1954, chronique xxviii, pp. 157-162.
- ROCHFELD**, « chronique législative sur loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie », *RTD. Civ 2007*, pp. 412-420.
- RODRIGUES S.**, « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », *AJDA*, 2004, pp. 1179-1182.
- ROUSSEAU D.**, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 », *RDP* 1993, n°1, pp. 5-55.
- RUNAVOT M.-C.**, « La "bonne administration" : consolidation d'un droit sous influence européenne », *RFDA*, 2010, pp. 395-403.
- SABLIÈRE P.**, « Electricité et communications électroniques », *AJDA*, 2006, pp. 1196-1202.
- SABLIÈRE P.**, « La nouvelle concession du réseau de transport d'électricité », *AJDA*, 2009, pp. 462-498.
- SABOURIN P.**, « Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle », *AJDA*, 1983, pp. 275-295.
- SACHS O.**, « Le droit administratif a-t-il encore besoin d'un critère organique ? », *RJEP*, N°681, 2010, pp. 1-2.
- SCHWARTZ R.**, « Le code de l'administration », *AJDA*, 2004, pp. 1860-1861.
- SENAC DE MONSEMBERNARD M.**, « La Commission de Régulation de l'Energie : La transition vers le marché ouvert de l'électricité », *Cahier de droit de l'entreprise, JCP Entreprises et affaires*, n°3/2004, 2004, pp. 12-17.
- SUDRE F.**, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 1988, pp. 71-78.
- TANGUY Y.**, « L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d'une doctrine », *Revue du droit public et de la science politique*, 1991, pp. 61-79.
- TEITGEN-COLLY C.**, « Les instances de régulation et la Constitution », *Revue du droit public*, 1990, pp. 153-259.
- THÉRON S.**, « Les catégories en droit administratif », *RRJ*, 2005-4, pp. 2399-2420.
- TIMSIT G.**, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, 1996, pp. 375-394.
- TOURBE M.**, « Service public *versus* service universel : une controverse infondée ? », *Critique internationale*, 2004/3, n°24, pp. 21-28.
- TRAORÉ S.**, « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique », *Droit administratif*, août-septembre 2004, pp. 16-21.
- TRUCHET D.**, « Controverse : les ondes appartiennent-elles au domaine public ? », *RFDA*, 1989, pp. 255-258.
- TUOT T.**, « Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends », *RFDA*, 2003, pp. 312-323.
- TUOT T.**, « Les barricades mystérieuses : Quelques réflexions critiques sur l'ouverture à la concurrence des marchés du gaz et de l'électricité en France », *CJEG*, 2003, pp. 607-615.
- TUOT T.**, « Loi NOME : trois débats derrière une usine à gaz », *CP-ACCP*, n°109, avril 2011, p. 3.
- TUSSEAU G.**, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA*, 2009, pp. 641-656.
- VALETTE J.-P.**, « La régulation des marchés financiers », *RDP*, 2005, pp. 183-211.
- VAN DEN BERGH R.**, « Le droit civil face à l'analyse économique du droit », *RIDE*, 1988, pp. 229-254.

- VARNEROT V.**, « L'autopoïèse, un paradigme transdisciplinaire ? », *RRJ*, 2007, pp. 125-140.
- VEDEL G.**, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, 851.
- VILLIET-TAVERNIER S.**, « Après la loi du 6 août 2004 : nouvelle loi "informatique et libertés", nouvelle CNIL ? », *Droit social*, 2004, pp. 1055-1065.
- WEINBERGER O.**, « Droit et connaissance du droit au regard du positivisme juridique institutionnaliste (PJI) », *Droits*, n°10, 1989, pp. 109-112.
- WEINGARTEN F.**, « La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire », *CJEG*, 1998, pp. 461-480.
- ZENATI F.**, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.*, 1993, pp. 305-323.
- ZENATI-CASTAING F.**, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD Civ.*, 2006, pp. 445-466.
- ZENATI-CASTAING F.**, « La proposition de refonte du livre II du code civil », *RTD Civ.*, 2009, pp. 211-244.
- ZOLLER E.**, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, 2004, pp. 757-771.

F. Notes sous arrêts, conclusions, chroniques

- BAZEX M. BLAZY S.**, note sous CE, S, 25 février 2005, n°247866, *France Télécom*, *Droit administratif*, avril 2005, pp. 26-29.
- BENELBAZ C.**, note sous CE, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 22 octobre 2010, *Société Vortex*, n°324614, Inédit au recueil Lebon, *AJDA*, 2011, pp. 740-743.
- BOURGEOIS-MACHUREAU B., BOUCHER J.**, note sous T. confl., 17 décembre 2007, n°3647, *Electricité de France c/ Assurances Pacifica*, *RJEP*, n°657, 2008, pp. 30-32.
- BOURGEOIS-MACHUREAU**, conclusions sur du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 12 octobre 2010, *Société Bouygues Télécom*, n°332393, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, n°683, février 2011, pp. 23-37.
- BOUVERESSE A.**, « Vers un statut et un régime communautaire des régulateurs nationaux ? », note sous CJUE, 3 décembre 2009, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, Affaire C-424/07, *Europe*, n°2, février 2010, pp. 25-26.
- BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C.**, note sous CJCE, CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *AJDA*, 2007, pp. 1122-1124.
- CLAUDEL E.**, « Ciseaux tarifaires : la Cour de cassation ne « squeeze » pas la question », note sous Arrêt de la Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 3 mars 2009, 08-14.435 08-14.464, *RTD Com.*, 2010, p. 89 et s.
- COLLET M.**, « Autorités de régulation et procès équitable », note sous CE, Section du Contentieux, du 27 octobre 2006, *M. P et a.*, *AJDA*, 2007, pp. 80-84.
- COLLET M.**, « Autorités de régulation économique : l'émergence d'une catégorie nouvelle ? », note sous CE, Section du contentieux, du 30 novembre 2007, *Tineç et a.*, n°293952, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, n°651, mars 2008, pp. 11-14.
- COLLIN P.**, conclusions sur CE, 1^{er} juillet 2010, *Sté Poveo*, n°321595, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, n°679, octobre 2010, pp. 38-44.
- DELZANGLES H.**, note sous CE, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 09 juillet 2010, *Société Canal + Distribution*, n°335336, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, n°684, mars 2011, pp. 20-22.
- FERRIER D.**, *Panorama Concurrence*, D. 2009, pp. 2888-2896.
- FLAUSS J.-F.**, chronique sous Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre) du 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turquie*, Requête n°48939/99, *AJDA* 2005, p. 550.
- MALVASIO F.**, chronique annuelle de jurisprudence communautaire, *RJEP*, 2007, pp. 254-264.

- GAUDEMET Y.**, note sous Avis Conseil d'État, Assemblée, du 29 avril 2010, n°323179, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, 2010, n°681, novembre 2010, pp. 25-29.
- GUILLAUME E., COUDRAY L.**, « Le contentieux de la 4^{ème} licence 3G. À propos de la décision du Conseil d'État, *Bonygues Télécom* du 12 octobre 2010 », *RJEP*, n°683, février 2011, pp. 11-18.
- GUYOMAR M.**, conclusions sur CE, 4 février 2005, *Procureur général près la Cour des Comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière*, requête n°269233, *AJDA*, 2005, pp. 1070-1073.
- GUYOMAR M.**, conclusions sur CE, Avis, Assemblée, du 29 avril 2010, n°323179, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, 2010, n°681, novembre 2010, pp. 29-41.
- HAURIOU M.**, note sous Conseil d'État, 25 mai 1906, *Affaire Ministre du Commerce c/ Chemin de fer d'Orléans*, in A. Hauriou (dir.), *Maurice Hauriou, Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*, Tome 3, Paris, Editions La mémoire du droit, 1929, pp. 270-281
- LENICA F.**, conclusions sur Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 27 avril 2009, *Bonygues Télécom*, n°312741, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, n°666, juillet 2009, pp. 26-30.
- LENICA F.**, conclusions sur CE, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 24 juillet 2009, *Société Orange France et Société française de radiotéléphonie*, n°324642 et 324687, Publié au recueil Lebon, *RJEP*, n°668, octobre 2009, pp. 11-19.
- LE ROY M.**, note sous CJCE, 8 novembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd c / Departamento de jogos da Santa Casa, *AJDA*, 2009, pp. 2184-2187.
- LOMBARD M.**, note sous CE, 4 février 2005, *Procureur général près la Cour des Comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière*, requête n°269233, Droit administratif, avril 2005, n°4, pp. 23-24.
- LUPPI P.**, « L'unité du pouvoir réglementaire du Premier ministre et son caractère *ab initio* », note sous Conseil constitutionnel, 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, n°2006-544 DC, *AJDA*, 2006, pp. 1643-1645.
- M.-L. B.**, note sous Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 20 avril 2010 *Federutility*, Affaire C-265/08, *RJEP*, n°679, octobre 2010, pp. 45-47.
- PHAN-VAN L.**, note sous CAA Bordeaux, 4 novembre 2008, *Electricité Réseau Distribution France venant aux droits de la SA Electricité de France et a*, requêtes n°07BX00314, *RJEP*, n°661, 2009, pp. 35-37.
- REJET T.**, chronique sous Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, du 7 novembre 2000, 98-17.731, *RTD Civ.*, 2001, pp. 167-174.
- REJET T.**, chronique sous Cour de cassation, Chambre criminelle, du 14 novembre 2000, 99-84.522, Publié au bulletin, *RTD Civ.*, 2001, pp. 912-916.
- REJET T.**, chronique sous Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, du 1 octobre 2003, n° 02-14.958, *RTD Civ.*, 2003, pp. 730-735.
- REJET T.**, chronique sous Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre) du 30 novembre 2004, *Oneryıldız c. Turquie*, Requête n°48939/99, *RTD Civ.*, 2005, pp. 422-428.
- REJET T.**, chronique sous Conseil constitutionnel, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *RTD Civ.*, 2006, pp. 791-794.
- SABLIÈRE P.**, note sous CE, 9 juillet 2008, n°309878, *Sté Rhône Vision Câble*, requête n°309878, *RJEP*, 2008, n° 658, pp. 33-35.
- SEBAN A.**, conclusions sur CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Économie c/ Kechichian*, RFDA 2002, pp. 742-754.
- SENIERS F.**, conclusions sur CE, 18 juillet 2008, *SNCF*, requête n°291602, *RJEP*, n°660, 2009, pp. 14-16.
- SVC.**, note sous CE, 5 décembre 2005, *Fédération nationale UFC Que Choisir*, requêtes n° 277441, 277443 et 277445, *RJEP/CJEG*, 2006, pp. 262-267.

- TERNEYRE P.**, note sous CE, 13 novembre 2006, *Région Pays de la Loire*, requête n°287665, *RJEP*, 2007, pp. 282-283.
- VEROT C.**, conclusions sur CE, 13 mars 2006, *Société Eurodif*, requêtes n° 253333, 258224, 263433 et 265967, *RJEP/CJEG*, 2006, pp. 245-253.
- VEROT C.**, conclusions sur CE, 13 mars 2006, *Réseau Ferré de France et Société Nationale des chemins de fer*, requêtes n°265582 et 273093, *RJEP/CJEG*, 2006, pp. 254-256.
- VIALETTES M.**, conclusions sur CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, du 17 novembre 2010, *Société Arthus Consulting*, n°320827, *AJDA*, 2011, pp. 337-340.
- VIARD M.-P.**, conclusions sur CAA Bordeaux, 4 novembre 2008, *Electricité Réseau Distribution France venant aux droits de la SA Electricité de France et a*, requête n°07BX00314, *RJEP*, n°661, 2009, pp. 33-35.

G. Rapports

- AMF** (Autorité des marchés financiers), *Rapport annuel*, 2003, 306 p.
- AMF** (Autorité des marchés financiers), *Rapport annuel*, 2004, 302 p.
- AMF** (Autorité des marchés financiers), *Rapport annuel*, 2005, 342 p.
- AMF** (Autorité des marchés financiers), *Rapport annuel*, 2006, 332 p.
- AMF** (Autorité des marchés financiers), *Rapport annuel*, 2007, 301 p.
- AMF** (Autorité des marchés financiers), *Rapport annuel*, 2008, 291 p.
- ARCEP** (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2005, 452 p.
- ARCEP** (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2006, 453 p.
- ARCEP** (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2007, 371 p.
- ARCEP** (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2008, 411 p.
- ARCEP** (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2009, 140 p.
- ARCEP** (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *Rapport public d'activités*, 2010, 189 p.
- ARCEP** (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques, Compte rendu des travaux du Comité des réseaux d'initiative publique*, 2006, 62 p.
- ARCEP** (Autorité de régulation des Communications Électroniques et des Postes), *L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques, Compte rendu des travaux du Comité des réseaux d'initiative publique*, 2008, 116 p.
- ARMT** (Autorité de régulation des mesures techniques), *Rapport annuel*, 2008, 50 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, 1997, 331 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, T. 1, 1998, 96 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, T. 2, 1998, 288 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, T. 1, 1999, 140 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, T. 2, 1999, 206 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, T. 1, 2000, 164 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport annuel d'activités*, T. 2, 2000, 216 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, T. 1, 2001, 127 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, T. 2, 2001, 249 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, T. 1, 2002, 71 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, T. 2, 2002, 220 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, T. 1, 2003, 228 p.

- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, T. 2, 2003, 217 p.
- ART** (Autorité de régulation des télécommunications), *Rapport public d'activités*, 2004, 364 p.
- ARPP** (Autorité de régulation professionnelle de la publicité), *Rapport annuel d'activité*, 2008, 18 p.
- ARPP** (Autorité de régulation professionnelle de la publicité), *Rapport annuel d'activité*, 2009, 18 p.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE**, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, 2009.
- AUBY J.-B., KIRAT T.**, *Le contenu et la portée économiques des règles de droit. Application à la répartition des risques dans les contrats administratifs*, Rapport du GIP Mission de recherche Droit et Justice, Paris, La documentation française, 2003, 336 p.
- AUTORITE DE LA CONCURRENCE**, *Rapport annuel*, 2008, 587 p.
- AUTORITE DE LA CONCURRENCE**, *Rapport annuel*, 2009, 663 p.
- AUTORITE DE LA CONCURRENCE**, *Rapport annuel*, 2010, 567 p.
- BALLADUR E.**, *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Une Vème République plus démocratique*, 2008, 162 p.
- COMMISSION EUROPEENNE**, *Guide de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes dans le domaine des télécommunications*, 2007, 137 p.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, *Rapport d'activité*, 1997, non paginé.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, *Rapport d'activité*, 1998, 1349 p.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, *Rapport d'activité*, 1999, 1041 p.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, *Rapport d'activité*, 2000, 1428 p.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, *Rapport annuel*, 2001, 333 p.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, *Rapport annuel*, 2002, 278 p.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, *Rapport annuel*, 2003, 504 p.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, *Rapport annuel*, 2004, 480 p.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, *Rapport annuel*, 2005, 543 p.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, *Rapport annuel*, 2006, 569 p.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, *Rapport annuel*, 2007, 563 p.
- CHAMPSAUR P.**, Rapport de la commission sur l'organisation du marché de l'électricité, *Présidée par Paul Champsaur*, Avril 2009, 35 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'électricité), *Rapport d'activité*, 2000, 31 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'électricité), *Rapport d'activité*, 2001, 49 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'électricité), *Rapport d'activité*, 2002, 65 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2003, 100 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2004, 96 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2005, 136 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2006, 132 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2007, 152 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 1^{er} semestre 2008, 159 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2nd semestre 2008, 104 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2009, 136 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Rapport d'activité*, 2010, 96 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Investigation de la CRE sur les pics de prix observés sur Powernext Day-ahead Auction en octobre et en novembre 2007*, *Rapport d'analyse*, 17 avril 2008, 41 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Le fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel en 2007*, *Rapport de surveillance*, 2008, 167 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Le fonctionnement des marchés de gros français d'électricité et de gaz naturel*, *Rapport 2008*, 2009, 123 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Le fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel*, *Rapport 2009-2010*, 2010, 108 p.
- CRE** (Commission de régulation de l'énergie), *Gestion et utilisation des interconnexions électriques*, *Rapport 2008*, 2009, 103 p.

- CSA** (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2000, 223 p.
- CSA** (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2001, 173 p.
- CSA** (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2002, 190 p.
- CSA** (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2003, 207 p.
- CSA** (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2004, 227 p.
- CSA** (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2005, 277 p.
- CSA** (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2006, 177 p.
- CSA** (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2007, 180 p.
- CSA** (Conseil supérieur de l'audiovisuel), *Rapport d'activité*, 2008, 172 p.
- DOSIÈRE R., VANNESTE C.**, *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, Tome 1, Rapport, 2010, 450 p.
- EDCE** (Études et documents du Conseil d'État), *Rapport public*, n°35, Paris, La documentation française, 1983-1984, pp. 13-77.
- EDCE** (Études et documents du Conseil d'État), *Réflexions sur l'intérêt général*, *Rapport public*, n°50, Paris, La documentation française, 1999, pp. 328-332.
- EDCE** (Études et documents du Conseil d'État), *Les autorités administratives indépendantes*, *Rapport public*, n°52, Paris, La documentation française, 2001, pp. 253-386.
- EDCE** (Études et documents du Conseil d'État), *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *Rapport public*, n° 59, Paris, La documentation française, 2008, pp. 5-275.
- EDCE** (Études et documents du Conseil d'État), *Consulter autrement, participer effectivement*, *Rapport public*, n°62, Paris, La documentation française, 2011, 226 p.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes réalisée par Mme Marie-Anne Frison-Roche », in P. Gélard, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Tome 2, Annexe, 2006, pp. 2-160.
- GÉLARD P.**, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Tome 1, Rapport, 2006, 136 p.
- PONTIER J.-M.**, « Étude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes réalisée sous la direction de M. Jean-Marie Pontier, Synthèse des rapports nationaux », in P. Gélard, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Tome 2, Annexe, 2006, pp. 2-160.

H. Dictionnaires

- ALLAND D., RIALS S.**, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, « Quadrige », 2003, 1649 p.
- ARNAUD A.-J., BELLEY J.-G., CARTY J.A, CHIBA M., et AL**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 758 p.
- CORNU G.**, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2007, 8^{ème} Ed., 986 p.
- LALANDE A.**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1926, réédité par « Quadrige », 2002, 1323 p.
- REY-DEBOVE J., REY A., (dirs.)**, *Le nouveau petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993, 2551 p.

§2. Bibliographie économique

A. Ouvrages généraux, manuels, traités

- COOTER R., ULEN T.**, *Law & Economics*, Boston, USA, Pearson International Edition, 4^{ème} Ed., 2004, 533 p.
- DELEPLACE G.**, *Histoire de la pensée économique*, Paris, Dunod, 1999, 523 p.
- GREFFE X.**, *Economie des politiques publiques*, Paris, Dalloz, 1994, 535 p.
- KIRAT T., MARTY F.**, *Économie du Droit et de la Réglementation*, « Mémentos LMD », Paris, Guadalupe éditeur, 2007, 183 p.
- LAFFONT J.-J., MARTIMORT D.**, *The Theory of Incentives, The Principal-Agent Model*, Princeton, Princeton University Press, 2002, 421 p.
- LEMENNICIER B.**, *Economie du Droit*, « Théories économiques », Paris, Editions Cujas, 1991, 177 p.
- MACKAAY E.**, *L'analyse économique du droit. Fondements*, Bruxelles, Bruylant/Thémis, 2000, 219 p.
- MACKAAY E., ROUSSEAU S.**, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz/Thémis, 2008, 2^{ème} Ed., 728 p.
- POSNER R.**, *Economic analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, 2007, 7^{ème} Ed., 787 p.
- WOLFELSPERGER A.**, *Économie publique*, Paris, PUF, « Thémis », 1995, 490 p.

B. Ouvrages spéciaux

- BARZEL Y.**, *Economic analysis of property rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, 161 p.
- BOYER R.**, *La théorie de la régulation : une analyse critique*, Paris, Agalma/La découverte, 1987, 142 p.
- BOYER**, *Théorie de la régulation. 1. Les fondamentaux*, Paris, La découverte, 2004, 123 p.
- CHAVANCE B.**, *L'économie institutionnelle*, Paris, La découverte, « Repères », 2007, 119 p.
- COASE R. H.**, *The firm, the market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, 217 p.
- COASE R. H.**, *L'entreprise, le marché et le droit*, Paris, Editions d'Organisation, 2005, 245 p.
- COLMANT B., GILLET R., SZAFARZ A.**, *Efficiences des marchés. Concepts, bulles spéculatives et image comptable*, Bruxelles, 2009, Larcier, 91 p.
- COMBE E.**, *Economie et politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, 460 p.
- CROCQ I.**, *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, Paris, Economica, « Nouvelles technologies de l'information et de la Communications », 2004, 265 p.
- CURIEN N., GENSOLLEN M.**, *Economie des télécommunications, Ouverture et réglementation*, Paris, ENSPTT/Economica, 1992, 318 p.
- CURIEN N.**, *Économie des réseaux*, Paris, La découverte, « Repères », 2005, 123 p.
- DANG NGUYEN G., PHAN D.**, *Economie des télécommunications et de l'internet*, Paris, Economica, « Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication », 2000, 156 p.
- DELAS J.-P.**, *Economie contemporaine. Faits, Concepts, théories*, Paris, Ellipses, 2001, pp. 14-57.
- FAUGERE J.-P.**, *Economie européenne*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2002, pp. 117-154.
- FLACHER D., JENNEQUIN H.**, *Réguler le Secteur des Télécommunications ? Enjeux et perspectives*, Paris, ECONOMICA, 2007, 318 p.

- FRIEDMAN M.**, *Essays in Positive Economics*, Chicago, The University of Chicago Press, 8^{ème} Ed., 329 p.
- GERADIN D., KERF M.**, *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 401 p.
- GILLET P.**, *L'efficience des marchés financiers*, Paris, Economica, 2006, 2^{ème} Ed., 264 p.
- GÓMEZ-IBÁÑEZ J. A.**, *Regulating infrastructure. Monopoly, contracts, and discretion*, Cambridge, Massachusetts, USA, London, UK, Harvard University Press, 2006, 431 p.
- JAWADI F., SAHUT J.-M.**, *Inefficiency et dynamique des marchés financiers*, Paris, L'Harmattan, 2009, 218 p.
- KIRAT T.**, *Économie du droit*, Paris, La découverte, « Repères », 1999, 122 p.
- LAFFONT J.-J., TIROLE J.**, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1994, 2^{ème} Ed., 705 p.
- LÉVÊQUE F.**, *Economie de la réglementation*, Paris, La découverte, « Repères », 2004, 122 p.
- LIBECAP D. G.**, *Contracting for property rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, 132 p.
- MATTEI U.**, *Comparative law and economics*, Michigan, The University of Michigan Press, 1998, 266 p.
- MATTEI U.**, *Basic principles of property law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, Connecticut, USA, London, UK, Greenwood Press, 2000, 211 p.
- MÉNARD C.**, *L'économie des organisations*, Paris, La découverte, « Repères », 2^{ème} édition, 2004, 123 p.
- MERCURO N., MEDEMA S.**, *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997, 235 p.
- MORISSETTE Y.-M.**, *Le coût du droit. Ronald Coase*, Paris, PUF, « Droit, Éthique, Société », 2000, 119 p.
- NEWBERY D. M.**, *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The MIT Press, « The Walras-Pareto Lectures », 2000, 466 p.
- NORTH D. C.**, *Institutions, Institutional change and economic performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 2nd Ed., 152 p.
- NORTH D. C.**, *Le processus du développement économique*, Paris, Editions d'organisation, 2005, 237 p.
- NORTH D. C.**, *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton, Oxford, Princeton university press, 2005, 187 p.
- OGUS A., FAURE M.**, *Economie du droit : le cas français*, « Droit comparé », Paris, Editions Panthéon-Assas, 2002, 176 p.
- OGUS A.**, *Regulation : legal form and economic theory*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2^{ème} Ed., 2004, 355 p.
- PEARSON H.**, *Origins of Law and Economics. The Economists' New Science of Law, 1830-1930*, United States of America, Cambridge University Press, 1997, 202 p.
- SAUSSIÉ S., YVRANDE-BILLON A.**, *Economie des coûts de transaction*, Paris, La découverte, « Repères », 2007, 122 p.
- SIMONNOT P.**, *L'invention de l'État. Economie du droit*, Paris, Les Belles Lettres, 2003, 430 p.
- SPECTOR D.**, *Electricité : faut-il désespérer du marché ?*, Paris, Editions ENS Rue d'Ulm, « Collection du CEPREMAP », 2007, 54 p.
- WEBER L.**, *L'État, acteur économique. Analyse économique du rôle de l'État*, Paris, Economica, 1988, 303 p.
- WILLIAMSON O. E.**, *Economic organization. Firms, markets and policy control*, New York, New York University Press, 1986, 310 p.
- WILLIAMSON O. E.**, *The Mechanisms of Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 429 p.

C. Thèses, mémoires

- DUBOIS U.**, *La gouvernance des réformes concurrentielles de l'industrie électrique. Une analyse néo-institutionnelle*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Économiques, Université Paris 11, 2007, 329 p.
- FEREY S.**, *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, « Droit & économie », 2008, 317 p.
- LORIDAN-BAUDRIER A.**, *Coûts de coordination, structures de gouvernance réglementaire et environnement institutionnel : une analyse économique néo-institutionnelle de la mise en œuvre du cadre réglementaire européen des communications électroniques*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Économiques, Paris 1, 2007, 386 p.
- PEREZ Y.**, *L'analyse néo-institutionnelle des réformes électriques européennes*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Économiques, Paris 1, 2002, 342 p.
- PICARD J.**, *Analyse économique de la régulation des marchés financiers*, Paris, Mémoire de DEA décisions publiques, institutions et organisations, Mémoire de DEA Décisions publiques, institutions et organisations, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2003, 110 p.
- YVRANDE-BILLON A.**, *Choix contractuels et performances, Le cas des chemins de fer britanniques*, Thèse pour le Doctorat en Sciences économiques, Paris 1, 2002, 292 p.

D. Ouvrages collectifs, actes de colloques

- ALCHIAN A. A.**, « Some Economics of Property Rights », in *Economics Forces at Work*, Chapter 5, Indianapolis, IN : Liberty Presse, 127-49, reproduit in C. Ménard (Ed.), *Transaction Costs and Property Rights, The international library of the new institutional economics*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, pp. 399-421.
- ALIOUAT B.**, « Présentation », in R. Coase, *L'entreprise, le marché et le droit*, Paris, Editions d'Organisation, 2005, 245 p.
- ALSTON J. L., MUELLER B.**, « Property Rights and the State », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 573-590.
- ANDERSON T. L., MCCHESENEY F.**, « Introduction. The economic approach to property rights », in T. L. Anderson., F. S. McChesney, *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law* », Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2003, pp. 1-11.
- ANDERSON T. L., MCCORMICK B.**, « The contractual nature of the environment », in E. Colombatto (Ed.), « *The Elgar Companion to The Economics of property rights* », Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2004, pp. 293-309.
- ANDRÉ C.**, « État providence et compromise institutionnalisés. Des origines à la crise contemporaine », in R. Boyer, Y. Saillard (dirs.), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La découverte, « Recherches », 2002, pp. 144-152.
- ANDRES L., GUASH J. L., AZUMENDI S. L.**, « Regulatory governance and sector performance: methodology and evaluation for electricity distribution in Latin America », in C. Ménard, M. Ghertman (Ed.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 111-150.
- ARMSTRONG M.**, « Converging communications: implications for regulation », in C. Robinson (Ed.), *Utility Regulation and Competition Policy*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2002, 99-124.
- ARRUNADA B., ANDONOVA V.**, « Market Institutions and Judicial Rulemaking », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 229-250.

- BARRERE C.**, « Judicial system and property right », in E. Colombatto (Ed.), « *The Elgar Companion to The Economics of property rights* », Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2004, pp. 129-153.
- BARRY N.**, « Property rights in common and civil law », in E. Colombatto (Ed.), « *The Elgar Companion to The Economics of property rights* », Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2004, pp. 177-196.
- BARZEL Y.**, « The Property Rights Model », *Economic Analysis of Property Rights*, Chapter 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, pp. 3-15, reproduit in C. Ménard (Ed.), *Transaction Costs and Property Rights, The international library of the new institutional economics*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, pp. 385-398.
- BECK T., LEVINE R.**, « Legal Institutions and Financial Development », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 251-278.
- BENZONI L.**, « Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des opérateurs. Un point de vue économique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 43-53.
- BERGMAN L.**, « Addressing market power and industry restructuring », in J.-M., Glachant, F. Levêque, *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 65-88.
- BERGOUGNOUX J.**, « Comment le régulateur gagnera sa légitimité », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs, Sociétal*, n°30, 2000, pp. 61-66.
- BERGOUGNOUX J.**, « Le chemin de fer : une ouverture possible, mais limitée », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs, Sociétal*, n°30, 2000, pp. 75-76.
- BIEBESHEIMER C.**, « Methodology for evaluation of justice efficiency », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Economie », 2005, pp. 89-91.
- BOITEUX M.**, « L'électricité entre concurrence et monopole », in *L'ouverture des marchés de l'électricité en Europe, Economie publique*, 2004/1, pp.63-70.
- BORTOLOTTI B., MILELLA V.**, « Privatization in Western Europe. Stylized Facts, Outcomes and Open issues », in G. Roland (Ed.), *Privatization, Successes and failures*, New York, Columbia, USA University Press, 2008, pp. 32-75.
- BOUTTES J.-P., TROCHET J.-M.**, « La conception des règles des marchés de l'électricité ouverts à la concurrence », in *L'ouverture des marchés de l'électricité en Europe, Economie publique*, 2004/1, pp.82-116.
- BOYER R.**, « Postface à l'édition de 2002. La théorie de la régulation à l'épreuve des années quatre-vingt-dix », in R. Boyer, Y. Saillard (dirs.), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La découverte, « Recherches », 2002, pp. 521-556.
- BOYER R.**, « Avant-propos à la seconde édition », in R. Boyer, Y. Saillard (dirs.), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La découverte, « Recherches », 2002, pp. 6-8.
- BROUSSEAU E.**, « Intermédiation par les réseaux : quelles institutions ? », in E. Brousseau, P. Petit, D. Phan (dirs.), *Mutation des Télécommunications, des Industries et des Marchés*, Paris, ENSPTT/Economica, 1996, pp. 171-229.
- BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M.**, « The economics of contracts and the renewal of economics », in E. Brousseau, J.-M., Glachant (Eds.), *The Economics of contracts. Theories and Applications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 3-30.
- CARTELIER L.**, « Politique européenne de la concurrence et nouvelles régulations publiques », in G. Farjat (dir.), *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 353-365.
- CARTELIER L.**, « Production et régulation des services en réseau : l'évolution de l'analyse économique », in *Les services publics, Cahiers français*, n°339, La documentation française, juillet-août 2007, pp.51-57.

CENTI J.-P., « Quel critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit ? », in *L'analyse économique du droit, impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, RRJ, 1987, pp. 455-473.

CHADWICK E., « Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe ; of Competition For the Field, as compared with Competition within the Field, of Service », in L. Richer (dir.), *Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché*, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », Paris, LGDJ, 2007, pp. 8-92.

CHAPPE N., HELMER E., MOUGEL C., « L'analyse économique du droit, l'économie expérimentale : un dialogue prometteur », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 101-107.

CHONE P., « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre *ex ante* et *ex post* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 49-71.

COASE R. H. « Coase on Posner on Coase », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 96-98.

COASE R. H. « Concluding Comment », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 360-361.

COASE R. H., « The Institutional Structure of Production » in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 31-39.

COHEN D., « Du choix des critères d'évaluation à une conception de la fonction du droit », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Economie », 2005, pp. 95-101.

COLLARD C., ROQUILLY C., PUSTAY M., ZARDKOOHI A., « De l'efficacité économique à la validité juridique d'une technique d'attraction de la clientèle : contribution à une nouvelle approche de la concurrence déloyale », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 261-280.

COLOMBATTO E., « Introduction », in E. Colombatto (Ed.), « *The Elgar Companion to The Economics of property rights* », Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2004, pp. xiii-xxx.

COLOMBATTO E., « Are property rights relevant for development economics? On the dangers of Western constructivism », in E. Colombatto (Ed.), « *The Elgar Companion to The Economics of property rights* », Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2004, pp. 251-269.

CRAMPES C., « Les outils des régulations économiques *ex ante* et *ex post* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 129-137.

CREMER J., « Le retour à la régulation ordinaire au sortir de la crise », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 59-65.

CROISSANT Y., VORNETTI P., « État, marché et concurrence. Les motifs de l'intervention publique », in B. Ferrandon (dir.), *Concurrence et régulation des marchés, Cahiers français*, n°313, pp. 3-8.

CROISSANT Y., VORNETTI P., « État, marché et concurrence. Les nouveaux modes d'action de l'État », in B. Ferrandon (dir.), *Concurrence et régulation des marchés, Cahiers français*, n°313, 2003, pp. 9-14.

CURIEN N., « Introduction », in N. Curien (dir.), *Economie et management des entreprises de réseau. Economie des réseaux. Réseaux organisateurs. Management en Réseau*, Paris, ENSPIT/Economica, 1992, pp. XV-XXIV.

CURIEN N., « Les contrats de régulation en pratique », in *Les services publics, Cahiers français*, n°339, La documentation française, juillet-août 2007, p. 55.

DANG NGUYEN G., « Les Télécommunications », in *Les services publics, Cahiers français*, n°339, La documentation française, juillet-août 2007, p. 66-71.

- DE VANY A.**, « Property rights in the electromagnetic spectrum », in P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan reference limited, New York, Stockton Press, 1998, pp. 167-171.
- DEFFAINS B.**, « Introduction », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 5-7.
- DEFFAINS B.**, « Réglementation et inefficacité : quelle corrélation ? », in F. Rouvillois (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 61-65.
- DEFFAINS B.**, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », in G. Canivet, B. Deffains, M.-A. Frison-Roche (dirs.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, pp. 6-13.
- DEFFAINS B.**, « Responsabilité et incitations dans les régulations économiques », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 9-18.
- DEFFAINS B., STASIAK F.**, « Les préjudices résultant des infractions boursières : approches juridique et économique », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, « Droit économique », pp. 177-186.
- DELMAS M. A., RUSSO M. V., MONTES-SANCHO M. J., TOKAT Y.**, « Deregulation, efficiency and environmental performance: evidence from the electric utility industry », in C. Ménard, M. Ghertman (Ed.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 170-195.
- DELOCHE R., CHOPARD B.**, « Règlement amiable et (suppression de la) suspension provisoire des poursuites : Une étude d'impact à l'aide de la théorie des jeux », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, « Droit économique », pp. 193-206.
- DEMSETZ H.**, « Property rights », in P. Newman (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan reference limited, New York, Stockton Press, 1998, pp. 144-155.
- DEMSETZ H.**, « Toward a Theory of Property Rights », *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 57 (2), May, 347-59, reproduced in R. A. Epstein (Ed.), *Economics of Property Law*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2007, pp. 3-15.
- DESCHAMPS M., MARTY F.**, « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », in *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 22, *L'analyse économique du droit autour d'Éjan Mackaay*, 2008, pp. 2541-2569.
- DORIAT-DUBAN M., DEFFAINS B.**, « Le temps de la justice : analyse comparative de la durée des litiges selon leur mode de règlement », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 79-110.
- DU TERTRE C.**, « La dimension sectorielle de la régulation », in R. Boyer, Y. Saillard (dirs.), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La découverte, « Recherches », 2002, pp. 313-322.
- DUPUY G.**, « Avant-propos », in N. Curien (dir.), *Economie et management des entreprises de réseau. Economie des réseaux. Réseaux organisateurs. Management en Réseau*, Paris, ENSPIT/Economica, 1992, pp. VII-XIII.
- DUPRAT J.-P.**, « L'évaluation et la prise en compte des préjudices résultant des dysfonctionnements des politiques publiques et des fraudes », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, « Droit économique », pp. 17-44.
- EGGERTSSON T.**, « Mental Models and Social Values: North's Institutions and Credible Commitment », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 24-28.
- EISENKOPF A.**, « Opening the Rail Freight Market in Europe – an Economic Assessment », in *The Liberalization of Rail transport in the EU, Intereconomics*, 2006, pp. 292-295.

- EPSTEIN R. A.**, « Introduction », in R. A. Epstein (Ed.), *Economics of Property Law*, Cheltenham, Royaume-Uni, Northampton, États-Unis, Edward Elgar, 2007, pp. ix-xxxvi.
- FINON D., GLACHANT J.-M.**, « Introduction », in D. Finon, J.-M. Glachant (eds.), *Competition in European Electricity Markets, a Cross-Country Comparison*, Cheltenham, UK, Northampton, USA, Edward Elgar, 2003, pp. 1-6.
- FURUBOTN E. G., RICHTER R.**, « The New Institutional Economics. Recent Progress; Expanding Frontiers », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 1-10.
- GEOFFRON P., MERITET S.**, « Les transitions réglementaires électriques », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 419-436.
- GHERTMAN M.**, « The puzzle of regulation, deregulation and reregulation », in C. Ménard, M. Ghertman (Ed.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 351-373.
- GLACHANT J.-M.**, « Comparing institutional foundations : the creation of competitive wholesale electricity markets in Europe », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 293-309.
- GLACHANT J.-M.**, « The making of competitive electricity markets in Europe: non single way and no "single market" », in D. Finon, J.-M. Glachant (eds.), *Competition in European Electricity Markets, a Cross-Country Comparison*, Cheltenham, UK, Northampton, USA, Edward Elgar, 2003, pp. 7-38.
- GLACHANT J.-M.**, « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », in G. Marcou. F. Moderne (dirs.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Tome 1 Comparaisons et commentaires*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2005, pp. 259-276.
- GLACHANT J.-M.**, « La crise californienne. Accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l'électricité ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Daloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 29-42.
- GLACHANT J.-M., PEREZ Y.**, « The achievement of electricity competitive reforms: a governance structure problem? », in C. Ménard, M. Ghertman (Ed.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 196-215.
- GLACHANT J.-M., PEREZ Y., PIGNON V., SAGUAN M.**, « Un marché européen de l'électricité ou des marchés dans l'Europe ? Regards croisés : économistes et ingénieur », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 477-501.
- GLACHANT J.-M., LEVEQUE F.**, « The electricity internal market in the European Union: what to do next? », in J.-M., Glachant, F. Levêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 3-32.
- GREEN R., LORENZONI A., PEREZ Y., POLLITT M.**, « Policy assessment and good practices », in J.-M., Glachant, F. Levêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 172-204.
- GREENSTEIN R.**, « L'intérêt de Chadwick, l'intérêt dans Chadwick », in L. Richer (dir.), *Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché*, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », Paris, LGDJ, 2007, pp. 93-112
- HADFIELD G.**, « The Many Legal Institutions tant Support Contractual Commitments », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 175-203.
- HOLLARD M.**, « Les formes de la concurrence », in R. Boyer, Y. Saillard (dirs.), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La découverte, « Recherches », 2002, pp. 162-170.

- HOPE E., SINGH B.**, « Harmonizing an effective regulation in Europe », in J.-M., Glachant, F. Levêque, *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 89-104.
- ISLA-PERNIN A.**, « Stratégies des acteurs et interprétation des règles dans la réglementation européenne de la concurrence », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 195-217.
- JARZEMBOWSKI G.**, « European Framework for the Internal Market in the Railway Sector », in *The Liberalization of Rail transport in the EU, Intereconomics*, 2006, pp. 299-303.
- JESTAZ P.**, « Jurisprudence et Economie », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 73-85.
- JOMO K. S.**, « A Critical Review of the Evolving Privatization Debate », in G. Roland (Ed.), *Privatization, Successes and failures*, New York, Columbia, USA University Press, 2008, pp. 199-212.
- JOSKOW P. L.**, « Foreword: US vs. EU electricity reforms achievement », in J.-M., Glachant, F. Levêque, *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. xiii-xxix.
- KIRAT T.**, « Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 43-58.
- KIRAT T.**, « La jurisprudence et les précédents judiciaires : en quoi l'analyse économique nord-américaine peut-elle éclairer la régulation jurisprudentielle française ? », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 87-99.
- KIRAT T.**, « L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit », in A. Pirovano (dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Editions Frison-Roche, 2003, pp. 339-349.
- KIRAT T., SERVERIN E.**, « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 5-22.
- KIRAT T., VIDAL L.**, « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 47-78.
- KIRCHNER C.**, « Legal Instruments for Liberalising European Rail Freight Markets from 2007 », in *The Liberalization of Rail transport in the EU, Intereconomics*, 2006, pp. 295-298.
- KRAFFT J., SALIES E.**, « Why and how should new industries with high consumer switching costs be regulated? The case of broadband internet in France », in C. Ménard, M. Ghertman (Ed.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 327-350.
- LAFFONT J.-J.**, « La nouvelle économie de la réglementation. Dix ans après », in *Economie industrielle : développements récents, Revue d'économie industrielle*, numéro spécial, 1986, pp. 331-366.
- LASSERRE B.**, « Régulation, mode d'emploi », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs, Sociétal*, n°30, 2000, pp. 77-79.
- LASSERRE B.**, « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 239-251.
- LE GALL P.**, « Concurrence et régulation sur les marchés financiers », in N. Thirion (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larquier, 2007, pp. 21-43.
- LEHMANN E.**, « Régulation économique et démocratie politique : un point de vue d'économiste », in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 51-67.
- LÉVÊQUE F.**, « Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 179-193.

- LÉVÊQUE F.**, « The controversial choice of remedies to cope with microsoft anti-competitive behaviour », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 281-292.
- LÉVÊQUE F.**, « Les frontières du monopole naturel », in *Les services publics, Cahiers français*, n°339, La documentation française, juillet-août 2007, p. 53.
- LEVRATTO N.**, « Fonctionnement et impact du mécanisme de compensation des charges de service public de l'électricité sur l'offre d'énergie dans les zones non interconnectées », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 451-476.
- LEVY B., SPILLER P. T.**, « A framework for resolving the regulatory problem », in B. Levy, P. T. Spiller (Eds.), *Regulations, Institutions and Commitment, Comparative Studies of Telecommunications*, Cambridge, Cambridge University Press, USA, 1996, pp. 1-35.
- LIBECAP G. D.**, « Politics, Institutions, and Institutional Change », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 29-35.
- LIBECAP G. D.**, « A transactions-costs approach to the analysis of property right », in E. Brousseau, J.-M., Glachant (eds.), *The Economics of Contracts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 140-156.
- LIBECAP G. D.**, « The effect of transaction costs in the definition and exchange of property rights : two cases from the American experience », in E. Colombatto (Ed.), *The Elgar Companion to The Economics of property rights*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2004, pp. 108-126.
- LIBECAP G. D.**, « State Regulation of Open-Access, Common-Pool Resources », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 545-572.
- LIBECAP G. D.**, « Property rights allocation of common pool resources », in C. Ménard, M. Ghertman (Ed.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 27-44.
- LITTLECHILD S.**, « Competition and Regulation in the UK Electricity Market », in *L'ouverture des marchés de l'électricité en Europe, Economie publique*, 2004/1, pp.71-82.
- MARTIN F.**, « Concurrence et régulation dans l'industrie de la gestion d'actifs », in N. Thirion (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 45-66.
- MARTY F.**, « Déséquilibres et défaillances des marchés électriques. La libéralisation est-elle coupable ? », in *Les services publics, Cahiers français*, n°339, La documentation française, juillet-août 2007, p. 63-65.
- MATTEI U.**, « Property rights in civil law », in P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan reference limited, New York, Stockton Press, 1998, pp. 157-164.
- MÉNARD C.**, « L'inadaptation du droit de la concurrence à la concurrence réelle », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 245-254.
- MÉNARD C.**, « A New Institutional Approach to Organization », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 281-318.
- MÉNARD C.**, « Introduction », in C. Ménard (Ed.), *Transaction Costs and Property Rights, The international library of the new institutional economics*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, pp. xvii-xxiii.
- MÉNARD C.**, « Présentation », in D. C. North, *Le processus du développement économique*, Paris, Editions d'organisation, 2005, pp. 7-12.

- MÉNARD C.**, « Introduction », in C. Ménard, M. Ghertman (Ed.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 1-6.
- MÉNARD C.**, « From technical integrity to institutional coherence: regulatory challenges in the water sector », in C. Ménard, M. Ghertman (Ed.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 83-108.
- MÉNARD C., SHIRLEY M.**, « Introduction », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 1-18.
- MERCURO N.**, « La *common law*, l'efficacité et la *Law and Economics* institutionnaliste aux États-Unis », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 59-75.
- MÉRITET S.**, « Les transitions réglementaires dans les industries énergétiques », in *Les services publics, Cahiers français*, n°339, La documentation française, juillet-août 2007, pp. 58-63.
- MORIN F.**, « De l'établissement des normes à la mise en œuvre de la régulation du marché : l'exemple de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) », in *L'ouverture des marchés de l'électricité en Europe, Economie publique*, 2004/1, pp.137-157.
- MORIN F.**, « La régulation du secteur de l'énergie en France : état des lieux économiques », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 437-450.
- MOSCHEL W.**, « The New Institutional Economics meets Law and Economics. Comment », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 88-91.
- NEE V., SWEDBERG R.**, « Economic Sociology and New Institutional Economics », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 789-818.
- NEWBERRY D.**, « Refining market Design », in J.-M., Glachant, F. Levêque, *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 35-64.
- NORTH D. C.**, « Institutions and Credible Commitment », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 11-23.
- NORTH D. C.**, « Foreword », in B. Levy, P. T. Spiller (Eds.), *Regulations, Institutions and Commitment, Comparative Studies of Telecommunications*, Cambridge, Cambridge University Press, USA, 1996, p. vii.
- NORTH D. C.**, « Institutions and the Performance of Economies over time », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 21-30.
- NORTH D. C.**, « Institutions and a Transaction-Cost Theory of Exchange », in James E. Alt and Kenneth A. Shepsle (eds), *Perspectives on Positive Political Economy*, Chapter 7, Cambridge, Cambridge University Press, 182-94, reproduit in C. Ménard (Ed.), *Transaction Costs and Property Rights, The international library of the new institutional economics*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, pp. 135-149.
- OGUS A.**, « La réglementation : l'intérêt public et l'intérêt privé », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Editions Cujas, 2000, pp. 59-72.
- PENARD T., THIRION N.**, « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit », in N. Thirion (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 87-124.
- PERCEBOIS J.**, « La promotion des énergies renouvelables : prix garantis ou marché de certificats verts ? », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 521-540.

- PERROT A., BUREAU D.**, « Régulation des entreprises de réseau : présentation générale », in *Régulation des entreprises de réseaux, Economie et Prévision*, 1995, n°119, pp. 55-58.
- PERROT A.**, « Ouverture à la concurrence dans les réseaux. L'approche stratégique de l'économie des réseaux », in *Régulation des entreprises de réseaux, Economie et Prévision*, 1995, n°119, pp. 59-69.
- PERROT A.**, « Régulation politique de concurrence dans les réseaux électriques », in *L'ouverture des marchés de l'électricité en Europe, Economie publique*, 2004/1, pp.159-167.
- PERROT A.**, « L'exemple de l'évaluation économique de l'action des autorités de concurrence », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dirs.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, « Droit & Economie », 2005, pp. 137-143.
- PERROT A.**, « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 151-159.
- PERROT A.**, « Les critères d'appréciation de l'efficacité économique de la règle de droit », in S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dirs.), *L'efficacité économique du droit*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2010, pp. 41-48.
- POSNER R. A.**, « The New Institutional Economics Meets Law and Economics », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 73-87.
- POSNER R. A.**, « Reply », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 119-121.
- QUELIN B., RICCARDI D.**, « La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle », in *La régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, n° 109, 2004, pp. 65-82.
- REY P.**, « Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, pp. 17-28.
- ROLAND G.**, « Introduction », in G. Roland (Ed.), *Privatization, Successes and failures*, New York, Columbia, USA University Press, 2008, pp. 1-8.
- ROLAND G.**, « Private and Public Ownership in Economic Theory », in G. Roland (Ed.), *Privatization, Successes and failures*, New York, Columbia, USA University Press, 2008, pp. 9-31.
- ROTHENGATTER W.**, « Issues of Interoperability in the European Railway System », in *The Liberalization of Rail transport in the EU, Intereconomics*, 2006, pp. 306-311.
- RUBIN P.**, « Legal Systems as Frameworks for Market Exchanges », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 205-228.
- SCOTT K. E.**, « The New Institutional Economics Meets Law and Economics. Comment » in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 92-95.
- SERVERIN E.**, « Les marchandages sur les droits litigieux », in T. Kirat, E. Serverin (dirs.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 111-131.
- SHELANSKI H. A.**, « Vertical relations and 'neutrality' in broadband communications: neither market nor hierarchy? », in C. Ménard, M. Ghertman (Ed.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 151-169.
- SMEERS Y.**, « Marchés organisés et marchés de gré à gré en électricité », in *L'ouverture des marchés de l'électricité en Europe, Economie publique*, 2004/1, pp.117-135.
- SPILLER P. T., TOMMASI M.**, « The Institutions of Regulation : An Application to Public Utilities », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 515-543.

- STÉPHAN P.**, « L'évolution du cadre d'exercice des marchés réglementés et de leurs autorités en Europe. Bilan et perspectives », in N. Thirion (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 67-83.
- STIGLITZ J. E.**, « Foreword », in G. Roland (Ed.), *Privatization, Successes and failures*, New York, Columbia, USA University Press, 2008, pp. ix-xix.
- THOUVENIN V.**, « L'évolution du fonctionnement concurrentiel des marchés de masse électriques et gaziers : vers un marché "bi-énergie" », in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2006, pp. 503-520.
- TRAINAR P.**, « L'économiste et le régulateur », in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs, Société*, n°30, 2000, pp. 82-85.
- VASCONCELOS J.**, « Foreword », in P. D. Cameron (Ed.), *Legal aspects of EU energy regulation, implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, USA, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. vii-ix.
- VASCONCELOS J.**, « Postface : design and regulation of EU energy markets – between competition and common energy policy », in J.-M. Glachant, F. Levêque (dirs.), *Electricity Reform in Europe. Towards a Single Energy Market*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 325-336.
- VICKERS J.**, « Privatization », in P. Newman (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan reference limited, New York, Stockton Press, 1998, pp. 122-125.
- WILLIAMSON D. V.**, « Adaptation in long-term exchange relations: evidence from electricity marketing contracts », in C. Ménard, M. Ghertman (Ed.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 289-326.
- WILLIAMSON O. E.**, « Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics », in E. G. Furubotn, R. Richter (dirs.), *The New Institutional Economics. Recent Progress ; Expanding Frontiers, Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No. 1, 1993, pp. 99-118.
- WILLIAMSON O. E.**, « Transaction Cost Economics », in C. Ménard, M. Shirley (dirs.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, 2005, pp. 41-65.
- WILLIAMSON O. E.**, « Transaction cost economics: the precursors », in C. Ménard, M. Ghertman (Ed.), *Regulation, Deregulation, Reregulation, Institutional Perspectives. Advances in New Institutional Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 9-26.

E. Articles, workpapers

- AL-SUNAIIDY A., GREEN R.**, « Electricity deregulation in OECD countries », *Energy*, 2006, pp. 769-787.
- BARALE F.**, « Critique de la nouvelle économie des réseaux et de son principe de séparation de l'infrastructure et des services », *Revue d'économie industrielle*, n° 91, 2000, pp. 7-24.
- BAZZOLI L., KIRAT T.**, « Deux regards non hayekiens sur l'efficacité et la sélection des règles juridiques : l'économie institutionnaliste et l'analyse économique du droit », *Archives de philosophie du droit, Tome 42, 1997*, pp.257-283.
- BENNET M., WADDAMS PRICE C.**, « Incentive contracts in utility regulation », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, pp. 361-384.
- BERTRAND E., DESTAIS C.**, « Le "théorème de Coase", une réflexion sur les fondements micro-économiques de l'intervention publique », *Reflets et perspectives*, vol. 41, 2002/2, pp. 111-123.
- BONARDI J.-P.**, « Global and political strategies in deregulated industries: the asymmetric behaviors of former monopolies », *Strategic Management Journal*, 2004, pp. 101-120.
- BROUSSEAU E.**, « Néo-institutionnalisme, prix et normativité », *Économies et Société, « Oeconomia »*, Série Histoire de la pensée économique, P.E, n° 28, n°4/1999, pp. 5-30.

BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M., « Economie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, pp. 23-49.

CHABAUD D., PARTHENAY C., PEREZ Y., « Environnement institutionnel et trajectoire des entreprises : une analyse northienne de l'industrie électrique », workpaper GRJM, 2005, 21 p.
Disponible sur :

http://www.grjm.net/documents/Yannick-Perez/WP_CPP_2005.pdf

COASE R. H., « The Federal Communications Commission », *Journal of Law and Economics*, Volume 2, (1959), pp. 1-40.

COASE R. H., « L'économie néo-institutionnelle », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, pp. 51-54.

COMMONS J. R., « Law and Economics », *Yale Law Journal*, 1925, pp. 371-382.

CORIAT B., WEINSTEIN O., « Institutions, échanges et marchés », *Revue d'économie industrielle*, N° 107, 2004, pp. 37-62.

CURIEN N., « Service universel et concurrence : une cohabitation nécessaire », *Sociétal*, n° 30, 2000, pp. 86-90.

DANG-NGUYEN G., PENARD T., « Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droits de propriété », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, pp. 297-316.

DEFFAINS B., FERREY S., « Théorie du droit et analyse économique », *Droits*, 2007, pp. 223-254.

DEMSETZ H., « Why regulate utilities? », *The journal of Law and Economics*, 1968, pp. 55-65.

DEPRES C., GROLLEAU G., MZOUGH I N., « Analyse exploratoire de quelques stratégies de fourniture "non publique" des biens "publics" », *Cahiers d'économie et sociologie rurales*, 2005, pp. 28-45.

DJANKOV S., GLAESER E., LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F., SHLEIFER A., « The New Comparative Economics », *Policy Research Working Paper No. 3054*, 27 p.

Disponible sur :

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=390760#PaperDownload,

DUBOIS U., « Pablo Spiller et les principes du design institutionnel des réformes », workpaper GRJM, 2007, 33 p.

Disponible sur :

www.grjm.net/documents/Ute-Dubois/Dubois_2007_06_24_WP-Spiller.pdf -, 2007,

DUBOIS U., SAPACLAN R., « Public service perspectives on reforms of electricity distribution and supply: a modular analysis », work paper GRJM, 2007, 34 p.

Disponible sur :

http://www.grjm.net/documents/Ute-Dubois/Dubois-Saplacan_2007_Public_service_perspectives_elec_distribution_Final.pdf

ELLICKSON R. C., « Law and Economics discovers social norms », *Journal of Legal Studies*, 1998, pp. 537-552.

ESTACHE A., GOICOEHEA A., MANACORDA M., « Telecommunications Performance, Reforms, and Governance », World Bank Policy Research Working Paper, n°3822, 2006, 23 p.

FARES M., SAUSSIER S., « Théorie des coûts de transaction *versus* théorie des contrats incomplets : quelles divergences ? », workpaper, 24 p.

Disponible sur :

<http://atom.univ->

[pa-](http://atom.univ-)

[ris1.fr/component?option=com_docman/Itemid,36/task,view_category/catid,27/order,dmname/asc,ASC](http://atom.univ-paris1.fr/component?option=com_docman/Itemid,36/task,view_category/catid,27/order,dmname/asc,ASC),

FINGER M., « The postal network between competition and Universal Service provision: possible scenarios for its evolution », *Competition and Regulation in Networks Industries*, 2006, pp. 29-48.

- FINGER M., GROENEWEGEN J., KUNNEKE R.**, « The quest for coherence between institutions and technologies in infrastructures », work paper PhD Course De-regulation and re-regulation in networks industries, ATOM, Paris 1, avril 2008, inédit, 25 p.
- FLACHER D., JENNEQUIN H., LORENZI J.-H.**, « Innovation, investment and Regulation: What are the options for Regulation in the near future ? », *Communications & strategies*, n°64, 2006, pp. 1-19.
- GENOUD C.**, « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », *Revue internationale de politique comparée*, 2004, pp. 187-204.
- GLACHANT J.-M.**, « Le Pool d'électricité en Grande-Bretagne : un arrangement institutionnel hybride », *Revue d'économie politique*, 1998, pp. 89-107.
- GLACHANT J.-M.**, « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *Revue économique*, 2002, pp. 425-435.
- GLACHANT J.-M.**, « Why regulate deregulated network industries? », *Journal of Network Industries*, 2002, pp. 297-311.
- GLACHANT J.-M.**, « Insatisfactions françaises sur le marché européen de l'électricité », workpaper 2007, 15 p.
Disponible sur :
<http://www.grjm.net/documents/JMG/papiers/Insatisfactions.pdf>
- GLACHANT J.-M.**, « Regulating networks in the new economy », *EUI Working Papers, RSCAS 2009/05*, Robert Schuman centre for advanced studies, Loyola de Palacio Programme on Energy Policy, 17 p.
Disponible sur :
<http://ideas.repec.org/p/erp/euirsc/p0207.html>
- GLACHANT J.-M., PEREZ Y.**, « Achieving electricity competitive reforms as a long term Governance Structure problem », workpaper 2007, 31 p.
Disponible sur :
http://www.grjm.net/documents/Yannick-Perez/Nice_GlachantPerez_June_15th_VDef.pdf
- GLACHANT J.-M., PEREZ Y.**, « Institutional Economics and Network Industry Deregulation Policy », working paper, 2007, 55 p.
Disponible sur :
http://www.grjm.net/documents/Yannick-Perez/WP/GlachantPerez_CUP_V6_14Janv2007.pdf
- GLAIS M.**, « Les accords inter-entreprises et le droit communautaire de la concurrence », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, pp. 335-360.
- GLAIS M.**, « Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence », *EDCE*, 2002, pp. 403-423.
- GUAL J., TRILLAS F.**, « Telecommunications Policies: Determinants and Impact », work paper IEB, 2004, 36 p.
Disponible sur :
<http://www.pcb.ub.es/ieb/aplicacio/fitxers/140982ART129.pdf>
- HOVENKAMP H.**, « The First Great Law & Economics Movement », *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, pp. 993-1058.
- KIRAT T.**, « Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique », 15 p.
Disponible sur :
www.idhe.ens-cachan.fr/TexteKirat.pdf
- LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., MUIZON (DE) G.**, « Comparing electricity transmission arrangements. Revisiting the main arguments from the economic literature to shed light on the EU 3rd Directive debate », Paris, juillet 2008, 59 p.
Disponible sur :
http://www.grjm.net/documents/marcelo/2008-07_Final_version_-_report_for_Endesa.pdf
- LÉVÊQUE F., GLACHANT J.-M., SAGUAN M., MUIZON (DE) G.**, « How to rationalize the debate about 'EU energy third package'? Revisiting criteria to compare electricity transmission

organizations », European University Institute working papers, Robert Schuman centre for advanced studies, RSCAS 2009/15, 11 p.

Disponible sur :

<http://cadmus.eui.eu/dspace/handle/1814/11028>

MACKAAY E., « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE*, 1986, pp. 43-88.

MARTY F., « Vers un *unbundling* dans le secteur électrique par l'intermédiaire des mesures correctives de nature structurelle ? », *Document de travail OFCE*, n°2009-27, Octobre 2009, 43 p.

MÉNARD C., « L'approche néo-institutionnelle : des concepts, une méthode, des résultats », *Cahiers d'économie politique*, 2003, pp. 103-115.

PENARD T., « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *RIDE*, 2002, pp. 293-312.

PERROT A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'économie*, n° 4/vol XVI, avril 2002, pp. 81-112.

POSNER R. A., « Social norms; social meaning, and economics analysis of law : a comment », *Journal of Legal Studies*, 1998, pp. 553-565.

SCHWARTZ A., « Contract theory and Theories of Contract Regulation », *Revue d'économie industrielle*, 2000, pp. 101-110.

STIGLER G., « Law or economics? », *Journal of Law & Economics*, vol. 35, 1992, pp. 455-468.

WILLIAMSON O. E., « Contract and economic organization », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, pp. 55-66.

WILLIAMSON O. E., « Transaction Cost Economics: the natural progression », *Nobel Prize Lecture*, 8 December 2009, disponible sur :

http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson-lecture.html

F. Dictionnaires

BEITONE A., DOLTO C., CAZORLA A., DRAI A.-M., *Dictionnaire des sciences économiques*, Paris, Armand Colin, 2001, 445 p.

Table des références de droit positif

La présente table des références présente l'intégralité des références de droit positif lues et utilisées pour l'élaboration de la thèse, non systématiquement indiquées en notes de bas de pages. Elle présente successivement le droit de l'Union européenne (§1), le droit interne (§2) et enfin seulement, en raison de sa faible importance quantitative, le droit international (§3).

§1. Droit de l'Union européenne

A. Textes

Traités et conclusions de conseils européens

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Conclusions de la présidence, Conseil européen de Bruxelles, 20 mars 2009.

Conclusions de la présidence, Conseil européen de Bruxelles, 23 mars 2005.

Conclusions de la présidence, Conseil européen de Lisbonne, 23 et 24 mars 2000.

Règlements

Règlement (UE) n° 994/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel et abrogeant la directive 2004/67/CE du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

Règlement (CE) n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE)

Règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) no 1228/2003

Règlement (CE) no 544/2009 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant le règlement (CE) n o 717/2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques

Règlement (CE) n° 1033/2008 de la Commission du 20 octobre 2008 modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n o 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

Règlement (CE) n° 717/2007 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et modifiant la directive 2002/21/CE.

Règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n o 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

Règlement (CE) n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

Règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale.

Règlement (CE) n° 1215/1999 du Conseil, du 10 juin 1999, modifiant le règlement n° 19/65/CEE concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées

Règlement (CE) n° 447/98 de la Commission du 1er mars 1998 relatif aux notifications, aux délais et aux auditions prévus par le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises

Règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises

Règlement (CE) n° 3384/94 de la Commission, du 21 décembre 1994, relatif aux notifications, aux délais et aux auditions prévus par le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, règlement d'application

Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises

Règlement (CEE) n° 2821/71 du Conseil, du 20 décembre 1971, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées

Règlement (CEE) n° 19/65 du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées

Règlement (CEE) n° 17/62 du Conseil du 21 février 1962, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité

Directives

Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques

Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs

Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE

Directive 2006/111 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises

Directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

Directive 2004/17 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE

Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques

Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès»)

Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation")

Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre").

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel")

Directive 2000/52/CE du Conseil du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques

Décision n° 128/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 1998 relative à l'introduction coordonnée dans la Communauté d'un système de communications mobiles et sans fil (UMTS) de troisième génération

Directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel

Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications

Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP)

Directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications

Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité

Directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications

Directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1995, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale

Directive 90/547/CE du Conseil, du 29 octobre 1990 relative au transit d'électricité sur les grands réseaux

Directive 90/377/CEE du Conseil du 29 juin 1990 instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité

Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication

Directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication

Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication

Directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques

Décisions

Décision n° 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision «spectre radioélectrique»)

Recommandations, communications, lignes directrices

Recommandation de la Commission européenne du 20 septembre 2010 sur l'accès réglementé aux réseaux d'accès de nouvelle génération (NGA), [SEC (2010) 1037]

Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2007/879/CE.

Explanatory note accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronics communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21 EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications network and services (Second Edition), C(2007) 5406.

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant le réexamen du cadre réglementaire EU pour les réseaux et services de communications électroniques {SEC(2006) 816} {SEC(2006) 817}, COM (2006) 334 final, du 29 juin 2006.

Recommandation de la Commission du 19 septembre 2005 concernant la séparation comptable et les systèmes de comptabilisation des coûts au titre du cadre réglementaire pour les communications électroniques, (2005/698/CE)

Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JO C 101 du 27 avril 2004

Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2003/311/CE.

Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2002/C, 165/03.

Communication, en application de l'article 19 paragraphe 3 du règlement no 17 du Conseil et de l'article 3 du protocole 21 de l'accord sur l'Espace économique européen, concernant une demande d'attestation négative ou d'exemption en vertu de l'article 85 paragraphe 3 du traité CE et de l'article 53 paragraphe 3 de l'accord sur l'EEE Affaire no IV/35.617

Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications CADRE GÉNÉRAL, MARCHÉS EN CAUSE ET PRINCIPES (98/C 265/02)

B. Jurisprudence et décisions

Cour de justice de l'Union européenne et Cour de justice des communautés européennes

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) du 5 mai 2011, *Deutsche Telekom AG contre Bundesrepublik Deutschland*, C-543/09.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) du 10 mars 2011, *Telefónica Móviles España SA contre Administración del Estado et Secretaría de Estado de Telecomunicaciones*, C-85/10.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) du 3 mars 2011, *Commission européenne contre Royaume de Belgique.*, C-134/10.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) du 17 février 2011, *The Number Ltd et Conduit Enterprises Ltd contre Office of Communications et British Telecommunications plc*, C-16/10.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 9 décembre 2010, *Fluxys SA contre Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG)*, C-241/09.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) du 7 octobre 2010, *Commission européenne contre République portugaise*, C-154/09.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 6 octobre 2010, *Base NV e.a. contre Ministeraad*, C-389/08.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 6 octobre 2010, *Commission européenne contre Royaume de Belgique*, C-222/08.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 1er juillet 2010, *Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. contre Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, C-99/09.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 8 juin 2010, *The Queen, à la demande de Vodafone Ltd et autres contre Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-58/08.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) du 6 mai 2010, *Commission européenne contre République de Pologne*, C-545/08.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 20 avril 2010 *Federutility*, C-265/08.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 18 mars 2010, *Rosalba Alassini contre Telecom Italia SpA (C-317/08)*, *Filomena Califano contre Wind SpA (C-318/08)*, *Lucia Anna Giorgia Iacono contre Telecom Italia SpA (C-319/08)* et *Multiservice Srl contre Telecom Italia SpA (C-320/08)*, Affaires jointes C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) du 11 mars 2010, *Telekommunikacja Polska SA w Warszawie contre Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, C-522/08.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 9 mars 2010, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-518/07.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (sixième chambre) du 4 février 2010, *Commission européenne contre Royaume de Suède*, C-185/09.

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième chambre) du 3 décembre 2009, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-424/07.

Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (deuxième chambre) du 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland Oyj*, C-192/08.

Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (sixième chambre) du 29 octobre 2009, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, C-474/08.

Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (quatrième chambre) du 29 octobre 2009, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Suède*, C-274/08.

Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (huitième chambre) du 30 avril 2009, *Lidl Magyarország Kereskedelmi bt contre Nemzeti Hírközlési Hatóság Tanácsa*, C-132/08.

Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (quatrième chambre) du 12 mars 2009, *Commission des Communautés européennes contre République portugaise*, C-458/07.

Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (cinquième chambre) du 22 janvier 2009, *Commission des Communautés européennes contre République de Pologne*, C-492/07.

Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (septième chambre) du 15 janvier 2009, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, C-539/07.

Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (huitième chambre) du 9 octobre 2008, *Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas*, C-230/07.

Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (troisième chambre) du 9 octobre 2008, *Procédure de contrôle de constitutionnalité introduite par Julius Sabatauskas e.a.*, C-239/07.

Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes, *Commission des Communautés européennes/République française* du 19 juin 2008, C-220/07.

- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (troisième chambre) du 22 mai 2008, Procédure de gestion de l'énergie citiworks AG, C-439/06.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (quatrième chambre) du 24 avril 2008, *Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (huitième chambre) du 21 juin 2007, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-358/05.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (grande chambre) du 6 mars 2007, *Placanica*, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (grande chambre) du 28 novembre 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, C-414/04.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (grande chambre) du 28 novembre 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, C-413/04.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (quatrième chambre) du 28 septembre 2006, *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, C-353/05.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (deuxième chambre) du 13 juillet 2006, *Mobistar SA contre Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, C-438/04.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water et autres contre Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie*, C-17/03.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européenne du 2 juin 2005, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, C-174/04.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européenne du 5 octobre 2004, *Caixa Bank France c. Min. de l'économie, des finances et de l'industrie*, C-442/02 (grande chambre)
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (cinquième chambre) du 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG contre NDC Health GmbH & Co. KG.*, C-418/01.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nabverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*, C-280/00
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 4 juin 2002, *Commission contre République française*, C-483/99
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 4 juin 2002, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, C-503/99.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 4 juin 2002, *Commission des Communautés européennes contre Royaume du Portugal*, C-367/98.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contre Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, C-309/99.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 13 décembre 2001 *Telefónica de España / Administración General del Estado*, C-79/00.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 21 septembre 1999, *Albany International BV contre Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C 67/96
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 1 juin 1999, *Konle*, C-302/97
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (sixième chambre) du 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contre Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, C-7/97.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (deuxième chambre) du 1er octobre 1998, *Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C. contre Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl.*, C638/97.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 23 octobre 1997, *Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas, République italienne, République française et Royaume d'Espagne*, Affaire jointes C-157/94, C-158/94, C-159/94, C-160/94
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 9 novembre 1995, *Procédure pénale contre Thierry Tranchant et Téléphone Store SARL*, C-91/94.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (sixième chambre) du 5 octobre 1995, *Centro Servizi Speditoporto Srl contre Spedizioni Marittima del Golfo Srl*, C-96/94
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 6 avril 1995, *Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission des Communautés européennes*, Affaires jointes C-241/91 P et C-242/91 P.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, C-393/92.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 27 octobre 1993, *Procédure Pénale contre Decoster*, C-69/91.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 27 octobre 1993, *M. le Procureur du Roi contre Jean-Marie Lagache et autres*, Affaires jointes C-46/90 et C-93/91.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, C-320/91

- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 13 décembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM S.A.*, C-18/88.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*, C-269/89.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 19 mars 1991, *France contre Commission*, C-202/88.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (sixième chambre) du 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Industries Inc. contre Commission des Communautés européennes*, Affaires jointes 142 et 156/84.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, C-161/84.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 3 octobre 1985, *CBEM, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion S.A et al.*, C-311/84.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 20 mars 1985, *République Italienne contre Commission*, C-41/83.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 6 novembre 1984, *Fearon contre Irish Land Commission*, C-182/83.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 6 juillet 1982, République française, République italienne et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission des communautés européennes, Affaires jointes 188/80 à 190/80.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes*, C- 26/76.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, Affaire 155-73. Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*, C- 6/72.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 27 (21) mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*.
- Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, C- 6/64.

Tribunal de première instance des communautés européennes

- Ordonnance du Tribunal de première instance (cinquième chambre) du 10 mars 2005, *IMS Health, Inc. contre Commission des Communautés européennes*, T-184/01.
- Arrêt du Tribunal de première instance (deuxième chambre) du 28 septembre 2004, *MCI, Inc. contre Commission des Communautés européennes*, T-310/00.
- Arrêt du Tribunal de première instance (troisième chambre) du 30 septembre 2003, *Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) contre Commission des Communautés européennes*, T-158/00.
- Arrêt du Tribunal de première instance (troisième chambre) du 8 juillet 2003, *Verband der freien Rohrwerke eV, Eisen- und Metallwerke Ferndorf GmbH et Rudolf Flender GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes*, T-374/00.
- Arrêt du Tribunal de première instance (troisième chambre) du 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) contre Commission des Communautés européennes*, T-112/99.
- Arrêt du Tribunal de première instance (troisième chambre) du 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris contre Commission des Communautés européennes*, T-128/98.
- Arrêt du Tribunal de première instance (cinquième chambre élargie) du 25 mars 1999, *Gencor Ltd contre Commission des Communautés européennes*, T-102/96.
- Arrêt du Tribunal de première instance (deuxième chambre) du 15 septembre 1998, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) contre Commission des Communautés européennes*, Affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94.
- Arrêt du Tribunal de première instance (deuxième chambre élargie) du 12 juin 1997, *Tiervé Ladbroke SA contre Commission des Communautés européennes*, T-504/93.
- Arrêt du Tribunal de première instance (première chambre) du 18 novembre 1992. *Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV et Regionaal Energiebedrijf Salland NV contre Commission des Communautés européennes*, T-16/91.

Commission européenne

Commission Decision 32009M5519 of 13/10/09 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.5519 – E.ON/ ELECTRABEL ACQUIRED ASSETS) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Commission Decision 32009M4998 of 11/03/2009 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.4998 - EDF/ EnBW/ ERSA) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Commission Decision 32009M4993 of 11/03/2009 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.4993 - EDF/ EnBW/ KOGENERACJA) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Commission Decision 32008M5224 of 22/12/2008 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.5224 – EdF/ British Energy) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Commission Decision 32008M5170 of 19/06/2008 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.5170 - E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO) according to Council Regulation (EEC) No 139/2004 (Only the English text is authentic)

Commission Decision 32007M4672 of 06/08/2007 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.4672 - E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Décision 2007/217/CE de la Commission du 22 novembre 2006 concernant des aides d'Etat mises à exécution par la France en faveur du laboratoire national de métrologie et d'essais

Décision de la Commission du 9 novembre 2006 modifiant l'annexe du règlement (CE) n°1228/2003 concernant les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité.

Commission Decision 32006M4127 of 31/08/2006 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.4127 - EDISON / EDF ENERGIA ITALIA) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Décision 2005/842/CE: Décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [notifiée sous le numéro C(2005) 2673]

Commission Decision 32005M3729 of 12/08/2005 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.3729 - EDF / AEM / EDISON) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Décision 2004/33/CE de la Commission du 27 août 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/37.685 GVG/FS)

Décision de la Commission 2003/707/CE: du 21 mai 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaires COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG)

Commission Decision 32002M3007 of 18/12/2002 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.3007 - E.ON / TXU EUROPE GROUP) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Commission 32002M2890 Decision of 25/07/2002 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.2890 - EDF / SEEBOARD) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Décision 2002/792/CE de la Commission du 20 décembre 2001 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec l'accord EEE (Affaire COMP/M.2533 — BP/E.ON) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

Commission Decision 32001M2679 of 20/12/2001 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.2679 - EDF / TXU EUROPE / 24 SEVEN) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Commission Decision 32001M2675 of 20/12/2001 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.2675 - EDF / TXU EUROPE / WEST BURTON POWER STATION) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Décision 2002/165/CE de la Commission du 3 juillet 2001 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaire COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS HEALTH)

Décision de la Commission du 7 février 2001 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec l'accord EEE (Affaire COMP/M.1853 — EDF/EnBW)

Décision 2001/718/CE de la Commission du 11 octobre 2000 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec l'accord EEE (Affaire n° COMP/M.1845 — AOL/Time Warner)

Commission Decision 32000M2209 of 29/11/2000 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.2209 - EDF GROUP/COTTAM POWER STATION) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Décision de la Commission 32000M1673 du 13 juin 2000 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec l'accord EEE (Affaire COMP/M.1673. VEBA/VIAG)

Commission Decision 32000J0036 of 03/02/2000 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.36 - * TXU EUROPE / EDF-LONDON INVESTMENTS) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Décision 2000/600/CE de la Commission du 10 novembre 1999 portant autorisation conditionnelle de l'aide accordée par l'Italie aux banques publiques siciliennes Banco di Sicilia Sicilcassa

Décision 2001/98/CE de la Commission du 13 octobre 1999 déclarant une opération de concentration incompatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (Affaire IV/M.1439 — Telia/Telenor).

Décision de la Commission 31999M1557 du 28/09/1999 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N IV/M.1557 - *** EDF/LOUIS DREYFUS) sur base du Règlement (CEE) N 4064/89 du Conseil.

Commission decision 31999M1606 of 19/07/1999 declaring a concentration t compatible with the common market (Case No IV/M.1606 - EDF/SO WESTERN ELECTRICITY) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Décision 2001/89/CE du 23 juin 1999 portant approbation conditionnelle de l'aide accordée par la France au Crédit Foncier de France Commission

Decision 31999M1346 of 27/01/1999 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.1346 - EDF/LONDON ELECTRICITY) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Only the English text is authentic)

Décision 99/288/CE de la Commission du 29 juillet 1998 portant approbation conditionnée de l'aide accordée par l'Italie à Banco di Napoli

Décision 97/781/CE de la Commission du 29 octobre 1997 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire n° IV/35.738 - Uniworld)

Décision 97/780/CE de la Commission du 29 octobre 1997 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire n° IV/35.830 - Unisource)

Décision 98/204/CE de la Commission du 30 juillet 1997 portant approbation conditionnée des aides accordées par la France au groupe GAN

Décision 98/212/CE de la Commission du 16 avril 1997 concernant les aides accordées par l'Italie à Enirisorse S.p.A

Décision n° 1254/96/CE du Parlement Européen et du Conseil du 5 juin 1996 établissant un ensemble d'orientations relatif aux réseaux transeuropéens dans le secteur de l'énergie

Décision 96/546/CE de la Commission du 17 juillet 1996 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE

Décision 95/489/CE de la Commission du 4 octobre 1995, relative aux conditions imposées au second opérateur de radiotéléphonie GSM en Italie.

Décision 95/547 CE du 26 juillet 1995 portant approbation conditionnée de l'aide accordée par la France à la banque Crédit Lyonnais

Décision de la Commission du 20/07/1995 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N IV/M.616 - Swissair / Sabena (II)) sur base du Règlement (CEE) N 4064/89 du Conseil.

Décision 96/115/CE de la Commission du 21 juin 1995 concernant l'aide accordée par l'Italie à l'entreprise Enichem Agricoltura S.p.A

Décision de la Commission du 28 mars 1994 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N IV/M.425 - BS / BT) sur base du Règlement (CEE) N 4064/89 du Conseil.

Décision 94/119/CE de la Commission, du 21 décembre 1993, relative au refus d'accès aux installations du port de Rødby (Danemark)

Décision 94/19/CE de la Commission, du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.689 - Sea Containers contre Stena Sealink)

Décision 91/50/CEE de la Commission, du 16 janvier 1991, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE [IV/32.732 - IJsselcentrale (IJC) et autres]

Décision 88/454 de la Commission du 29 mars 1988 concernant les aides accordées par la gouvernement français au groupe Renault, entreprise produisant essentiellement des véhicules automobiles

Décision 88/143/CEE: Décision de la Commission du 22 décembre 1987 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.206 - Rich Products/Jus-rol)

Décision 75/95/CEE de la Commission, du 20 décembre 1974, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité instituant la Communauté économique européenne (IV/C/26872 - SHV - Chevron)

Décision 72/21/CEE de la Commission, du 9 décembre 1971, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/26 811 - Continental Can Company)

Décision 70/488/CEE: Décision de la Commission, du 28 octobre 1970, relative à des procédures au titre de l'article 85 du traité C.E.E (IV/10.498, 11.546, 12.992, 17.394, 17.395, 17.971, 18.772, 18.888 et ex 3.213 -Omega)
Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03)

§2. Droit interne

A. Textes

Codes

Code de l'action sociale et des familles
Code civil
Code de l'énergie
Code de commerce
Code de justice administrative
Code de la consommation
Code de la propriété intellectuelle
Code de la propriété des personnes publiques
Code des postes et des communications électroniques
Code des transports
Code général des collectivités territoriales
Code monétaire et financier

Lois et ordonnances

Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques
Projet d'ordonnance relative aux communications électroniques portant transposition des directives des directives 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 et 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 soumis à consultation jusqu'au 20 juillet 2011.
Ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie
Loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques
Loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne
Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité
Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports
Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière
Loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution.
Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne
Loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique
Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports
Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet
Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision
Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence
Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie
Loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008.
Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie
Loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie
Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises
Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information
Loi n°2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire.

Loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique
Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité
Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle
Loi n°2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie
Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière
Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques
Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité
Loi n°97-1026 du 10 novembre 1997 portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier
Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications
Loi n°89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication
Ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence
Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication
Loi n°85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence
Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs
Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle
Loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante.
Loi n°66-457 du 2 juillet 1966 relative à l'installation d'antennes réceptrices de radiodiffusion
Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz

Décrets et arrêtés

Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil
Décret n° 2009-89 du 23 janvier 2009 modifiant le décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 relatif aux procédures applicables devant la Commission de régulation de l'énergie.
Décret n° 2007-1557 du 2 novembre 2007 relatif aux installations nucléaires de base et au contrôle, en matière de sûreté nucléaire, du transport de substances radioactives
Décret n° 2006-1731 du 23 décembre 2006 approuvant le cahier des charges type de concession du réseau public de transport d'électricité.
Décret n°2006-1016 du 11 août 2006 relatif aux cessions d'autorisations d'utilisation des fréquences
Décret n° 2006-268 du 7 mars 2006 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation des réseaux et à la fourniture de services de radiocommunications mobiles
Décret n° 2005-606 du 27 mai 2005 relatif aux annuaires et aux services de renseignements et modifiant le code des postes et des communications électroniques
Décret n°2005-63 du 27 janvier 2005 relatif aux tarifs de cession de l'électricité aux distributeurs non nationalisés
Décret n° 2001-366 du 26 avril 2001 relatif aux lignes directes mentionnées à l'article 24 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité
Décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 relatif aux procédures applicables devant la Commission de régulation de l'électricité.
Décret no 96-499 du 7 juin 1996 pris en application du dernier alinéa de l'article 10 de l'ordonnance no 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relatif aux accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité dans le domaine agricole
Décret no 96-500 du 7 juin 1996 pris en application du dernier alinéa de l'article 10 de l'ordonnance no 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relatif aux accords entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise
Décret du 23 décembre 1994 approuvant le cahier des charges type de la concession à Electricité de France du réseau d'alimentation générale en énergie électrique

Arrêté du 14 juin 2011 relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans les bandes 800 MHz et 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile terrestre
Arrêté du 3 décembre 2002 autorisant la société Bouygues Télécom à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public
Arrêté du 18 juillet 2001 autorisant la société Orange France à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public
Arrêté du 18 juillet 2001 autorisant la Société française du radiotéléphone à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public

Ministère de l'économie, au titre du contrôle des concentrations

Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie de l'emploi C2008-59 du 22 août 2008, au conseil de la société Iliad SA, relative à une concentration dans le secteur des télécommunications électroniques.

Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi C2007-181 du 15 avril 2008, aux conseils de la société française du Radiotéléphone SA, relative à une concentration dans le secteur des télécommunications.

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi C2007-150 du 23 novembre 2007, aux conseils des sociétés SFR et Somart, relative à une concentration dans le secteur des produits et services de téléphonie mobile.

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi C2007-92 du 13 août 2007, au Président Directeur Général de la société Bouygues Telecom, relative à une concentration dans le secteur des télécommunications à partir de terminaux et des équipements de téléphonie mobile.

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi C2007-68 du 25 juin 2007, aux conseils de la société Neuf Cegetel, relative à une concentration dans le secteur du marché de la fourniture d'accès à Internet

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie C2006-108 du 26 octobre 2006, au conseil de la société Neuf Cegetel SA, relative à une concentration dans le secteur des services d'accès à internet.

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie C2005-44 du 12 août 2005, aux conseils de la société Neuf Telecom, relative à une concentration dans le secteur des communications électroniques.

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie C2005-31 du 12 mai 2005 aux conseils de la société Telecom Italia relative à une concentration dans le secteur des communications électroniques

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie C2004-169 du 13 décembre 2004 au conseil du FCPR Apax France VI relative à une concentration dans le secteur de la téléphonie dans les départements d'outre-mer

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 24 novembre 2003, aux conseils des sociétés de gestion des fonds Permira Europe III et Apax Europe V, relative à une concentration dans le secteur de la fourniture de capacités de transmission par satellite

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 9 octobre 2003, au conseil de la société Cegetel, relative à une concentration dans le secteur des télécommunications

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 15 septembre 2003 au conseil de la société Jet Multimedia relative à une concentration dans le secteur de la fourniture de services de télécommunication

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 29 juillet 2003 aux conseils de la société Tiscali Telecom relative à une concentration dans le secteur des services d'accès à internet

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 22 mai 2003, aux conseils de la société Andrew Corporation, relative à une concentration dans le secteur de la fourniture d'équipements de télécommunication

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 22 avril 2003 au conseil de la société LDCom relative à une concentration dans le secteur des infrastructures et des services de télécommunications

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 27 février 2003 aux conseils de la société Iliad relative à une concentration dans le secteur des services de télécommunications (cartes prépayées)

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 2 octobre 2002 au conseil de la société Louis-Dreyfus Communications relative à une concentration dans le secteur des télécommunications

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 7 août 2002, au conseil de la société Louis Dreyfus Communications SA, relative à une concentration dans le secteur des télécommunications

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 26 avril 2002, aux conseils des sociétés TDF et BOUYGTELECOM, relative à une concentration dans le secteur des équipements de télécommunication mobile

B. Jurisprudence

Conseil constitutionnel

Décision du Conseil constitutionnel n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au défenseur des droits*

Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*

Décision du Conseil constitutionnel n°2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*

Décision du Conseil constitutionnel n°2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*

Décision du Conseil constitutionnel n°2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*

Décision du Conseil constitutionnel n°2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*

Décision du Conseil constitutionnel n°2004-501 DC du 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*

Décision du Conseil constitutionnel n°2004-511 DC du 29 décembre 2004, *Loi de finances pour 2005*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-497 DC du 01 juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*
 Décision du Conseil constitutionnel n°2002-464 DC du 27 décembre 2002, *Loi de finance pour 2003*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 99-425 DC du 29 décembre 1999 *Loi des finances rectificative pour 1999*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 91-304 DC du 15 janvier 1992 *Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Liberté de communication*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative à l'exploitation des services de radiotélévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 82-150 DC du 30 décembre 1982 *Loi d'orientation des transports intérieurs*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 82-139 DC du 11 février 1982 *Loi de nationalisation*
 Décision du Conseil constitutionnel n° 82-132 DC du 16 janvier 1982 *Loi de nationalisation*
 Décision du Conseil constitutionnel 76-94 L du 2 décembre 1976
 Décision n° 62-20 DC du 06 novembre 1962 *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*

Conseil d'État

➤ Arrêts

Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 03 août 2011, *Société BLS* n° 337127, Inédit au recueil Lebon
 Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 03 août 2011, *Syndicat national des installateurs en radio-communications*, n° 337740, Mentionné dans les tables du recueil Lebon.
 Arrêt du Conseil d'État, 9ème et 10ème sous-sections réunies, du 28 juillet 2011, *Poweo*, n° 317750, Inédit au recueil Lebon
 Arrêt du Conseil d'État, 9ème et 10ème sous-sections réunies, du 28 juillet 2011, *Poweo*, n° 321551, Inédit au recueil Lebon
 Arrêt du Conseil d'État, 9ème et 10ème sous-sections réunies, du 28 juillet 2011, *Poweo*, n° 328423, Inédit au recueil Lebon
 Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 26 juillet 2011, *SFR*, n°349043, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
 Arrêt du Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 13 juillet 2011, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévision indépendantes*, n°347030, Publié au recueil Lebon
 Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 01er juin 2011, *SFR*, n°336533, Inédit au recueil Lebon
 Arrêt du Conseil d'État, 9ème et 10ème sous-sections réunies, du 3 mai 2011, *SA Voltalis*, n° 331858, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
 Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 28 mars 2011, *Caisse d'Épargne de Normandie*, n°319327, Inédit au recueil Lebon
 Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 18 février 2011, *M. Genet*, n°316854, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
 Ordonnance du Conseil d'État, du 28 janvier 2011, *Société Ciel et terre et autres*, n°344973, Inédit au recueil Lebon
 Arrêt du Conseil d'État, 1ère et 6ème sous-sections réunies, du 17 novembre 2010, *Société Arthus Consulting*, n°320827, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
 Arrêt du Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, du 29 octobre 2010, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche*, n° 338001, Mentionné dans les tables du recueil Lebon.
 Arrêt du Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 22 octobre 2010, *Société Vortex*, n°324614, Inédit au recueil Lebon

- Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 12 octobre 2010, *Société Bouygues Télécom*, n°332393, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 09 juillet 2010, *Société Canal + Distribution*, n°335336, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, du 1er juillet 2010, *Sté Poweo*, n°321595, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 6ème sous-section jugeant seule, du 12 mai 2010, *Sca Pyrénées porcs*, n°320842, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 1ère et 6ème sous-sections réunies, du 09 avril 2010, *Commission départementale d'aide sociale de l'Ariège*, n°329759, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 2 avril 2010, *MédiaServ*, n°319816, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 1ère et 6ème sous-sections réunies, du 30 décembre 2009, *Commune de Sucy-en-Brie*, n°333704, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 24 juillet 2009, *Société Orange France et Société française de radiotéléphonie*, n°324642 et 324687, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 27 avril 2009, *Bouygues Télécom*, n°312741, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 17 décembre 2008, *Société Oddo et Compagnie* n°316000, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, Section du Contentieux, du 06 juin 2008, *Société Tradition Securities and Futures*, n°299203, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 3ème et 8ème sous-sections réunies, du 26 mai 2008, *Société Norelec*, n°288583, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 19 mai 2008, *UFC Que Choisir*, n°311197, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 04 avril 2008, *Stade Rennais*, n°308561, Mentionné dans les tables du recueil Lebon.
- Arrêt du Conseil d'État, Section du contentieux, du 30 novembre 2007, *Timez et autres*, n°293952, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 30 mai 2007, *Société Tradition Securities and futures*, n°293423, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 29 décembre 2006, *UPC France*, n°288251, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 10ème et 9ème sous-sections réunies, du 11 décembre 2006, *Pessey*, n° 278806, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 13 novembre 2006, *Société Free SAS*, n°291691, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, Section du Contentieux, du 27 octobre 2006, *M. P et autres*, n°276069, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 30 juin 2006, *France Télécom*, n°289564, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 3ème et 8ème sous-sections réunies, du 12 juin 2006, *Baudouy*, n°269407, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, Assemblée, du 31 mai 2006, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, n° 275531, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 31 mars 2006, *Robert*, n°276605, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 8ème et 3ème sous-sections réunies, du 27 février 2006, *Krempff*, n°257964, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État du 5 décembre 2005, n°277441, 277443 et 277445, *UFC Que Choisir ?*, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 30 mai 2005, *Afors Télécom*, n°250516, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Ordonnance du Conseil d'État, Juge des référés, du 27 mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n°280866, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, Section du contentieux, du 25 février 2005, *France Télécom*, n°247866, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 23 mars 2005, *Société financière Hottinguer*, n°260673, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, du 23 mars 2005, *ADAM*, n°267811, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, du 4 février 2005, *Procureur général près la Cour des Comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière*, n°269233, Mentionné dans les tables du recueil Lebon

- Arrêt du Conseil d'État du 8 mars 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent du Var*, n° 265144, Inédit au recueil Lebon
- Ordonnance du Conseil d'État du 19 janvier 2004, *Sté T-Online France*, n° 263012, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, du 5 novembre 2003, *Coopérative des agriculteurs de la Mayenne et Coopérative laitière Maine Anjou*, n°224941, Publié au recueil Lebon
- Ordonnance du Conseil d'État, du 20 octobre 2003, *Société Louis Dreyfus Communication*, n°260477, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, Section du Contentieux, du 17 octobre 2003, *Dugouin* n°237290, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 6^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, du 30 juillet 2003, *Banque d'Escompte et Wormser frères réunis*, n°238169, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 6^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, du 30 juillet 2003, *Société Dubus S.A.*, n° 240884, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 5 / 7 SSR, du 18 décembre 2002, *Association Promouvoir*, n°232273, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies, du 8 mars 2002, *Banque nationale de Paris*, n° 211327, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies, du 8 mars 2002, *Banque nationale de Paris*, n° 211328, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, du 22 février 2002, *Fonds d'intervention et d'organisation des marchés des produits de la pêche maritime et des cultures maritimes (FIOM)*, n°79601, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies, du 6 février 2002, *Bab Hamed*, n° 219383, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies, du 6 février 2002, *Doukouré*, n° 216172, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 9^{ème} sous-section, du 28 décembre 2001, *Sissoko*, n° 218954 et n° 220019, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, Assemblée, du 30 novembre 2001, *Diop*, n°212179, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, Assemblée, du 30 novembre 2001, *Ministre de l'économie contre Kechichian*, n°219562, Publié au recueil Lebon
- Ordonnance du juge des référés du Conseil d'État du 29 octobre 2001, *SA Lormines*, n° 238270, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, Assemblée, du 11 juillet 2001, *Ministre de la Défense c. Préaud*, n° 219312, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, Section, du 22 novembre 2000, *Société Crédit Agricole Indosuez Chevreux* n°207697, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, Section, du 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, n°180122, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, du 28 juillet 2000, *Dakar*, n°204025, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 2^{ème} sous-section, du 29 mars 2000, *Clinique Sainte-Isabelle*, n°171821, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, du 28 février 2000, *Nataf*, n° 193122, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, du 28 février 2000, *Société Edepis*, n°198114, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, Assemblée, du 3 décembre 1999, *Didier*, n°207434, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, du 10 novembre 1999, *Société coopérative agricole de Briennon* n°208119, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, du 10 novembre 1999, *Société coopérative agricole des producteurs du Sénonais*, n°208121, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, du 10 novembre 1999, *Société coopérative agricole de Cerepy* n°208122, Publié au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 2^{ème} et 6^{ème} sous-sections réunies, du 15 février 1999, *Centre chirurgical Pierre-Cherest*, n° 171836, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 3^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, du 30 décembre 1998, *Ragaigne*, n° 132975, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, du 6 avril 1998, *Union syndicale de la production audiovisuelle*, n°178445, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 7^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies, du 3 octobre 1997, *Section de commune d'Antilly*, n° 167898, Mentionné dans les tables du recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 3 SS, du 13 novembre 1991, *S.A TF1*, n°117819, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, du 16 octobre 1991, *S.A.R.L Société Diffusion Rhône-Alpes*, n°106247, Inédit au recueil Lebon
- Arrêt du Conseil d'État, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, du 27 septembre 1991, *S.A.R.L Société Diffusion Rhône-Alpes*, n°105232, 106244 et 106301, Publié au recueil Lebon

➤ Avis

Avis Conseil d'État, Assemblée, du 29 avril 2010, n°323179, Publié au recueil Lebon
Avis du Conseil d'État n° 329173 du 4 décembre 2009, *Société Renil Sports*, Publié au recueil Lebon
Avis du Conseil d'État n°371558 du 8 septembre 2005
Avis du Conseil d'État du 26 août 1997

Tribunal des conflits

Arrêt du Tribunal des Conflits, *ERDF c/ Michel*, du 12 avril 2010, C3747, Publié au recueil Lebon
Arrêt du Tribunal des conflits, *Aéroports de Paris*, du 18 octobre 1999, n°03174, publié au recueil Lebon

Cour de cassation

Arrêt de la Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 14 décembre 2010, 09-67.371, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 mars 2009, 08-14.435 08-14.464, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre sociale, 5 juin 2008, n° 06-46.295 06-46.297, Publié au bulletin
Arrêt la Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile 1, du 22 novembre 2007, n° 06-17.048, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 23 octobre 2007, 06-17.852, Inédit
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 29 juin 2007, 07-10.303 07-10.354 07-10.397, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 12 décembre 2006, 05-19.610, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 10 mai 2006, 05-14.501, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 14 mars 2006, 05-11.232, Inédit
Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 8 novembre 2005, 04-16.857, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 12 juillet 2005, 04-12.388, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale, financière et économique) en date du 12 juillet 2004 relatif au pourvoi formé par la Compagnie générale des eaux (CGE) en cassation d'un arrêt rendu le 18 février 2003 par la cour d'appel de Paris (1^{re} chambre civile, section H) au profit du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du Conseil de la concurrence contre la décision n° 02-D-44 du Conseil de la concurrence en date du 11 juillet 2002 relative à des pratiques concernant la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à la concurrence
Arrêt de la Cour de Cassation, 2^{ème} Chambre civile, du 23 octobre 2003, 02-16.303, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de Cassation, 3^{ème} Chambre civile, du 1 octobre 2003, 02-14.958, Inédit
Arrêt de la Cour de Cassation, 3^{ème} Chambre civile, du 5 février 2003, 01-14.150, Inédit
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 4 décembre 2001, 99-16.642, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 14 novembre 2000, 99-84.522, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, du 7 novembre 2000, 98-17.731, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale, financière et économique) en date du 18 avril 2000 relatif au pourvoi formé par la SA France Télécom contre l'arrêt rendu le 15 mars 1999 par la cour d'appel de Paris (1^{re} chambre civile, section H) concernant le recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 99-MC-01 du Conseil de la concurrence en date du 12 janvier 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société NC Numéricable
Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 25 janvier 2000, 97-20.199, Inédit
Arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale, financière et économique) en date du 5 octobre 1999 relatif aux pourvois formés par la SNC Campenon Bernard SGE, les SA SOGEA Bouygues et autres contre l'arrêt du 6 mai 1997, rectifié par un arrêt rendu le 27 mai 1997 par la cour d'appel de Paris (chambre économique et financière) relatif aux recours formés par la société Bouygues SA et autres contre une décision du Conseil de la concurrence en date du 29 novembre 1995 relative à des pratiques d'entente relevées à l'occasion de marchés de grands travaux concernant des infrastructures routières ou ferroviaires, d'une part, lors des procédures de mise en concurrence pour la construction du pont de Normandie et d'autres ouvrages d'art, d'autre part, lors des procédures de mise en concurrence des lignes du TGV Nord, de son interconnexion et du TGV Rhône-Alpes
Arrêt de la Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 5 février 1999, Oury, n°97-16.440, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 24 mars 1998, 96-14.845, Inédit
Arrêt de la Cour de Cassation, 2^{ème} Chambre civile, du 12 novembre 1997, 96-10.603, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, du 26 novembre 1996, 94-20.055, Publié au bulletin
Arrêt de la Cour de Cassation, 2^{ème} Chambre civile, du 9 octobre 1996, 94-16.616, Publié au bulletin

Cour d'Appel de Paris

Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 23 juin 2011, n° 2010/23690, *NC Numéricâble et Numéricâble c./ France Telecom*

Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 7 septembre 2010, n°222/55, *Poveo c RTE*.

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 29 octobre 2008 relatif au recours formé par la société Direct Energie contre la décision n° 07-D-43 du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 02 avril 2008 relatif au recours formé par les sociétés SFR SA et France Télécom SA contre la décision n° 04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom

Arrêt de la Cour d'appel de Paris, 30 janvier 2007, SFR c/ AFONE, 2006/07964.

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 12 décembre 2006 relatif au recours formé par les sociétés Bouygues Télécom SA, SFR SA et Orange SA contre la décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 4 juillet 2006 relatif au recours formé par la société France Télécom SA contre la décision 05-D-59 du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 21 mars 2006 relatif au recours formé par la société ILIAD contre la décision n° 05-D-421 du Conseil de la concurrence en date du 19 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services télématiques relatifs aux résultats et aux corrigés d'examens

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 12 avril 2005 relatif aux recours formés par la société France Télécom SA et la Société française du radiotéléphone (SFR) contre la décision n° 04-D-48 du Conseil de la concurrence en date du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Telecom

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 8 mars 2005 relatif au recours formé par la SA Électricité de France contre la décision du 3 juin 2004 rendue par la Commission de régulation de l'énergie

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 28 janvier 2005 relatif au recours formé par la société Orange Caraïbe contre la décision n° 04-MC-02 du Conseil de la concurrence en date du 9 décembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Bouygues Telecom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom, suivi d'un arrêt rectificatif d'erreur matérielle de la cour d'appel de Paris en date du 8 mars 2005

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 11 janvier 2005 relatif au recours formé par la société France Télécom SA contre la décision n° 04-D-18 du Conseil de la concurrence en date du 13 mai 2004 concernant l'exécution de la décision n° 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 29 juin 2004 relatif au recours formé par la SA 9TELECOM contre la décision n° 04-MC-01 du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés FREE, ILIAD, LDCOM et 9TELECOM

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 12 février 2004 relatif au recours formé par la S.A.R.L Société auxiliaire pour l'exploitation des marchandises Transports De Presse contre la décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société les Messageries Lyonnaises de Presse

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 20 janvier 2004 relatif au recours formé par la SA Completel contre la décision n° 03-0701 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 5 juin 2003 se prononçant sur un différend entre les sociétés France Télécom et Completel

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 18 février 2003 relatif au recours formé par la Compagnie générale des eaux contre la décision n° 02-D-44 du Conseil de la concurrence en date du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 21 mai 2002 relatif au recours formé par la SA Télédiffusion de France (TDF) contre la décision n° 02-MC-04 du Conseil de la concurrence en date du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 avril 2002 relatif au recours formé par la SA France Télécom contre la décision no 02-MC-03 du Conseil de la concurrence en date du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 30 mars 2000 relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision no 2000-MC-01 du Conseil de la concurrence en date du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau

Arrêt de la cour d'appel de Paris (première chambre, section H) en date du 29 juin 1999 relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 98-D-60 du Conseil de la concurrence en date du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 16 mars 1999 relatif au recours formé par la SARL Audiopresse contre une décision n° 98-0704 se prononçant sur un différend entre Audiopresse et France Télécom

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 16 mars 1999 relatif au recours formé par la SARL TOCOM contre une décision n° 98-0703 se prononçant sur un différend entre TO COM et France Télécom

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 16 mars 1999 relatif au recours formé par la SARL Even Média contre une décision n° 98-0705 se prononçant sur un différend entre Even Média et France Télécom

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 15 mars 1999 relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 99-MC-01 du Conseil de la concurrence en date du 12 janvier 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société NC Numéri Câble

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 15 décembre 1998 relatif au recours formé par la société Copper Communications contre une décision n°98-0506 se prononçant sur un différend entre Copper Communications et France Télécom

Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 septembre 1998 relatif au recours formés par les sociétés Coca-Cola Entreprise, Orangina France et Igloo Post Mix.

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 28 avril 1998 relatif au recours formé par la SA France Télécom contre une décision n° 97-0210 de l'autorité de régulation des télécommunications réglant un différend entre la Compagnie générale de vidéocommunication (CGV) et France Telecom

Arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 septembre 1997 relatif au recours formé par la société Héli-Inter Assistance contre une décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la S.A.R.L. Héli-Inter Assistance

C. Décisions et avis des autorités de régulation

Autorité de la concurrence et Conseil de la concurrence

➤ Décisions

Décision n° 11-D-05 de l'Autorité de la concurrence du 23 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques dans la zone Réunion – Mayotte

Décision n° 10-D-31 de l'Autorité de la concurrence du 12 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité

Décision n° 09-D-15 de l'Autorité de la concurrence du 2 avril 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société SFR concernant diverses pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'Internet haut débit (offre 'Unik')

Décision n° 09-D-14 de l'Autorité de la concurrence du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité

Décision n° 08-MC-01 de l'Autorité de la concurrence du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones

Décision n° 08-D-10 du Conseil de la concurrence du 7 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et France Télévisions dans le secteur de la télévision de rattrapage

Décision n° 08-D-02 du Conseil de la concurrence du 12 février 2008 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la Free SAS et concernant l'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom dans le cadre du déploiement de boucles locales optiques résidentielles de type FTTh

Décision n° 07-D-43 du Conseil de la concurrence du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Electricité de France

Décision n° 07-D-37 du Conseil de la concurrence du 7 novembre 2007 relative à une saisine de l'Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC) à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le Groupe France Télécom et sa filiale Orange dans le secteur de la distribution de téléphonie mobile

Décision n° 07-MC-04 du Conseil de la concurrence du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Energie

Décision n° 06-D-31 du Conseil de la concurrence du 20 octobre 2006 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Finegee à l'encontre du groupe Heineken France Boissons

Décision n° 06-D-30 du Conseil de la concurrence du 18 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Marseille

Décision n° 06-D-24 du Conseil de la concurrence du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France

Décision n° 06-D-18 du Conseil de la concurrence du 28 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique

Décision n° 06-D-13 du Conseil de la concurrence du 6 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché public de travaux pour la reconstruction du stade Armand Cesari à Furiani

Décision n° 06-D-08 du Conseil de la concurrence du 24 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de construction de trois collèges dans le département de l'Hérault

Décision 05-D-72 du Conseil de la concurrence du 20 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments

Décision n° 05-D-65 du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile

Décision n°05-D-59 du Conseil de la concurrence du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit

Décision n°05-D-42 du Conseil de la concurrence du 19 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services télématiques relatifs aux résultats ou aux corrigés d'examen

Décision n° 05-D-32 du Conseil de la concurrence du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution

Décision n°05-D-19 du Conseil de la concurrence du 12 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A 84, dite "Route des Estuaires", dans le département de la Manche

Décision n° 04-MC-02 du Conseil de la concurrence du 9 décembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom

Décision n° 04-D-67 du Conseil de la concurrence du 1er décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des téléphones mobiles et des abonnements de téléphonie mobile

Décision n° 04-D-54 du Conseil de la concurrence du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques.

Décision n° 04-D-48 du Conseil de la concurrence du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom

Décision n° 04-D-46 du Conseil de la concurrence du 30 septembre 2004 relative à une saisine de l'entreprise Arnaud Marin concernant des pratiques mises en œuvre par la société R. Marin

Décision n° 04-MC-01 du Conseil de la concurrence du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés FREE, ILIAD, LDCOM et 9TELECOM

Décision n° 04-D-34 du Conseil de la concurrence du 22 juillet 2004 relative à l'exécution de l'article 1er 1er tiret de la décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003

Décision n° 04-D-18 du Conseil de la concurrence du 13 mai 2004 concernant l'exécution de la décision n° 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau

Décision n° 03-MC-04 du Conseil de la concurrence du 22 décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société les Messageries Lyonnaises de Presse

Décision n° 03-MC-03 du Conseil de la concurrence du 1er décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Towercast à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société TéléDiffusion de France (TDF)

Décision n° 03-D-43 du Conseil de la concurrence du 12 septembre 2003 relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999

Décision n° 02-D-44 du Conseil de la concurrence du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence

Décision n° 02-D-41 du Conseil de la concurrence du 26 juin 2002 relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999

Décision n° 02-MC-04 du Conseil de la concurrence du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis

Décision n° 02-MC-03 du Conseil de la concurrence du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France

Décision 01-MC-06 du Conseil de la concurrence du 19 décembre 2001 relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cégetel

Décision 01-D-46 du Conseil de la concurrence du 23 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999

Décision n° 01-D-44 du Conseil de la concurrence du 16 juillet 2001 concernant l'exécution de la décision n° 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau

Décision n° 01-D-30 du Conseil de la concurrence du 22 mai 2001 relative à la qualification AP-MIS délivrée aux entreprises assurant l'installation et la maintenance de systèmes de détection incendie

Décision n° 00-D-16 du Conseil de la concurrence du 12 avril 2000 relative à deux saisines de la société Les Carrières de Sainte-Marthe

Décision n° 00-MC-01 du Conseil de la concurrence du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau
Décision n° 99-MC-06 du Conseil de la concurrence du 23 juin 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe
Décision n° 99-D-14 du Conseil de la concurrence du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France (TDF)
Décision n° 99-D-04 du Conseil de la concurrence du 19 janvier 1999 relative à la saisine de la SA Europe Régies
Décision n° 99-MC-01 du Conseil de la concurrence du 12 janvier 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société NC NumériCâble
Décision n° 98-D-60 du Conseil de la concurrence du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone
Décision n° 98-MC-03 du Conseil de la concurrence du 19 mai 1998 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Association française des opérateurs privés de télécommunications
Décision n° 97-D-75 du Conseil de la concurrence du 21 octobre 1997 relative à une saisine du Syndicat national des disothèques et divers
Décision n° 96-D-51 du Conseil de la concurrence du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la S.A.R.L. Héli-Inter Assistance
Décision n° 90-D-22 du Conseil de la concurrence du 26 juin 1990 relative des pratiques de la Société de maintenance de carburant aviation

➤ **Avis**

Avis n° 11-A-05 de l'Autorité de la concurrence du 8 mars 2011 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur le troisième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit
Avis n°10-A-18 de l'Autorité de la concurrence du 27 septembre 2010 relatif à un projet de décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur le déploiement de la fibre optique en dehors des zones très denses
Avis n° 10-A-07 de l'Autorité de la concurrence du 17 mars 2010 relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministre chargé de l'industrie sur le programme national « très haut débit »
Avis n° 09-A-43 de l'Autorité de la concurrence du 27 juillet 2009 relatif à un projet de décret concernant les tarifs réglementés de vente de l'électricité
Avis n° 08-A-16 du Conseil de la concurrence du 30 juillet 2008 relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile
Avis n° 08-A-11 du Conseil de la concurrence du 18 juin 2008 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe
Avis n° 08-A-09 du Conseil de la concurrence du 05 juin 2008 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit
Avis n° 08-A-06 du Conseil de la concurrence du 06 mai 2008 portant sur un projet de disposition législative concernant le développement des réseaux à très haut débit en fibre optique
Avis n° 08-A-03 du Conseil de la concurrence du 31 mars 2008 relatif au fonctionnement des services téléphoniques à valeur ajoutée
Avis n° 07-A-05 du Conseil de la concurrence du 19 juin 2007 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles
Avis n° 07-A-01 du Conseil de la concurrence du 1^{er} février 07 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Telecom et St Martin & St Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane
Avis n° 06-A-21 du Conseil de la concurrence du 17 novembre 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse du marché des accès large bande livrés au niveau national
Avis n° 06-A-11 du Conseil de la concurrence du 20 juin 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Télécom et Saint Martin & Saint Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane

- Avis n° 06-A-10 du Conseil de la concurrence du 12 mai 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros et de détail des liaisons louées
- Avis n° 06-A-05 du Conseil de la concurrence du 10 mars 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles
- Avis n° 06-A-01 du Conseil de la concurrence du 18 janvier 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle
- Avis n° 05-A-16 du Conseil de la concurrence du 28 juillet 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes relative à la transition vers un nouveau format de numérotation pour les services de renseignements téléphoniques
- Avis n° 05-A-10 du Conseil de la concurrence du 11 mai 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de la terminaison d'appels géographiques sur les réseaux alternatifs fixes
- Avis n° 05-A-09 du Conseil de la concurrence du 04 avril 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public en France
- Avis n° 05-A-05 du Conseil de la concurrence du 16 février 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe
- Avis n° 05-A-03 du Conseil de la concurrence du 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques
- Avis n° 04-A-23 du Conseil de la concurrence du 20 décembre 2004 relatif à une demande d'avis du Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de télécommunications (SIPPEREC) sur les conditions d'accès à la sous-boucle locale
- Avis n° 04-A-17 du Conseil de la concurrence du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques
- Avis n° 04-A-01 du Conseil de la concurrence du 8 janvier 2004 relatif à une demande d'avis de l'Association française des réseaux et services de télécommunications (AFORS) sur les principes généraux des relations contractuelles entre les utilisateurs et les différents acteurs du dégroupage
- Avis n° 03-A-07 du Conseil de la concurrence du 21 mai 2003 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication et de la ministre déléguée à l'industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques.
- Avis n° 03-A-06 du Conseil de la concurrence du 16 mai 2003 relatif au projet de loi sur la transposition de la directive 97/67/CE concernant les règles communes de développement du marché intérieur des services postaux de la communauté et l'amélioration de la qualité de service, modifiée par la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002, modifiant le code des postes et des télécommunications et portant création d'une autorité de régulation pour le secteur postal
- Avis n° 02-A-08 du Conseil de la concurrence du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse
- Avis n° 02-A-07 du Conseil de la concurrence du 15 mai 2002 relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe Seb
- Avis n° 02-A-04 du Conseil de la concurrence du Conseil de la concurrence en date du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Telecom
- Avis n° 01-A-18 du Conseil de la concurrence du 28 décembre 2001 relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE
- Avis n° 00-A-21 du Conseil de la concurrence du 6 septembre 2000 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité
- Avis n° 99-A-10 du Conseil de la concurrence du 20 juillet 1999 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications concernant la création d'un service dénommé " Portail Vocal " par France Télécom
- Avis n° 98-A-05 du Conseil de la concurrence du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et Autorité de régulation des télécommunications

➤ Décisions

Décision n° 2011-0926 de l'Arcep en date du 26 juillet 2011 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre.

Décision n° 2011-0893 de l'Arcep en date du 26 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés France Télécom et Free Infrastructure

Décision n° 2011-0846 de l'Arcep en date du 21 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Free Infrastructure et France Télécom

Décision n° 2011-0809 de l'Arcep en date du 12 juillet 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Towercast et TDF

Décision n° 2011-0669 de l'Arcep en date du 14 juin 2011 portant sur la définition du marché de gros pertinent des offres d'accès haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché

Décision n° 2011-0668 de l'Arcep en date du 14 juin 2011 portant sur la définition du marché de gros pertinent des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché

Décision n° 2011-0596 de l'Arcep en date du 7 juin 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Towercast à la société TDF

Décision de l'Arcep n° 2011-0598 en date du 31 mai 2011 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public

Décision de l'Arcep n° 2011-0600 en date du 31 mai 2011 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public

Décision n° 2011-0483 de l'Arcep en date du 5 mai 2011 portant sur la définition de l'encadrement tarifaire des prestations de terminaison d'appel vocal mobile des opérateurs Orange France, SFR et Bouygues Telecom pour la période du 1er juillet 2011 au 31 décembre 2013

Décision n° 2011-0359 de l'Arcep en date du 31 mars 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés SFR et France Télécom

Décision n° 2010-1351 de l'Arcep en date du 14 décembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés France Télécom et SFR

Décision n° 2010-1254 de l'Arcep en date du 25 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés SFR et France Télécom

Décision n° 2010-1232 de l'Arcep en date du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom

Décision n° 2010-1179 de l'Arcep en date du 4 novembre 2010 se prononçant sur deux demandes de règlement de différend opposant, d'une part, la société FRANCE TELECOM à la société NC NUMERICABLE, d'autre part, la société FRANCE TELECOM à la société NUMERICABLE SAS

Décision n° 2010-1149 de l'Arcep en date du 2 novembre 2010 portant sur la détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français en métropole et outre-mer, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre pour la période 2011-2013

Décision n° 2010-0892 de l'Arcep en date du 22 juillet 2010 portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole et en outre-mer, la désignation d'opérateur disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 2010-0742 de l'Arcep en date du 1er juillet 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Mobius et La Réunion Numérique

Décision n° 2010-0574 de l'Arcep en date du 20 mai 2010 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Mobius dans le cadre du différend l'opposant à la société La Réunion Numérique

Décision n° 2010-0402 de l'Arcep en date du 8 avril 2010 portant sur la définition des marchés pertinents des services de capacité, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 2010-0323 de l'Arcep en date du 18 mars 2010 se prononçant sur un différend opposant les sociétés INFOSAT et SFR

- Décision n° 2010-0211 de l'Arcep en date du 18 février 2010 portant définition de l'encadrement tarifaire de la prestation de terminaison d'appel vocal mobile de l'opérateur Bouygues Telecom pour la période du 1er juillet au 31 décembre 2010
- Décision n° 2010-0200 de l'Arcep en date du 11 février 2010 portant sur la spécification des obligations de comptabilisation et de restitution des coûts imposées aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur les marchés de gros des terminaisons d'appels mobiles (voix et SMS) sur leurs réseaux respectifs
- Décision n° 2010-0043 de l'ARCEP en date du 12 janvier 2010 autorisant la société Free Mobile à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public
- Décision n° 2009-1106 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 22 décembre 2009 précisant, en application des articles L. 34-8 et L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques, les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée
- Décision n° 2009-1067 de l'Arcep en date du 17 décembre 2009 relative au compte rendu et au résultat de la procédure d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération
- Décision n° 2009-0484 de l'Arcep en date du 11 juin 2009 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché
- Décision n° 2009-0527 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 11 juin 2009 portant modification du règlement intérieur
- Décision n° 2009-0328 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 9 avril 2009 fixant la mesure et les conditions dans lesquelles sera mis en œuvre un partage d'installations de réseau mobile de troisième génération en métropole
- Orientations de l'ARCEP du 7 avril 2009 suite à la première phase des travaux d'expérimentation et d'évaluation relatifs à la mutualisation des réseaux en fibre optique
- Décision du Directeur général de l'Arcep en date du 23 mars 2009 portant mise en demeure de la société SFR de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires relatives à la conservation des numéros fixes
- Décision du Directeur général de l'Arcep en date du 23 mars 2009 portant mise en demeure de la société Numéricable de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires relatives à la conservation des numéros fixes
- Décision du Directeur général de l'Arcep en date du 23 mars 2009 portant mise en demeure de la société Neuf Cegetel de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires relatives à la conservation des numéros fixes
- Décision du Directeur général de l'Arcep en date du 23 mars 2009 portant mise en demeure de la société Free SAS de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires relatives à la conservation des numéros fixes
- Décision du Directeur général de l'Arcep en date du 23 mars 2009 portant mise en demeure de la société France Télécom de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires relatives à la conservation des numéros fixes
- Décision du Directeur général de l'Arcep en date du 23 mars 2009 portant mise en demeure de la société Darty Télécom de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires relatives à la conservation des numéros fixes
- Décision du Directeur général de l'Arcep en date du 23 mars 2009 portant mise en demeure de la société Bouygues Telecom de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires relatives à la conservation des numéros fixes
- Décision n° 2008-1365 de l'Arcep en date du 9 décembre 2008 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Intercâble Réunion SAS et France Télécom
- Décision n° 2008-1176 de l'Arcep en date du 2 décembre 2008 portant définition de l'encadrement tarifaire des prestations de terminaison d'appel vocal mobile des opérateurs Orange France, SFR et Bouygues Telecom pour la période du 1er juillet 2009 au 31 décembre 2010
- Décision n° 2008-1208 de l'Arcep en date du 25 novembre 2008 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Intercâble Réunion SAS dans le cadre du différend l'opposant à la société France Télécom
- Décision n° 2008-1207 de l'Arcep en date du 4 novembre 2008 se prononçant sur deux demandes de différend opposant la société France Télécom et les sociétés Numéricable et NC Numéricable
- Décision n° 2008-1161 de l'Arcep en date du 21 octobre 2008 publiant, pour l'année 2007, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par Orange Caraïbe dans le cadre de ses obligations réglementaires
- Décision n° 2008-1160 de l'Arcep en date du 21 octobre 2008 publiant, pour l'année 2007, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par la Société Réunionnaise du Radiotéléphone dans le cadre de ses obligations réglementaires
- Décision n° 2008-1159 de l'Arcep en date du 21 octobre 2008 publiant, pour l'année 2007, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par Bouygues Telecom dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 2008-1158 de l'Arcep en date du 21 octobre 2008 publiant, pour l'année 2007, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par la Société Française du Radiotéléphone dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 2008-1157 de l'Arcep en date du 21 octobre 2008 publiant, pour l'année 2007, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par Orange France dans le cadre de ses obligations réglementaires

Recommandation du 10 octobre 2008 sur la mise en œuvre de la mutualisation de la partie terminale des réseaux fibre

Décision n° 2008-0977 de l'ARCEP du 25 septembre 2008 relative à la modification du questionnaire pour la collecte d'informations nécessaires au suivi des marchés mobiles en métropole

Décision n° 2008-0897 de l'Arcep en date du 29 juillet 2008 donnant acte à la demande de la société Prosodie que le différend l'opposant à la société Free est devenu sans objet

Décision n° 2008-0896 de l'Arcep en date du 29 juillet 2008 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 2008-0839 de l'Arcep en date du 24 juillet 2008 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Neuf Cegetel et France Télécom

Décision n° 2008-0836 de l'Arcep en date du 24 juillet 2008 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché

Décision n° 2008-0835 de l'Arcep en date du 24 juillet 2008 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché

Décision n° 2008-0091 de l'Arcep en date du 24 janvier 2008 portant sur la définition du calendrier de restitution des états comptables imposé à Orange France, SFR, Bouygues Telecom, Orange Caraïbe et SRR sur la période 2008-2010 en raison de leur influence significative sur les marchés de gros de la terminaison d'appel sur leur réseau respectif

Décision n° 2008-0003 de l'Arcep en date du 8 janvier 2008 publiant l'attestation de conformité du système de comptabilisation des coûts et des comptes séparés de France Télécom, établis par France Télécom pour l'année 2006 dans le cadre de ses obligations réglementaires comptables

Décision n° 07-1159 de l'Arcep en date du 18 décembre 2007 publiant, pour l'année 2006, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par la Société Réunionnaise du Radiotéléphone dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 07-1158 de l'Arcep en date du 18 décembre 2007 publiant, pour l'année 2006, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par Orange Caraïbe dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 07-1157 de l'Arcep en date du 18 décembre 2007 publiant, pour l'année 2006, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par Bouygues Telecom dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 07-1156 de l'Arcep en date du 18 décembre 2007 publiant, pour l'année 2006, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par la Société Française du Radiotéléphone dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 07-1155 de l'Arcep en date du 18 décembre 2007 publiant, pour l'année 2006, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par Orange France dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 07-1116 de l'Arcep en date du 6 décembre 2007 attribuant des ressources en numérotation à la société France Télécom (numéro court 3912)

Décision n° 07-0811 de l'Arcep en date du 16 octobre 2007 portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français outre-mer, la désignation des opérateurs disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 07-0810 de l'Arcep en date du 4 octobre 2007 portant sur la détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français en métropole, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre pour la période 2008-2010

Décision n° 2007-0744 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 11 septembre 2007 portant modification de la décision n° 05-0571 du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 07-0667 de l'ARCEP en date du 6 septembre 2007 portant modification de la décision n° 05-0571 en date du 27 septembre 2005 sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 07-0646 de l'Arcep en date du 12 juillet 2007 rendant publique la décision du Directeur Général en date du 10 juillet 2007 portant mise en demeure de la société Bouygues Telecom de se conformer aux prescriptions définies par l'arrêté du 3 décembre 2002 autorisant la société Bouygues Telecom à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public

Décision du Directeur général de l'Arcep en date du 10 juillet 2007 portant mise en demeure de la société Bouygues Telecom de se conformer aux prescriptions définies par l'arrêté du 3 décembre 2002 autorisant la société Bouygues

Telecom à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public

Décision n° 07-0636 de l'Arcep en date du 26 juillet 2007 portant modification de la décision n° 05-0571 en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 07-0502 de l'Arcep en date du 7 juin 2007 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Free SAS et France Télécom

Décision n° 07-0441 de l'Arcep en date du 15 mai 2007 se prononçant sur deux différends opposant les sociétés Dièse Télécom et France Télécom concernant la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de la société Outremer Télécom

Décision n° 07-0213 de l'Arcep en date du 16 avril 2007 portant sur les obligations imposées aux opérateurs qui contrôlent l'accès à l'utilisateur final pour l'acheminement des communications à destination des services à valeur ajoutée

Rapport du 7 avril 2009 relatif au déploiement des réseaux en fibre optique suite à la première phase de travaux d'expérimentation et d'évaluation menés sous l'égide de l'ARCEP

Décision n° 2007-0177 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 20 février 2007 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération

Décision n° 07-0129 de l'Arcep en date du 5 avril 2007 portant sur la spécification des obligations de comptabilisation et de restitution des coûts, notamment de séparation comptable imposées à la société Orange Caraïbe et à la Société Réunionnaise du Radiotéléphone en raison de leur influence significative sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur leur réseau respectif

Décision n° 07-0128 de l'Arcep en date du 5 avril 2007 portant sur la spécification des obligations de comptabilisation et de restitution des coûts, notamment de séparation comptable imposées à la société Orange France, à la Société Française du Radiotéléphone et à la société Bouygues Telecom en raison de leur influence significative sur les marchés de gros des terminaisons d'appels mobiles (voix et SMS) sur leur réseau respectif

Décision n° 07-0089 de l'Arcep

Décision n° 07-0278 de l'Arcep en date du 29 mars 2007 portant sur l'influence significative de la société Outremer Télécom sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau mobile dans la zone Antilles - Guyane et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 07-0277 de l'Arcep en date du 29 mars 2007 portant sur la détermination d'un marché pertinent en date du 30 janvier 2007 portant sur la levée de la régulation du marché des offres de gros d'accès large bande livrées au niveau national

Décision n° 06-1007 de l'Arcep en date du 7 décembre 2006 portant sur les obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable imposées à France Télécom

Décision n° 06-0639 de l'Arcep en date du 30 novembre 2006 précisant les conditions de mise à disposition des listes d'abonnés et d'utilisateurs à des fins d'édition d'annuaires universels ou de fourniture de services universels de renseignements

Décision n° 06-1179 de l'Arcep en date du 28 novembre 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Coordialis et Free SAS

Décision n° 06-1088 de l'Arcep en date du 26 octobre 2006 publiant, pour l'année 2005, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par Bouygues Telecom dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 06-1087 de l'Arcep en date du 26 octobre 2006 publiant, pour l'année 2005, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par SFR dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 06-1086 de l'Arcep en date du 26 octobre 2006 publiant, pour l'année 2005, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par Orange France dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 06-1085 de l'Arcep en date du 26 octobre 2006 publiant, pour l'année 2004, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par Bouygues Telecom dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 06-1084 de l'Arcep en date du 26 octobre 2006 publiant, pour l'année 2004, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par SFR dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 06-1083 de l'Arcep en date du 26 octobre 2006 publiant, pour l'année 2004, l'attestation de conformité des états de coûts et de revenus établis par Orange France dans le cadre de ses obligations réglementaires

Décision n° 06-1015 de l'Arcep en date du 10 octobre 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés 118 218 Le Numéro et Orange France

Décision n° 06-0840 de l'Arcep en date du 28 septembre 2006 portant modification de la décision n° 05-0571 du 27 septembre 2005 d'analyse des marchés de la téléphonie fixe

Décision n° 06-0592 de l'Arcep en date du 26 septembre 2006 portant sur la définition des marchés pertinents des services de capacité, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 06-0779 de l'Arcep en date du 14 septembre 2006 portant sur l'encadrement tarifaire des tarifs de terminaison d'appel vocal "directe" pour l'année 2007 de la société Orange France, de la Société Française du Radiotéléphone et de la société Bouygues Telecom en raison de leur influence significative sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur leur réseau respectif

Décision n° 06-0593 de l'Arcep en date du 27 juillet 2006 portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole, la désignation d'opérateur disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 06-0551 de l'Arcep en date du 30 mai 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés France Télécom et Neuf Télécom

Décision n° 06-0510 de l'Arcep en date du 18 mai 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Telegate France et Orange France

Décision n° 06-0162 de l'Arcep en date du 4 mai 2006 spécifiant les modalités techniques et tarifaires de l'offre de vente en gros de l'accès au service téléphonique

Décision n° 06-0475 de l'Arcep en date du 2 mai 2006 prise au terme de la procédure de sanction mise en mouvement par l'Autorité à l'encontre de la société Western Telecom

Décision n° 06-0432 de l'Arcep en date du 25 avril 2006 relative à la mise en place d'un questionnaire visant la collecte d'informations nécessaires à l'application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques

Décision n° 06-0161 de l'Arcep en date du 6 avril 2006 portant sur les obligations imposées à TDF en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur le marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels

Décision n° 06-0160 de l'Arcep en date du 6 avril 2006 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché

Décision n° 06-0406 de l'Arcep en date du 4 avril 2006 se prononçant sur un différend opposant la société Afone et la Société Française du Radiotéléphone (SFR)

Décision n° 06-0381 de l'Arcep en date du 30 mars 2006 précisant les modalités d'application de la portabilité des numéros mobiles en métropole

Décision n° 06-0350 de l'Arcep en date du 21 mars 2006 se prononçant sur un différend opposant la société Antalis TV à la société TéléDiffusion de France (TDF)

Décision n° 06-0019 de l'Arcep en date du 10 janvier 2006 prise au terme de la procédure engagée à l'encontre de la société Renseignement Téléphonique Français en application de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques

Décision n° 05-1103 de l'Arcep en date du 15 décembre 2005 se prononçant sur un différend opposant Colt Télécommunications France à France Télécom

Décision n° 05-1085 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 15 décembre 2005 fixant l'utilisation des catégories de numéros du plan national de numérotation

Décision n° 05-0834 de l'Arcep en date du 15 décembre 2005 définissant la méthode de valorisation des actifs de la boucle locale cuivre ainsi que la méthode de comptabilisation des coûts applicable au dégroupage total

Décision n° 05-0960 de l'Arcep en date du 8 décembre 2005 portant sur la spécification des obligations de comptabilisation et de restitution des coûts, notamment de séparation comptable imposées à la société Orange France, à la Société Française du Radiotéléphone, à la société Bouygues Telecom, à la société Orange Caraïbe et à la Société Réunionnaise du Radiotéléphone en raison de leur influence significative sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur leur réseau respectif

Décision n° 05-1009 de l'Arcep en date du 1er décembre 2005 se prononçant sur un différend opposant Western Télécom à France Télécom

Décision n° 05-0930 de l'Arcep en date du 8 novembre 2005 se prononçant sur un différend opposant la société Bouygues Telecom à la Société Française du Radiotéléphone (SFR)

Décision n° 05-0929 de l'Arcep en date du 8 novembre 2005 se prononçant sur un différend opposant la société Bouygues Telecom à la société Orange France

Décision n° 05-0571 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 05-0425 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la terminaison d'appel géographique sur les réseaux alternatifs fixes, la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 05-0281 de l'ARCEP du 28 juillet 2005 portant sur la définition du marché des offres de gros d'accès large bande livrées au niveau national, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations qui lui sont imposées

Décision n° 05-0614 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 30 juin 2005 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Western Télécom dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom

Décision n° 05-0523 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 14 juin 2005 rejetant la demande de la société Mobius tendant à ce que soit prononcée une sanction à l'encontre de la société France Télécom

Décision n° 05-0522 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 14 juin 2005 rejetant la demande de la société Outremer Télécom tendant à ce que soit prononcée une sanction à l'encontre de la société France Télécom

Communiqué de Presse de l'ART du 31 mai 2005 relatif à la mise sous surveillance des marchés de gros et de détail de l'accès et du départ d'appel mobile.

Projet de décision n° 05-0331 de l'ART soumis à consultation publique et notifié à la Commission européenne et aux autres régulateurs européens sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public (15 avril 2005 – 16 mai 2005)

Décision n° 05-0280 de l'ART du 19 mai 2005 portant sur les obligations imposées à France Télécom en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur le marché de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau régional

Décision n° 05-0278 de l'ART du 19 mai 2005 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau régional et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché

Décision n° 05-0277 de l'ART du 19 mai 2005 portant sur les obligations imposées à France Télécom en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur le marché de gros de l'accès dégroupé à la boucle cuivre et à la sous boucle locale cuivre

Décision n° 05-0275 de l'ART du 19 mai 2005 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès dégroupé à la boucle locale cuivre et à la sous-boucle locale cuivre et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché

Décision n° 05-0270 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 29 mars 2005 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Free SAS dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom

Décision n° 05-0267 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 24 mars 2005 modifiant la décision n° 00-1171 du 31 octobre 2000 de l'Autorité quant à la méthode de calcul des coûts moyens incrémentaux de long terme relatifs à l'accès à la boucle locale

Décision n° 05-0155 portant rectification d'erreur matérielle de la décision n° 05-0090 du 3 février 2005

Décision n° 05-0118 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 1er février 2005 portant sur l'influence significative de la société SPM Télécom sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 05-0117 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 1er février 2005 portant sur l'influence significative de la société Dauphin Télécom sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau mobile et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 05-0116 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 1er février 2005 portant sur l'influence significative de la société Saint-Martin Mobile sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 05-0115 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 1er février 2005 portant sur l'influence significative de la société Bouygues Télécom Caraïbe sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 05-0114 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 1er février 2005 portant sur l'influence significative de la société Orange Réunion sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 05-0113 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 1er février 2005 portant sur l'influence significative de la société SRR sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau de la Réunion et sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau de Mayotte et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 05-0112 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 1er février 2005 portant sur l'influence significative de la société Orange Caraïbe sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 05-0111 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 1er février 2005 portant sur la détermination des marchés pertinents concernant la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles d'outre-mer

Décision n° 04-1126 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 21 décembre 2004 portant modification des lignes directrices relatives à la Portabilité des Numéros Mobiles (PNM) adoptées par la décision 02-549 de l'Autorité en date du 11 juillet 2002

Décision n° 04-0939 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur l'influence significative de la société Bouygues Telecom sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 04-0938 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur l'influence significative de la société SFR sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 04-0937 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur l'influence significative de la société Orange France sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre

Décision n° 04-0936 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur la détermination des marchés pertinents concernant la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole

Décision n° 04-0520 de l'Autorité de régulation des télécommunications de l'ART se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Mobius dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom

Décision n° 04-0965 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 18 novembre 2004 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Intercom Caraïbes dans le cadre du différend l'opposant à Orange Caraïbe

Décision n° 04-0446 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 25 mai 2004 portant mise en demeure de la Communauté d'agglomération de la Rochelle, en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer aux prescriptions techniques qui lui sont applicables

Décision n° 04-0376 de l'ART se prononçant sur un différend opposant Outremer Télécom à France Télécom

Décision n° 04-0375 de l'ART se prononçant sur un règlement de différend opposant Mobius à France Télécom

Décision n° 04-0374 de l'ART se prononçant sur un différend opposant le Conseil Régional de la Réunion à France Télécom

Décision n° 03-1301 de l'Autorité de régulation des télécommunications prolongeant le délai dans lequel l'Autorité doit se prononcer sur le différend opposant Free SAS à France Télécom

Décision n° 03-1278 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 2 décembre 2003 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société XTS Télécom dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom

Décision n° 03-1038 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre les sociétés Iliad et France Télécom

Décision de l'Autorité de régulation des télécommunications n° 03-0905 de règlement du différend opposant Free Télécom à France Télécom

Décision n° 03-0703 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 5 juin 2003 se prononçant sur un différend entre les sociétés France Télécom et UPC France

Décision n° 03-0702 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 5 juin 2003 se prononçant sur un différend entre les sociétés France Télécom et Estel

Décision n° 03-0701 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 5 juin 2003 se prononçant sur un différend entre les sociétés France Télécom et Completel

Décision n° 03-0636 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Free SAS dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom

Décision n° 03-0594 de l'Autorité de Régulation des Télécommunications en date du 29 avril 2003 portant mise en demeure de la Société Française de Radiotéléphonie (SFR), en application de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer à la décision n° 01-971 du 16 novembre 2001 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant sur le niveau des charges de terminaisons d'appels sur le réseau de la société SFR

Décision n° 03-0027 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 janvier 2003 se prononçant sur un différend entre les sociétés LDCOM et France Télécom

Décision n° 02-1192 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 17 décembre 2002 se prononçant sur un différend entre les sociétés Télé2 France SA et Orange France

Décision de l'ART n° 02-1191 en date du 19 décembre 2002 complétant la décision n° 02-593 en date du 18 juillet 2002 établissant pour 2003 les listes des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché des télécommunications.

Décision n° 02-1045 en date du 14 novembre 2002 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de France Télécom, en application de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer aux obligations prévues par l'article D. 99-6 du même code relatives aux conditions d'utilisation des informations transmises dans le cadre de l'interconnexion

Décision n° 02-1027 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 5 novembre 2002 portant sur l'adoption des coûts moyens incrémentaux de long terme comme coûts de référence pour les tarifs d'interconnexion de France Télécom

Décision n° 02-0549 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant adoption des lignes directrices relatives à la portabilité des numéros mobiles (PNM)

Décision n° 02-0511 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Free Télécom et France Télécom portant sur les conditions de détermination du chiffre d'affaires relatif au trafic à destination des services d'accès commuté à Internet de Free Télécom accessibles via le numéro 08 6B PQ MC DU, payant pour l'appelant au trafic local Internet

Décision n° 02-0508 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant retrait partiel de l'autorisation de la Société Landtel France SAS à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public

- Décision n° 02-0507 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant retrait partiel de l'autorisation de la Société Broadnet France SAS à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public
- Décision n° 02-0278 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 28 mars 2002 se prononçant sur le différend entre les sociétés LDCOM et France Télécom relatif à certaines conditions techniques et tarifaires de la convention d'accès à la boucle locale
- Décision n° 02-0275 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de la société XTS Network Océan Indien, en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer aux prescriptions définies par l'arrêté du 4 août 2000 autorisant la société XTS Network Océan Indien à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public
- Décision n° 02-0274 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de la société XTS Network Caraïbes, en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer aux prescriptions définies par l'arrêté du 4 août 2000 autorisant la société XTS Network Caraïbes à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public
- Décision n° 02-0273 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de la société Landtel France SAS, en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer aux prescriptions définies par l'arrêté du 4 août 2000 autorisant la société Landtel France SAS à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public
- Décision n° 02-0272 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de la société Broadnet France SAS, en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer aux prescriptions définies par l'arrêté du 4 août 2000 modifié autorisant la société Broadnet France SAS à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public
- Décision n° 02-0147 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur le différend opposant MFS Worldcom / France Télécom
- Décision n° 02-0034 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant en application de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications, une sanction à l'encontre de France Télécom, relative aux manquements de France Télécom dans l'exécution de la décision de l'Autorité n° 00-1194 en date du 15 novembre 2000 se prononçant sur un règlement de différend entre les sociétés Sonera France et France Télécom en application de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications
- Décision n° 01-1235 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur le différend opposant UPC France à France Télécom
- Décision n° 01-1202 de l'Autorité de régulation des télécommunications de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 14 décembre 2001 proposant au ministre chargé des télécommunications les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations pour l'introduction en France métropolitaine des systèmes mobiles de troisième génération
- Décision n° 01-1112 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Liberty Surf et France Télécom
- Décision n°01-1055 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Free Télécom et France Télécom relatif au tarif d'accès aux services pour l'appelant à destination des numéros 0860 PQMCDU payants
- Décision n°01-0971 de l'ART portant sur le niveau des charges de terminaisons d'appels sur le réseau de la Société française de radiotéléphonie.
- Décision n° 01-0970 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant sur le niveau des charges de terminaisons d'appels sur le réseau de France Télécom Mobiles SA
- Décision n° 01-0951 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur le différent Magic On Line à France Télécom et Transpac relatif aux conditions techniques et tarifaires des offres de collecte nationale des trafics IP pour la fourniture de services ADSL
- Décision n° 01-0851 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur une demande de mesures conservatoires présentée par la société UPC France dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom, relatif à l'acheminement du trafic internet à destination des numéros de la forme 08 60 PQ MC DU
- Décision n° 01-0521 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de France Télécom en application de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications de se conformer à certaines dispositions de la décision n° 01-135 de l'Autorité en date du 8 février 2001 demandant à France Télécom d'apporter des modifications à son offre de référence pour l'accès à la boucle locale
- Décision n° 01-0474 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur le différend opposant 9 Telecom Réseaux à France Télécom relatif aux modalités de l'interconnexion pour l'acheminement du trafic à destination des services à revenus partagés
- Décision n° 01-0458 de l'Autorité de régulation des télécommunications approuvant les lignes directrices relatives aux conditions tarifaires d'interconnexion des opérateurs mobiles puissants sur le marché national de l'interconnexion
- Décision n° 01-0395 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Free Telecom et France Télécom relatif à l'interconnexion

Décision n° 01-0377 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de France Télécom, en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer aux obligations de l'avant dernier alinéa de l'article D.99-23 du code des postes et télécommunications

Décision n° 01-0354 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de France Télécom en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications de se conformer à certaines dispositions de la décision n° 01-135 de l'Autorité en date du 8 février 2001 demandant à France Télécom d'apporter des modifications à son offre de référence pour l'accès à la boucle locale

Décision n° 01-0253 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Liberty Surf Telecom et France Télécom relatif aux conditions tarifaires de l'offre ADSL Connect ATM

Décision n° 01-0135 de l'Autorité de régulation des télécommunications demandant à France Télécom d'apporter des modifications à son offre de référence pour l'accès à la boucle locale

Décision n° 00-1326 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de France Télécom, en application de l'article L.36-11 du code des postes et télécommunications, de se conformer aux obligations de l'avant dernier alinéa de l'article D.99-23 du code des postes et télécommunications

Décision n° 00-1194 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Sonera France et France Télécom relatif à l'accès au réseau de France Télécom pour la fourniture d'un service de renseignements téléphoniques

Décision n° 00-1171 de l'Autorité de régulation des télécommunications établie en application de l'article D.99-24 du code des postes et télécommunications

Décision n° 00-1092 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre MFS Communications et France Télécom Mobiles relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic à destination du réseau radioélectrique de France Télécom Mobiles

Décision n° 00-0974 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Bouygues Télécom et France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic international à destination du réseau radioélectrique de Bouygues Télécom

Décision n° 00-0971 de l'Autorité de régulation des télécommunications rejetant la demande de Cégétel tendant à ce que soit prononcée une mise en demeure à l'encontre de France Télécom

Décision n° 00-835 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 28 juillet 2000 proposant au ministre chargé des télécommunications les modalités et les conditions d'attribution des autorisations pour l'introduction en France métropolitaine des systèmes mobiles de troisième génération

Décision n° 00-0723 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Siris et France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant

Décision n° 00-0703 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre ICS France et France Télécom relatif à l'exécution d'un contrat de vente en gros de trafic international

Décision n° 00-0603 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Linx et France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant

Décision n° 00-0515 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par Siris dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant

Décision n° 00-0489 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre 9 Télécom Réseau et France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant

Décision n° 00-0483 de l'Autorité de régulation des télécommunications prononçant une sanction à l'encontre de France Télécom, en application L. 36-11 du code des postes et télécommunications, pour avoir méconnu ses obligations résultant de l'article 17.1 du cahier des charges annexé au décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996

Décision n° 00-0201 de l'Autorité de régulation des télécommunications rejetant la demande de la société Edditec tendant à ce que soit prononcée une sanction contre la société Destia Communications

Décision n° 00-0200 de l'Autorité de régulation des télécommunications rejetant la demande de la société Informatique et Télématique tendant à ce que soit prononcée une sanction à l'encontre de XTS Network

Décision n° 00-0030 se prononçant sur un différend entre Télécom Développement et France Télécom relatif à la sécurisation des interconnexions aux commutateurs d'abonnés du réseau de France Télécom

Décision n° 99-1153 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant mise en demeure de France Télécom en application de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications de se conformer aux obligations de l'article 17.2 du cahier des charges annexé au décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996

Décision n° 99-0987 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Siris et France Télécom

Décision n° 99-0822 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre 9 Télécom Réseau et France Télécom relatif à l'applicabilité de la majoration services spéciaux aux appels vers Internet

Décision n° 99-0716 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Spacotel et France Télécom

- Décision n° 99-0539 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Cegetel Entreprises et France Télécom relatif aux conditions d'interconnexion pour les appels entrant sur le réseau de Cegetel Entreprises
- Décision n° 99-0197 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre la Société Française du Radiotéléphone et France Télécom relatif aux conditions d'interconnexion pour les appels entrant sur le réseau de la Société Française du Radiotéléphone
- Décision n° 99-0002 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre 3A Média et France Télécom
- Décision n° 98-1045 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Atlantel et France Télécom
- Décision n° 98-1025 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Infosat et France Télécom
- Décision n° 98-1011 de l'Autorité de régulation des télécommunications portant à quatre mois le délai dans lequel l'Autorité doit se prononcer sur le différend opposant Atlantel à France Télécom
- Décision n° 98-0940 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Production Multimédia et France Télécom
- Décision n° 98-0939 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre H3L et France Télécom
- Décision n° 98-0906 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Agora International et France Télécom
- Décision n° 98-0846 de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article 5.1 de la décision n° 98-678 en date du 31/7/98 se prononçant sur un différend entre Paris TV Câble et France Télécom relatif à la fourniture du service d'accès à Internet sur le réseau câblé de Paris
- Décision n° 98-0845 de l'Autorité de régulation des télécommunications prise en application des articles 5.1 et 6 de la décision n° 98-527 en date du 19/6/98 se prononçant sur un différend entre Lyonnaise Communications et France Télécom relatif à la fourniture de services de télécommunications autres que le service d'accès à Internet sur réseaux câblés
- Décision n° 98-0844 de l'Autorité de régulation des télécommunications prise en application des articles 5.1 et 6 de la décision n° 98-526 en date du 19/6/98 se prononçant sur un différend entre Paris TV Câble et France Télécom relatif à la fourniture de services de télécommunications autres que le service d'accès à Internet sur le réseau câblé de Paris
- Décision n° 98-0826 de l'Autorité de régulation des télécommunications relative à la demande de Cegetel visant à ce que France Télécom soit mise en demeure de cesser certaines pratiques
- Décision n° 98-0705 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Even Média et France Télécom
- Décision n° 98-0704 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Audiopresse et France Télécom
- Décision n° 98-0703 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre TO COM et France Télécom
- Décision n° 98-0678 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un second différend entre Paris TV Câble et France Télécom relatif à la fourniture du service d'accès à Internet sur le réseau câblé de Paris
- Décision n° 98-0555 rejetant la demande de Copper Communications tendant à ce que soit prononcée une sanction à l'encontre de France Télécom
- Décision n° 98-0527 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre France Télécom et Lyonnaise Communications relatif à la fourniture de services de télécommunications autres que le service d'accès à Internet, sur réseaux câblés
- Décision n° 98-0526 se prononçant sur un différend entre Paris TV Câble et France Télécom relatif à la fourniture de services de télécommunications autres que le service d'accès à Internet sur le réseau câblé de Paris
- Décision n° 98-0506 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Copper Communications et France Télécom
- Décision n° 98-0418 rejetant la demande de France Télécom tendant à ce que soit prononcée une sanction à l'encontre de Télécom Développement
- Décision n° 97-0210 de l'Autorité de régulation des télécommunications réglant un différend entre la Compagnie générale de vidéocommunication (CGV) et France Telecom
- Décision n° 97-0209 de l'Autorité de régulation des télécommunications de l'ART réglant un différend entre Paris TV Câble et France Telecom

➤ **Avis**

Avis n° 05-0197 de l'Autorité de régulation des télécommunications relatif à une demande du Ministre délégué à l'industrie en date du 18 février 2005 concernant la portabilité des numéros

Avis n° 04-1039 de l'Autorité de régulation des télécommunications sur le projet de décret modifiant le décret n° 2003-752 du 1er août 2003 relatif aux annuaires universels et aux services universels de renseignements et le code des postes et des communications électroniques

Avis n° 02-883 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications à la demande du Conseil sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications

Avis n° 02-35 du 9 janvier 2002 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications à la demande du Conseil sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications

Avis n° 99-493 du 11 juin 1999 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications à la demande du Conseil sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications

Commission de régulation de l'énergie et Commission de régulation de l'électricité

Délibération de la CRE du 21 juillet 2011 portant communication au Gouvernement des valeurs des coefficients S1 et V1 définis dans l'arrêté du 4 mars 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil

Délibération de la CRE du 28 juin 2011 portant avis sur le projet d'arrêté relatif aux tarifs réglementés de vente d'électricité

Décision du CoRDIS de la CRE en date du 22 juin 2011 sur le différend qui oppose la société Vol-V Solar à la société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) relatif aux conditions de raccordement de six installations de production photovoltaïque au réseau public de distribution d'électricité

Délibération de la CRE du 12 mai 2011 portant avis sur les projets d'arrêtés relatifs au calcul des droits et aux profils des produits cédés par Electricité de France dans le cadre de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique

Délibération de la CRE du 5 mai 2011 portant avis sur le projet d'arrêté fixant le prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique à 40 €/MWh au 1er juillet 2011

Délibération de la CRE du 5 mai 2011 portant avis sur le projet d'arrêté fixant le prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique à 42 €/MWh au 1er janvier 2012

Délibération de la CRE du 3 mai 2011 portant proposition d'arrêté fixant le mode de détermination de la courbe de charge des consommations de la sous-catégorie des petits consommateurs visés au VI de l'article 1er du décret no 2011-466 du 28 avril 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique

Délibération de la CRE du 3 mai 2011 relative au contenu du dossier de demande d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique

Délibération de la CRE du 3 mai 2011 relative au contenu de la déclaration permettant l'identification des fournisseurs d'électricité souhaitant bénéficier de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique

Délibération de la CRE du 3 mai 2011 relative aux délais pour la première période de livraison, pour les opérations mentionnées aux articles 3, 5 et 6 du décret n° 2011-466 du 28 avril 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique

Décision du CoRDIS de la CRE en date du 29 avril 2011 relative aux demandes de règlement de différends mettant en cause l'application du décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil

Délibération de la CRE du 28 avril 2011 portant avis sur le projet de décret pris pour application de l'article 4-1 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relatif au décompte des droits d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique des actionnaires des sociétés de capitaux agréées qui ont pour activité l'acquisition de contrats d'approvisionnement à long terme d'électricité, mentionnées à l'article 238 bis HV du code général des impôts

Délibération de la CRE du 14 avril 2011 portant proposition d'arrêté pris pour application du II de l'article 4-1 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 fixant les conditions de vente et les stipulations de l'accord-cadre pour l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique

Décision du Directeur général de la CRE en date du 26 mars 2010 portant mise en demeure de la société ERDF de se conformer aux obligations résultant des dispositions législatives applicables au contrat unique

Délibération de la CRE du 3 mars 2011 portant avis sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000

Délibération de la CRE du 3 mars 2011 portant avis sur le projet d'arrêté portant abrogation de l'arrêté du 31 août 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000

Délibération de la CRE du 23 décembre 2010 portant avis sur le projet d'arrêté modifiant l'annexe du décret n° 2004-325 du 8 avril 2004 relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme « produit de première nécessité »

Délibération de la CRE du 9 décembre 2010 portant approbation des règles d'allocation de la capacité pour l'interconnexion électrique France-Italie

Délibération de la CRE du 28 octobre 2010 portant approbation des règles d'allocation de la capacité infra-journalière de l'interconnexion France – Allemagne ainsi que des règles Imports/Exports

Délibération de la CRE du 28 octobre 2010 portant approbation de la méthode d'allocation implicite journalière des capacités d'interconnexion au sein de la région Centre-Ouest

Avis de la CRE du 31 août 2010 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000

Délibération de la CRE du 24 juin 2010 portant application des règles tarifaires relatives aux prestations annexes réalisées sous le monopole des gestionnaires de réseaux publics de distribution d'électricité

Délibération de la CRE du 3 mars 2010 portant avis sur un projet d'arrêté relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil et sur un projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000

Avis de la CRE du 3 décembre 2009 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 29 octobre 2009 portant orientations pour les travaux des instances de concertation GTC, GTE et GTG relatifs au fonctionnement des marchés de détail de l'électricité et du gaz

Communication de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) sur le pic de prix de l'électricité du 19 octobre 2009.

Décision du CoRDIS de la CRE en date du 2 octobre 2009 sur le différend qui oppose les sociétés Tembec Tarascon et Bioenerg à la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF), relatif au comptage de l'électricité injectée par les installations de production des sociétés Tembec Tarascon et Bioenerg

Décision du CoRDIS de la CRE en date du 2 octobre 2009 sur le différend qui oppose la société POWEO Production à la société RTE EDF Transport, relatif à la participation aux services systèmes et à leur rémunération

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 1er octobre 2009 portant décision sur des règles transitoires modifiant les règles relatives au dispositif de responsable d'équilibre

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 10 août 2009 portant avis sur le projet d'arrêté relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité

Décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la CRE en date du 30 juillet 2009 sur la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Tembec Tarascon et Bioenerg, dans le cadre du différend qui les oppose à la société Electricité Réseau Distribution France, relatif au comptage de l'électricité injectée par l'installation de production de la société Bioenerg

Décision du CoRDIS de la CRE en date du 30 juillet 2009 sur le différend qui oppose la société SAIPOL à la société RTE EDF Transport, relatif au raccordement de son site industriel de consommation d'électricité au réseau public de transport d'électricité

Avis de la Commission de régulation de l'énergie du 23 juillet 2009 sur le projet de décret relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 16 juillet 2009 sur le point d'exécution intermédiaire du programme d'investissements 2009 de RTE

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 juillet 2009 portant communication concernant l'approbation des modèles de contrat d'accès au réseau public de transport en application de l'article 14 du cahier des charges de concession du réseau public de transport

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 juillet 2009 portant approbation des règles relatives au dispositif de responsable d'équilibre et au service d'échange de blocs

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 25 juin 2009 relative à l'évolution des principes du calcul du coût évité par l'électricité produite sous obligation d'achat en métropole continentale

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 18 juin 2009 portant approbation de la prolongation des règles transitoires de mise en œuvre de l'expérimentation relative aux ajustements diffus

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 26 mars 2009 portant consultation publique sur la surveillance des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel et sur la transparence de la production d'électricité

Proposition de la Commission de régulation de l'énergie du 26 février 2009 relative aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité

Décision du CoRDIS en date du 23 janvier 2009 sur le différend qui oppose la société COUFFREAU ENERGIE à la société RTE EDF Transport, relatif aux conditions de raccordement au réseau public de transport d'électricité

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 22 janvier 2009 portant approbation des règles relatives à la programmation, au mécanisme d'ajustement et au recouvrement des charges d'ajustement

Communiqué de presse de la Commission de régulation de l'énergie du 15 janvier 2009 relatif à la publication du rapport de surveillance du fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel en 2007

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 8 janvier 2009 relative à la publication du rapport de surveillance du fonctionnement des marchés de gros français de l'électricité et du gaz naturel en 2007

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 18 décembre 2008 portant décision sur le programme d'investissements de RTE pour 2009

Décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie en date du 15 décembre 2008 sur le différend qui oppose la société CONDAT à la société RTE EDF Transport (RTE), relatif à l'exécution du contrat d'accès au réseau public de transport d'électricité

Avis du 30 octobre 2008 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent

Avis de la Commission de régulation de l'énergie du 11 août 2008 sur le projet d'arrêté relatif aux prix de vente de l'électricité

Avis de la Commission de régulation de l'énergie du 17 juillet 2008 sur le projet d'arrêté modifiant l'annexe du décret du 8 avril 2004 relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme « produit de première nécessité »

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 17 juillet 2008 sur les travaux des instances de concertation GTC, GTE, GTG relatifs au fonctionnement du marché de détail de l'électricité et du gaz naturel

Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 2 juillet 2008 relatives aux modalités de surveillance des transactions sur les marchés de gros de l'électricité et du gaz, Consultation publique, Synthèse des contributions

Communiqué de presse de la Commission de régulation de l'énergie du 22 avril 2008 relatif à la publication du rapport sur les pics d'électricité d'octobre et novembre 2007

Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 17 avril 2008 sur les résultats des investigations menées sur les pics de prix de l'électricité observés sur Powernext Day-ahead Auction en octobre et en novembre 2007

Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 16 avril 2008 sur les modalités de surveillance des transactions sur les marchés de gros de l'électricité et du gaz

Communication de la CRE du 16 avril 2008 sur les modalités de surveillance des transactions sur les marchés de gros de l'électricité et du gaz, Annexe, Format des données et modalités de transmission

Décision du CoRDIS en date du 7 avril 2008 sur les différends qui opposent respectivement les sociétés Direct Energie, Gaz de France, Electrabel France et Poweo, à la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF), relatifs à la signature d'un contrat GRD-F

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 2 avril 2008 relative à la réservation contractuelle par RTE de puissance effaçable auprès de consommateurs raccordés au réseau public de transport

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 20 décembre 2007 relative au programme d'investissements de RTE pour 2008

Avis de la Commission de régulation de l'énergie du 9 août 2007 sur le projet d'arrêté relatif aux prix de vente de l'électricité

Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 27 septembre 2007 sur les travaux des instances de concertation GTE, GTG, et GTC 2007, relatifs à la préparation de l'ouverture complète du marché de l'électricité et du gaz naturel au 1er juillet 2007

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 18 juillet 2007 sur l'approbation des règles relatives à la programmation, au mécanisme d'ajustement et au recouvrement des charges d'ajustement

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 12 juillet 2007 sur le point d'exécution intermédiaire du programme d'investissements 2007 de RTE

Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 6 juin 2007 sur l'évolution du comptage électrique basse tension de faible puissance (≤ 36 kVA)

Avis de la Commission de régulation de l'énergie du 10 janvier 2007 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie hydraulique des lacs, des cours d'eau et des mers, telles que visées par l'article 2 (1o) du décret no 2000-1196 du 6 décembre 2000

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 21 décembre 2006 sur le programme d'investissements de RTE pour 2007

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 5 octobre 2006 se prononçant sur un différend qui oppose le Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC) à Électricité de France (EDF), relatif à la communication de données de comptage

Communication de la CRE du 14 septembre 2006 sur les travaux du GTE 2007 et du GTG 2007

Avis de la Commission de régulation de l'énergie du 9 août 2006 sur le projet d'arrêté relatif aux prix de vente de l'électricité

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 5 juillet 2006 sur l'exécution du programme d'investissements 2006 de RTE à mi-année.

Avis du 29 juin 2006 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3o de l'article 2 du décret no 2000-1196 du 6 décembre 2000

Avis du 29 juin 2006 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent telles que visées par l'article 2 (2o) du décret no 2000-1196 du 6 décembre 2000

Avis de la Commission de régulation de l'énergie du 26 juin 2006 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui valorisent le biogaz

Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 22 mars 2006 relative à l'amélioration du mécanisme d'ajustement

Communication du 16 mars 2006 de la Commission de régulation de l'énergie sur les Virtual Power Plants (VPP) mis en œuvre par EDF et leur évolution vers un programme régulé de mise à disposition d'électricité sur le marché de gros

Synthèse du 16 mars 2006 des réponses à la consultation publique sur le dispositif de *Virtual Power Plants* (VPP) mis en œuvre par EDF

Avis de la Commission de régulation de l'énergie du 2 mars 2006 sur le projet de décret approuvant le cahier des charges type de concession du réseau public de transport de l'électricité

Communiqué de presse du 12 janvier 2006 « Préparation des modalités pratiques d'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz pour les clients résidentiels le 1^{er} juillet 2007 »

Communication de la CRE du 10 janvier 2006 sur les travaux du GTE 2007 et du GTG 2007 relatifs à la préparation de l'ouverture des marchés des clients résidentiels de l'électricité et du gaz naturel au 1^{er} juillet 2007

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 1^{er} décembre 2005 sur le programme d'investissements de RTE pour 2006

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 1^{er} décembre 2005 sur la mise en œuvre des programmes de travail dénommés « feuilles de route » concernant les procédures d'allocation de capacités d'interconnexion en 2006 et la prise en compte de l'arrêt de la CJCE C-17/03 du 7.06.05.

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 10 mars 2005 se prononçant sur un différend qui oppose La Compagnie du Vent à Electricité de France (EDF) relatif au raccordement de ses installations de production d'électricité au réseau public de distribution

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 27 septembre 2005 se prononçant sur un différend qui oppose La Compagnie du Vent à Electricité de France (EDF), relatif au raccordement de ses installations de production d'électricité au réseau public de distribution

Communication de la CRE du 26 mai 2005 sur le « Groupe de Travail Électricité 2007 » (GTE 2007)

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 12 mai 2005 se prononçant sur un différend qui oppose Madame Marion COURT à la Coopérative d'électricité de Saint-Martin-de-Londres (CESML) relatif au raccordement d'une installation de production d'électricité photovoltaïque au réseau public de distribution

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 11 mai 2005 se prononçant sur un différend qui oppose la SICAE de la Somme et du Cambrasis à la régie GAZELEC de Péronne, relatif à la signature d'un contrat GRD/fournisseur

Décision de la Commission de régulation de l'énergie en date du 24 mars 2005 se prononçant sur un différend qui oppose la Société d'Études et de Réalisations Hydroélectriques (SERHY) à Electricité de France (EDF) relatif aux conditions de raccordement d'une installation de production hydroélectrique au réseau public de distribution

Délibération du 17 mars 2005 relative à l'approbation des règles du mécanisme d'ajustement

Décision de la Commission de régulation de l'énergie en date du 16 février 2005 se prononçant sur le différend qui oppose la société SA COLOMBIE et Fils à Electricité de France sur la conclusion d'un contrat d'achat d'électricité

Avis du 2 décembre 2004 sur le projet d'arrêté modifiant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations de cogénération et les installations utilisant des énergies renouvelables ou des déchets ménagers

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 24 novembre 2004 sur le programme d'investissements de RTE pour 2005

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 22 juillet 2004 se prononçant sur un différend relatif au raccordement au réseau public de distribution d'un ensemble de sept maisons d'habitation qui oppose la société JMF IMMO à Electricité de France (EDF)

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 13 juillet 2004 sur l'exécution du programme d'investissements 2004 de RTE à mi-année.

Avis de la Commission de régulation de l'énergie du 24 juin 2004 sur le projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 13 mars 2002 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil et l'arrêté du 13 mars 2002 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations d'une puissance inférieure ou égale à 36 kVA pouvant bénéficier de l'obligation d'achat

Décision du 9 juin 2004 relative à l'approbation des règles du mécanisme d'ajustement

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 4 juin 2004 se prononçant sur un différend qui oppose la société Clariant Huningue à la SAEML Hunélec relatif aux conditions financières d'acheminement de l'énergie électrique pour son usine de fabrication de produits chimiques

Décision de la Commission de régulation de l'énergie en date du 3 juin 2004 se prononçant sur un différend qui oppose la Société Pouchon Cogen à Electricité de France (EDF) relatif aux conditions de raccordement d'une installation de cogénération au réseau public de distribution

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 27 mai 2004 se prononçant sur un différend qui oppose la SARL DE LA TORRE à Electricité de France (EDF) relatif aux conditions de raccordement d'une centrale thermique au réseau public de distribution

Décision de la Commission de régulation de l'énergie en date du 6 mai 2004 se prononçant sur un différend qui oppose la Société d'Aménagement des Forces Hydroélectriques de l'Ouzom à Arbéost (SAFHLOA) à Electricité de France (EDF) relatif aux conditions de raccordement d'une centrale de production d'électricité hydroélectrique au réseau public de distribution.

Communication de la Commission de régulation de l'énergie en date du 25 mars 2004 sur le projet de règles du marché de contrats d'échanges d'électricité à terme fermes standardisés (Powernext Futures™) de la société Powernext

Avis de la Commission de régulation de l'énergie du 22 janvier 2004 sur le projet d'arrêté relatif aux prix de vente de l'électricité

Avis de la CRE du 8 janvier 2004 sur le projet de décret relatif aux tarifs de cession aux distributeurs non nationalisés

Proposition de la Commission de régulation de l'énergie en date du 18 décembre 2003 relative à la contribution aux charges de service public de l'électricité pour l'année 2004

Communication de la CRE du 24 décembre 2003 sur le « Groupe de Travail Électricité 2004 » (GTE 2004), Ouverture du marché électrique le 1er juillet 2004

Délibération de la commission de régulation de l'énergie du 27 novembre 2003 sur le programme d'investissements de RTE pour 2004

Communication de la CRE du 18 novembre 2003 sur l'évolution du mécanisme d'ajustement

Décision de la Commission de régulation de l'énergie en date du 6 novembre 2003 se prononçant sur un différend, qui oppose la Société du parc éolien de La Conque et la Société du parc éolien des Quatre Bornes à Electricité de France (EDF) et à la Coopérative d'électricité de Saint-Martin-de-Londres (CESML), relatif aux conditions de raccordement de leurs installations de production d'électricité au réseau public de distribution

Décision de la Commission de régulation de l'énergie en date du 30 octobre 2003 se prononçant sur un différend qui oppose la SARL Cogé de Kerverzet à Electricité de France concernant le prix du raccordement d'une installation de production d'électricité.

Proposition de la Commission de régulation de l'énergie en date du 30 septembre 2003 relative aux charges de service public de l'électricité et à la contribution unitaire pour 2004

Décision de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), en date du 11 septembre 2003, se prononçant sur un différend qui oppose les sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group au gestionnaire du réseau public de transport d'électricité, Réseau de transport d'électricité (RTE)

Communication de la CRE du 3 juillet 2003 sur le « Groupe de Travail Electricité 2004 » (GTE 2004)

Décision de la Commission de régulation de l'énergie du 26 juin 2003 sur l'exécution du programme d'investissements 2003 de RTE à mi-année

Décision de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), en date du 24 juin 2003, se prononçant sur deux demandes de règlement de différends opposant Réseau de transport d'électricité (RTE) à Réseau ferré de France (RFF) et à la Société nationale des chemins de fer français (SNCF)

Décision de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), en date du 5 juin 2003, se prononçant sur un différend qui oppose Monsieur Michel PESTKA à EDF

Décision de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) en date du 6 mai 2003 se prononçant sur un différend qui oppose la Société d'Investissement en Energie (Sinerg) à Electricité de France (EDF) sur les conditions financières de la réalisation du raccordement d'une installation de cogénération au réseau public de distribution

Décision de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) en date du 27 mars 2003 sur un différend qui oppose Papeterie de Bègles à Électricité de France (EDF) sur les conditions de réalisation du raccordement d'une installation de cogénération au réseau public de distribution et sur la conclusion d'un contrat d'achat d'électricité.

Avis du 6 mars 2003 sur le projet d'arrêté modifiant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations de cogénération et les installations utilisant des énergies renouvelables ou des déchets ménagers

Communication du 13 février 2003 relative à l'élargissement de l'ouverture du marché français de l'électricité

Décision de la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE), en date du 6 février 2003, sur un différend qui oppose la Société Nationale d'Electricité et de Thermique (SNET) à Réseau de Transport d'Electricité (RTE), gestionnaire du réseau public de transport d'électricité, relatif aux modalités d'exécution du contrat de responsable d'équilibre de la SNET.

Délibération du 23 janvier 2003 relative à l'approbation des règles du mécanisme d'ajustement

Décision de la Commission de Régulation de l'Électricité (CRE) en date du 12 décembre 2002 sur un différend qui oppose la société PEM ABRASIF REFRACTAIRES (PEMAR) à RESEAU DE TRANSPORT D'ELECTRICITE (RTE), en tant que gestionnaire du réseau public de transport d'électricité, relatif à la tarification d'utilisation des réseaux publics applicable aux consommateurs raccordés en tension 42 kV.

Décision de la Commission de régulation de l'électricité (CRE) en date du 12 décembre 2002 se prononçant sur le différend qui oppose la société AESM à ELECTRICITE DE FRANCE sur la conclusion d'un contrat d'achat d'électricité

Délibération de la Commission de régulation de l'électricité du 27 novembre 2002 sur le programme d'investissements de RTE pour 2003

Communication de la CRE du 26 novembre 2002 sur l'abaissement du seuil de l'éligibilité

Proposition de la Commission de régulation de l'électricité en date du 26 septembre 2002 relative au montant prévisionnel des charges du service public de la production d'électricité pour 2003

Communication du 11 juillet 2002 de la CRE relative à la gestion par Powernext S.A. de la programmation et de la facturation des produits de capacité de production EDF mis aux enchères

Communication de la CRE du 4 juillet 2002 sur des modifications apportées à la procédure de gestion des demandes de raccordement des installations de production décentralisées

Décision de la Commission de régulation de l'électricité du 4 juillet 2002 sur l'exécution du programme d'investissements 2002 de RTE à mi-année

Avis du 27 juin 2002 sur le projet de décret relatif à la tarification spéciale de l'électricité « produit de première nécessité »

Décision de la Commission de Régulation de l'Electricité (CRE) en date du 27 juin 2002 sur un différend, qui oppose la société SEMMARIS à ELECTRICITE DE FRANCE, en tant que gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité, relatif aux conditions de prise en compte de la multiplicité des points de livraison dans le dispositif contractuel d'accès au réseau électrique.

Communication de la CRE du 13 juin 2002 relative à l'élargissement de l'éligibilité en 2003

Décision de la Commission de régulation de l'électricité (CRE) en date du 30 mai 2002 se prononçant sur le différend qui oppose la société DOUNOR à ELECTRICITE DE FRANCE, en tant que gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité, relatif à l'exécution d'un contrat d'accès au réseau public.

Communication de la CRE du 16 mai 2002 relative au calcul des charges du service public de la production d'électricité pour l'année 2002

Décision de la Commission de Régulation de l'Electricité (CRE) en date du 2 mai 2002 sur un différend qui oppose le gestionnaire du Réseau de Transport d'Electricité (RTE) et la Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) relatif aux conditions de prise en compte de la multiplicité des points de livraison dans le dispositif contractuel d'accès au réseau électrique.

Avis de la Commission de régulation de l'électricité en date du 4 avril 2002 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par méthanisation

Avis de la Commission de régulation de l'électricité en date du 4 avril 2002 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant, à titre principal, l'énergie dégagée par la combustion ou l'explosion de matières non fossiles d'origine végétal.

Avis de la Commission de régulation de l'électricité en date du 14 février 2002 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie des nappes aquifères ou des roches souterraines

Proposition de la Commission de régulation de l'électricité en date du 20 décembre 2001 relative au montant prévisionnel des charges du service public de la production d'électricité pour 2002

Délibération du 13 décembre 2001 de la Commission de régulation de l'électricité relative à la définition des modalités d'attribution pour l'année 2002 des capacités de transit transfrontalier entre la France et l'Italie

Délibération du 29 novembre 2001 de la Commission de régulation de l'électricité sur le programme d'investissements de RTE pour 2002

Communication du 23 novembre 2001 sur les enchères de capacités de production organisées par EDF

Avis de la Commission de régulation de l'électricité en date du 18 octobre 2001 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations d'une puissance inférieure ou égale à 36 kVA pouvant bénéficier de l'obligation d'achat

Délibération du 21 septembre 2001 sur le projet de règles de marché de Powernext

Communication du 6 septembre 2001 relative à la liberté du négoce d'électricité

Avis de la Commission de régulation de l'électricité en date du 19 juillet 2001 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui éliminent des déchets animaux bruts ou transformés

Communication de la CRE du 19 juillet 2001 sur la procédure de gestion des demandes de raccordement des installations de production décentralisées

Communication du 19 juillet 2001 de la Commission de régulation de l'énergie sur les modifications souhaitables au mécanisme de responsabilité d'équilibre

Avis de la Commission de régulation de l'électricité en date du 12 juillet 2001 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations de cogénération d'électricité et chaleur valorisée

Décision de la CRE du 12 juillet 2001 sur l'exécution du programme d'investissement 2001 de RTE à mi-année

Communication du 10 juillet 2001 sur les enchères de capacités de production organisées par EDF

Communication du 5 juillet 2001 de la Commission de régulation de l'électricité sur l'accès aux données du comptage électrique

Communication du 5 juillet 2001 de la CRE sur le mécanisme journalier de réattribution de capacités sur l'interconnexion franco-italienne

Avis de la Commission de régulation de l'électricité en date du 5 juin 2001 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par des installations utilisant l'énergie hydraulique des lacs, cours d'eau et mers, telles que visées à l'article 2-1 du décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000

Délibération sur la définition des modalités d'attribution par prorata des capacités de transit transfrontalier entre la France et l'Italie du 14 décembre 2000

Délibération sur les conditions de création d'une bourse de l'électricité du 14 décembre 2000

Délibération relative à la note de consultation dans le cadre de la préparation de l'approbation du programme d'investissement du réseau de transport d'électricité du 19 novembre 2000

Avis relatif au mouvement tarifaire du 1^{er} mai 2000

§3. Droit international

Déclaration de sommets internationaux

Déclaration des chefs d'État et de gouvernement, sommet de Pittsburgh, G20, 24-25 septembre 2009

Déclaration sur le renforcement du système financier, sommet de Londres, G20, 2 avril 2009

Déclaration du sommet sur les marchés financiers et l'économie mondiale, Washington, 15 novembre 2008

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 11 juin 2009, *Dubus S.A contre France*, Requête n°5242/04.

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, Requête n°15963/90.

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 novembre 1993, *Imbriosca contre Suisse*, Requête n°13972/88.

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, Requêtes n° 6878/75 et 7238/75.

Index terminologique

Le présent index renvoie aux **numéros de page** et non aux numéros de paragraphe.

A.

Accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH), 13, 141, 417, 419, 577-578

ACP, 13, 505-506, 646, 669, 701

Agence nationale des fréquences, 242

Aménagement du territoire, 107, 193, 236, 254, 260-261, 317-318, 364

AMF, 13, 433, 489, 507, 590-592, 613, 620-634, 638, 645, 661-663, 669, 685, 692-697, 700-708

Analyse économique du droit, 7, 16, 39-63, 71-93, 142-145, 176, 195-202, 267, 270, 298, 325, 333-339, 345, 358-361, 372, 381-382, 390, 425-430, 455, 484, 524, 541, 608, 675, 717-727

Analyse néo-institutionnelle du droit, 16, 51, 61-77, 331, 338-343, 428, 455-458, 462, 468, 474-475, 483-488, 493-506, 513-514, 520-531, 563, 579, 584-588, 593-609, 615-617, 641, 660, 665-673, 678, 692, 701-706, 713-728

Analyse substantielle, 40, 53-55, 394, 484

ARAF, 13, 49, 499, 505, 592, 613, 620-624, 628-638, 645-648, 661-668, 699, 704

ARCEP, 13, 129-130, 146-165, 170-253, 262-266, 273-277, 289, 297-320, 350, 358, 383, 410-411, 442, 467, 487, 500, 567, 583, 585, 594, 613, 620-638, 644-648, 660-673, 680-692, 697-709

ARJEL, 13, 50, 500-505, 585-586, 591, 613, 620-623, 628-631, 638, 646, 661-663, 669, 697-701, 709

ARMT, 13, 49, 503-505, 777

ART, 13, 21, 81, 118, 130, 169, 170-175, 190-194, 237, 245, 259, 308-310, 317-323, 358, 427, 442, 511, 654, 684-686, 703

Autorité administrative indépendante, 47, 77, 341, 495, 500-506, 521, 530, 536, 566-567, 585-590, 597-617, 626, 631, 694, 707, 715, 718, 723-724

Autorité de la concurrence, 13, 27, 151, 178-189, 197-201, 215, 226, 284-297, 333, 410, 508-522, 587-589, 613, 619, 624-633, 638-648, 658-665, 671-673, 685, 691, 696-713, 721

Autorité publique indépendante, 77, 341, 504, 530, 589-595, 610-617, 626, 715-718, 723-724

Autorités réglementaires nationales, 123, 126-128, 165, 224-227, 236, 243-244, 250, 549-550, 569-571, 627, 635, 682

B.

Barrières à l'entrée, 148-156, 159-160, 188, 205, 231, 247, 328

Boucle locale, 97, 124, 147, 150, 159, 167-168, 172, 204-210, 219, 225-230, 258, 264, 275, 289-295, 311, 329, 381-384

C.

Capture, 88, 108, 143, 400, 559, 572, 620, 624-625, 677

CMILT, 13, 102, 171-173

Coévolution, 66, 75, 339-347, 363, 372, 385-387, 395-406, 411-429, 440-441, 447-466, 483-487, 499-507, 525-532, 537, 545-554, 561, 568-573, 578-585, 615, 640, 715-717, 722-723

CRE, 3, 141-142, 374-381, 416, 432-440, 448-451, 534, 552, 566, 583, 644, 667-673, 684-691, 697, 701

Commission européenne, 42, 118, 130-133, 146, 163, 205, 209-212, 217, 229-234, 257-258, 272-275, 280-282, 287-293, 330, 362, 410-415, 517, 549-550, 569-570, 592, 611, 627, 636-639, 657

Common law, 44-46, 60-62, 91-92

Concentrations, 236, 207-279, 330, 393-394, 413-414, 496, 515-518, 658, 705

Conseil constitutionnel, 18, 29-33, 303, 356, 451, 493-495, 502, 566-567, 585-587, 600-601, 619-621, 631-634, 642-644, 656-704

Conseil d'État, 13-15, 18-22, 26-31, 40, 80, 170-176, 182, 241-247, 258, 356, 432, 449, 453, 467, 489-493, 506-509, 546, 565-567, 583-587, 594, 600-607, 626, 630-643, 650, 654-658, 663, 669, 679-683, 687-698, 705-710, 726

Conseil de la concurrence, 142, 148-152, 164, 182-188, 205-216, 226-236, 253, 259, 272-302, 416, 433-434, 451, 487, 510-522, 587-588, 635, 664, 672, 691-703

Convention européenne des droits de l'homme, 689-692, 696

Couplage structurel, 66-68, 340, 345, 358-364, 372-375, 380, 385-388, 394-398, 422-432, 455, 482-485, 537-538, 545, 551, 561-568, 584, 639

Cour de cassation, 13, 151, 214-216, 293, 670, 691-696, 709

Cour de justice de l'Union européenne, 13, 225, 228, 257-260, 300, 452, 547-550, 568-570, 611, 627, 636-638, 666-667

Cour de justice des Communautés européennes, 112-119, 124, 132-133, 167, 225, 258, 271, 300, 352, 439, 492, 517-518, 545-546, 573-575

Coûts de transaction, 70-75, 89-92, 359-372, 383, 390-391, 400-404, 423-428, 442-446, 491, 527, 537, 544, 556-558

CSA, 13, 28, 183, 242, 289, 493-497, 585-586, 609, 613, 620-633, 645-655, 661-669, 692, 697-709

D.

Défaillances de marché, 86-90, 96, 143, 207, 239, 245, 335, 365-366, 461-462, 543

Définition de la régulation, 15-28, 38-40, 47-49, 58, 67, 76-77, 176-177, 202, 321-337, 462-464, 492, 501-503, 508, 525, 598-607, 612-613, 651, 715-729

Dégroupage, 167-172, 207-210, 226-229, 275, 293, 308

Dé-intégration, 100, 362, 387, 392, 398-429, 453, 460, 576, 647

Démocratie, 23-24, 39, 56, 84, 326, 461, 473, 530-531, 561-563, 570, 599, 605, 619, 630, 637-642, 675-688, 726, 729

Départ d'appel, 158-160, 188, 204-213, 218-219, 227-235, 245, 293, 308

Déréglementation, 21, 47, 81, 177, 193, 241, 281, 341

Dérégulation, 145, 155-160, 167, 185-187, 207-207, 220-235, 248, 267, 720

Développement technologique, 96-105, 116-117, 149-154, 166, 203-219, 264-267, 329, 407

Domaine public, 234-243, 309-311, 385, 420-422, 656, 707

Droit disciplinaire, 75, 340, 475-477, 480-483, 580, 606

Droit économique, 14-27, 40-42, 52-59, 67, 389, 394, 481-485, 508, 523-524, 530, 584, 599-602, 687

Droit statutaire, 63-64, 68, 75, 340, 475-476, 579-584, 594, 606, 674

Droits de propriété, 49, 70, 343, 359-360, 387-398, 400-404, 407, 411, 419-427, 460-463, 470, 539-555

E.

Échelle des investissements, 107, 126, 162-163, 248-254, 267

Économie de la réglementation, 86-87, 101-105

Économie des réseaux, 7, 45-48, 57-58, 76-223, 232-305, 313-346, 365-385, 406-410, 419-422, 459-460, 509, 539, 554, 639, 719-720

Économie néo-institutionnelle, 7, 45-48, 62, 69-77, 90, 180, 253, 331, 338-347, 358-490, 500-501, 525-527, 531-532, 537-567, 583, 606-608, 615-617, 630, 639-656, 677-679, 713, 717-723, 728-729

EDF, 141-142, 356, 399, 403-406, 412-419, 434, 445-451, 667-668, 673

Effet de club, 94-101, 202-203, 254, 263-269, 335, 385, 720

Efficience, 46, 57-60, 72, 85, 90-92, 102, 104, 250, 362, 401, 425-429, 466, 490-491, 541, 554-559

Égalité, 111-114, 123, 247, 262, 355, 698

Engagements, 22, 101, 107-108, 131, 179-180, 236, 263, 269, 274-277, 288, 311, 322,

421-434, 461, 491, 509, 555, 602, 653-658, 663, 673-674

Entente, 133, 272, 280-282, 517

Environnement institutionnel, 102, 425, 532, 537-542, 555-560, 606, 617, 639, 677

État gendarme, 23, 470

État libéral, 23-24, 469-472

État post-moderne, 24, 606, 655

État providence, 23, 472, 727

État régulateur, 23-24, 727

Externalité, 94-95, 203, 265-266

F.

Facilités essentielles, 27, 259, 284-297, 323-324, 330, 509, 511, 515-516

Fibre optique, 164, 184, 208-212, 219, 253-254, 262, 267, 277-289, 296-297, 306-308, 316-317, 381-382, 398, 409-410, 454

Fonction administrative, 77, 177-178, 197, 199, 341-343, 458-459, 468-474, 485-487, 525-531, 600, 613-617, 715-726

France Télécom, 22, 129, 147-151, 172-184, 205-219, 224, 257-264, 281, 292-319, 398, 411, 486, 635, 657, 670-673, 691

G.

Gestionnaire de réseau de transport, 377-378, 393-395, 402-405, 436-437, 445, 576, 644

H.

HADOPI, 14, 49, 503-505, 590-592, 613, 620-623, 629, 638, 645, 658-669, 690, 697, 701-704

Homologation, 169, 184, 190, 632, 635, 643-645

I.

Idée d'œuvre, 37-38, 64, 75, 340-343, 457, 467-479, 483-485, 492, 498-502, 524-530, 553, 579-584, 598, 618, 642, 650, 674-681, 699-706, 718-723

Impartialité, 323, 549-549, 565-567, 571-572, 624, 627, 683, 687, 695-701

Incitations, 87-92, 98, 107, 126, 160-163, 168, 234, 251, 267, 401, 424, 470, 538, 602-606, 617, 647-650

Indépendance, 92, 101, 126, 139-140, 193, 308, 350-355, 399-405, 469-470, 480, 545-553, 560-643, 657-682, 713-723

Institution juridique, 15-17, 33-38, 50-52, 75-77, 338-339, 459, 467-479, 525-529, 579, 581-584, 606, 615-618, 701, 711, 717-724

Institutions, 15, 37, 45-53, 59-75, 101, 136, 339-391, 423-427, 435, 459-469, 474, 477, 480, 485, 490, 525, 531-568, 579-615, 634-642, 688, 715-723

Interconnexion, 49, 95, 103-106, 120-128, 141, 150-175, 190, 215, 221, 235-236, 245-263, 274, 281-283, 295-315, 350, 370, 392, 407, 439-440, 486, 547-559, 618, 670, 684, 703

Intérêt général, 21-26, 59, 88, 118, 132-134, 240-273, 320-337, 351, 357, 363, 377, 384, 420-421, 461-474, 484-504, 517-531, 543, 599, 683, 720

Interopérabilité des réseaux, 58, 100, 254, 263-267, 315-319, 379-384, 720

Investissement, 76, 86, 126, 152, 163, 168, 236-238, 248-254, 260, 267, 276, 291, 329, 335, 357, 378, 386, 407-418, 436-454, 464-500, 534, 556, 576, 720

Itinérance, 158, 227, 234-235, 245-246, 330, 666

L.

Liberté du commerce et de l'industrie, 431, 461

Libre circulation des marchandises, 113, 118

Libre circulation des services, 119

M.

Marché intérieur, 117, 134-138, 228, 255, 285, 347-353, 361-362, 376, 387, 401-405, 440, 455, 460-466, 501, 527, 547-551, 573-576, 619, 657

Marché pertinent *ex ante*, 146-161, 204, 231, 300, 328

Marchés de détail, 128, 151-167, 191-195, 205, 214, 219-232, 248, 259, 267, 288-289, 550, 685

Marchés de gros, 128, 151-167, 186, 195, 204-235, 267, 288-392, 314-316, 380, 416, 429-440, 550, 559

Market Design, 70, 341-345, 388-395, 436, 539

Médiateur, 443, 552

Monopole naturel, 45, 76, 86-104, 120, 143, 153, 199-238, 267-269, 285, 293, 328-330, 365-383, 392, 399, 407-409, 455, 461, 527, 719-720

Mutualisation, 236, 241, 253, 267, 276, 296, 317, 410

N.

Normativité, 18-25, 54, 69-70, 199, 327, 339-345, 424-427, 540-541, 556, 596, 601-606, 641, 685, 715, 723-725

Nucléaire, 13, 50, 141, 294, 412-419, 451-453, 534, 577, 645, 661

O.

Obligations de service public, 129, 256, 347-357, 377, 443-445, 466, 473

Opérateur historique, 69-104, 121, 141, 186, 195, 258, 293, 316, 387, 398-419, 429, 451-453, 466, 527, 576, 592

Opérateurs virtuels, 160, 222, 231-235, 245-246, 277-278, 294, 311

Opportunisme, 363-366, 423, 428, 542-544, 572, 612, 652

Ordre public économique, 20, 26-28, 77, 273, 325, 341-343, 458-497, 510-530, 584, 602, 613-617, 662, 671-673, 690, 700-703, 715-724

Organisations, 41, 69-75, 340, 361, 387, 423-429, 490, 537-542, 554-556, 579, 584, 606, 648, 663

Orientation des prix vers les coûts, 165-173, 259, 288-290, 295, 306

Ouverture à la concurrence des industries de réseau, 20-21, 41-48, 76-83, 92-112, 134, 143-145, 176-178, 197-202, 337-338, 347-351, 411, 564-566, 720-725

P.

Personnalité morale, 406, 504, 580-581, 590-595, 612-613, 631-634, 708-709

Police, 21-28, 33-36, 177-178, 243, 327, 340-343, 457-459, 468-482, 489-529, 550-553, 587, 593, 610-612, 617, 623, 638-655, 665-674, 701, 724-727

Politiques publiques, 19, 50, 72, 76-87, 178, 203, 232-239, 248-263, 317-318, 335-347, 357-362, 385, 402, 413, 423, 441-442, 447, 454-473, 485-502, 513-530, 553, 571, 584, 597, 608-617, 647, 715-725

Position dominante, 112-117, 153-156, 215-218, 232, 271-297, 414-416, 515-519, 545

Pouvoir réglementaire, 112, 319, 536-539, 566, 586, 593, 632-648, 659, 697

Price cap, 105, 175

Prix, 32, 69-70, 87, 102-107, 123, 135-141, 152, 160-175, 187-188, 197, 224-226, 259, 267, 276, 283, 288-296, 306, 320, 330, 339, 345-353, 374, 386, 407, 416-454, 470, 490, 494, 533-534, 541, 556, 547-577, 645, 652

Procès équitable, 689-695

Propriété, 39, 49-53, 68-70, 92-95, 100, 236, 241, 258, 343-346, 359-360, 387-410, 420-427, 455, 460-463, 470, 501-505, 529, 539-546, 556, 590-593, 620-629, 646, 658-669, 697-704, 722, 728

Puissance significative sur le marché, 126, 143, 150-154, 161-165, 217-219, 225-227, 262, 316, 328, 382

R.

Règlement de différends, 212, 235-237, 245, 262, 299-312, 319, 333, 403, 411, 449, 487, 504, 568, 574, 583, 659-674, 689-691, 703-705, 709-710

Règlement intérieur, 628, 684, 697

Régulation asymétrique, 190-191, 195, 304, 314-316, 333, 410

Régulation concurrentielle *ex ante*, 283-284, 287, 291, 296-297, 313, 324

Régulation *ex ante*, 21, 58, 76, 80, 100-101, 106, 121-130, 141-337, 351, 381-385, 408-410, 509-511, 514-516, 550, 569, 658, 720-724

Régulation *ex post*, 22, 58, 76, 100, 105-106, 121, 127, 143, 147-160, 179-190, 197, 201-203, 210-211, 217, 220-227, 235, 238, 248-250, 264, 269-287, 297-324, 330, 333, 335, 509-514, 721

Régulation politique, 99, 108-109, 254-255, 259-260, 273

Régulation sectorielle *ex post*, 298-304, 308-310, 313, 317, 324, 333

Régulation symétrique, 195, 314-319, 325-326, 329-335, 350, 357, 410, 443, 684

Regulatory Design, 70, 341, 531, 540-541

Re-réglementation, 193, 341, 345, 462, 463, 539

Réseaux mobiles, 98, 130, 146-148, 158, 164, 173-175, 186-188, 214-217, 222, 231, 237, 245, 253, 273, 289, 294-296, 309, 383-384

Ressources rares, 76, 100, 153, 202, 238-248, 267-269, 335, 461, 656, 720

S.

Sanction administrative, 303, 535, 567, 659-665, 674, 690-691, 705-707

Sécurité d'approvisionnement, 135-139, 349-355, 437-441, 446, 466, 533

Séparation comptable, 121-122, 127, 152, 163-169, 187, 197, 221, 403, 653

Séparation des pouvoirs, 567, 579-582, 589, 615, 639, 659-660

Service public, 15-16, 21, 26, 35-36, 39, 42, 48-49, 80-83, 87-88, 122, 129, 136, 139-142, 178, 193, 201, 256-262, 317-326, 339-387, 399-404, 421, 429, 432, 441-474, 496-499, 518, 524, 527, 531-545, 550-553, 560, 563, 578, 593, 602, 608, 609, 613, 617, 620, 722-724

Service universel, 99, 107-109, 118-126, 136, 154-167, 175, 184, 190, 195, 223-267, 315-319, 353, 357, 443-444, 451, 466, 473, 533, 547, 550, 644, 705

SIEG, 118, 132-133, 352, 518

Soft law, 125, 128, 146, 161, 201, 330, 351, 562, 602, 605, 686, 695

Spécificité d'actif, 363-369, 372, 377-378, 383, 385, 430, 441, 499, 544

Spectre hertzien, 148, 160, 207, 222, 231, 239-248, 311, 329, 351, 370, 384-385, 419-421, 496, 656, 720

Structure de gouvernance, 70, 370-371, 383, 410, 418, 425-430, 435, 442, 454, 540-541, 544, 554, 557, 560

Structure des droits de propriété, 70, 359, 388-392, 406, 411, 419-420

Subventions croisées, 103, 122, 163, 282

T.

Tarifs réglementés, 141, 356, 450-453, 534, 577, 645

Terminaison d'appel, 130, 146-148, 158, 162-164, 172-175, 185-186, 204-205, 213-222, 227-229, 264-266, 290-296, 301, 305-308, 317, 328, 381-384

Théorème de Coase, 86-92, 366, 388, 390, 391, 425

Théorie autopoïétique du droit, 64-68, 74, 584, 717

Index des principaux auteurs cités

Le présent index renvoie aux **numéros de page** et non aux numéros de paragraphe. Les auteurs figurant ci-dessous sont les auteurs principalement cités dans la présente recherche.

A.

Auby J.-M., 39, 606, 611, 675-677, 680-683, 687

Autin J.-L. 15, 18, 22-23, 27-29, 32, 340, 476, 529-530, 566-567, 571-572, 580-583, 587, 595-600, 608, 610-612, 618, 631, 637, 641, 659.

B.

Bergel J.-L., 35-39, 43, 57, 60, 92, 343, 457-458, 475, 642

Boy L., 19-20, 27, 52-53, 67, 72, 281, 286, 324, 509, 515, 523-524, 584, 602-603, 606, 687

Boyer R., 46-47

Brousseau E., 69, 87, 339, 345, 424-429, 541-544, 555-559, 653-654

C.

Calandri L., 15, 17, 20, 26, 29-32, 46, 469-470, 493, 529-530, 586, 603-607, 651, 704

Canivet G., 39-40, 43, 59, 72, 428

Champaud C., 22, 27, 53, 485, 530, 599

Chavance B., 45-47, 57, 69-72, 79, 84, 341, 359, 360, 366

Chérot J.-Y., 22, 27, 39, 42-45, 55-57, 60-63, 92, 303, 462, 530, 599

Chevallier J., 17-18, 23-24, 27, 34, 46-48, 68, 426, 457, 477, 508, 524, 537, 565-567, 582-583, 595-598, 606, 610-612, 618-619, 626, 654-656, 671, 688

Choné P., 107-108, 269, 274, 286, 290, 296

Coase R. H., 71-73, 89-90, 359-361, 366, 388-391, 420, 424, 428

Collet M., 20, 506, 603-606, 651, 662, 692-695, 702-710

Colson J.-P., 15, 23, 177, 508

Commons J. R., 45, 359

Curien N., 58, 93-101, 104-109, 203, 239, 257, 264

D.

Deffains B., 16, 44, 51, 54, 62-63, 72, 79, 84, 91-92, 605

Delvolvé P., 21, 30-31, 38, 321-322, 468, 470, 474

Delzangles H., 545-548, 562-566, 619-623, 629-634, 642-643, 650, 675-678, 709

Demsetz H., 83, 92, 390, 397

Du Marais B., 21, 61, 473, 531

Dubois U., 361, 364-369, 392, 538-544, 555-560, 617, 639-645, 652-653, 677

Duguit L., 471-472

F.

Farjat G., 19, 27, 42, 52-54, 67, 394, 479, 481-485, 508, 523-524, 602

Flacher D., 95-107, 203, 207, 239, 249-251, 274

Frison-Roche M.-A., 16, 21-22, 25-28, 32, 40-42, 46, 50-53, 59-62, 92, 179-181, 274, 322-326, 458-461, 484, 489-492, 505, 509, 517, 523-524, 529-530, 536, 565-567, 582-583, 590-595, 600, 608-611, 619-623, 626, 629, 632-638, 647, 655-673, 679-691

G.

Galanis T., 22, 145, 182, 202-203, 286, 328-330, 381, 517-518, 648, 658

Gaudemet Y., 15-17, 21, 25-27, 41, 178, 321-322, 356, 458, 468-474, 601

Glachant J.-M., 39, 49, 69-71, 87-88, 339-341, 345-346, 362, 366-372, 388-407, 412, 420-430, 435-436, 451, 531, 538-544, 554-560, 608, 649, 653-654, 677

Gómez-Ibáñez J. A., 363-365, 367-368, 372, 400, 425, 441-442, 541, 544, 559-560, 640, 677, 701

H.

Hauriou M., 17, 38, 63-64, 68, 75, 340, 457, 468, 475-477, 529-530, 579-582, 594, 670-671

I.

Isidoro C., 99, 132-136, 352, 414, 468-469, 644

J.

Jamin C., 16, 40, 42, 53, 60, 62, 428, 654

Jennequin H., 95-107, 203, 207, 239, 249-251, 274

K.

Kirat T., 16, 39-40, 43-46, 48-50, 54-62, 83, 85, 88-93, 101, 112, 119, 389-390, 524

L.

Laffont J.-J., 87, 101, 104, 605

Lévêque F., 84-87, 239, 362, 400-402, 405, 451

Levy B., 71, 538, 639, 652-653, 677

Lombard M., 23, 27-30, 47, 326, 461, 473, 490, 530, 592-595, 599, 606, 612-613, 619, 630, 634-637, 675, 687

Luhmann N., 64-66, 68, 339-340, 392, 428

M.

Mackaay E., 39-48, 51, 57, 60-62, 79, 83, 90-93

Marcou G., 15-16, 19-22, 26-28, 32-42, 48, 80-83, 201, 262, 325-326, 356-357, 461-464, 467-473, 479-485, 489, 495, 497, 510, 514-517, 523, 529-530, 533, 536, 545-548, 564-567, 585, 591-596, 600-602, 606-613, 617-623, 631, 643-646, 661, 671, 699

Marty F., 16, 39-40, 44-48, 55-68, 83, 88, 90-93, 101, 112, 119, 269, 286, 361-362, 398, 399-401, 412-415, 581

Ménard C., 45-46, 69-75, 339-341, 345, 359-363, 368-370, 387-389, 423, 539-541, 555-560, 608

Mercurio N., 43-45, 50, 57, 70, 79, 84, 88, 91-92, 345, 359-360, 388-390

Moderne F., 38, 471-472, 561-564, 710

N.

Newbery D. M., 70, 345, 363-371, 391-392, 398-400, 407-412, 430-431, 436, 541-542, 556-560, 652-653, 677

Nicinski S., 15, 23, 27, 48, 142, 348, 356, 419, 452, 508, 531, 587-589, 697

North D. C., 73, 359, 389-391

P.

Perrot A., 48, 58, 60, 88, 93-95, 101-102, 106-108, 119, 274, 427, 653, 658

Picard E., 33-36, 340-343, 457-458, 468-491, 529, 617, 654-655

Posner R., 57, 60, 73, 79, 89-92

T.

Teitgen-Colly C., 18, 26, 565-567, 582, 596-600, 618-619, 626, 631, 634, 637, 641-642, 659-660

Teubner G., 65, 67-68, 74-75, 339-340, 398, 584-585

Timsit G., 19, 602, 606, 650

Truchet D., 15, 22, 27-28, 261, 340, 463, 468-470, 473, 476, 494, 509, 529, 536, 580, 600, 604

W.

Williamson O. E., 70-74, 339, 361-363, 366, 371-372, 391, 423-427, 537, 541, 544

Table des matières

Sommaire	7
Remerciements	9
Avertissements	11
Table des abréviations	13
INTRODUCTION.....	15
Section I. Objet de la recherche	17
§1. La régulation, objet de la recherche	17
A. Les acceptions de la régulation retenues par la présente recherche.....	18
1. Les définitions de la régulation.....	18
a. La régulation, fonction des autorités administratives indépendantes	18
b. La régulation, nouvelle forme de normativité.....	19
c. La régulation, fonction à vocation économique	20
i. La régulation comme fonction exclusivement économique.....	21
ii. La régulation comme fonction de conciliation d'impératifs économiques et non économiques	22
iii. La régulation comme fonction générale de l'État dans l'économie.....	23
2. Les questions de droit divisant la doctrine	24
a. La fonction de la régulation.....	25
b. La place de la régulation dans les branches du droit.....	25
c. La spécificité de la régulation par rapport à la police.....	25
d. La nature transitoire ou pérenne de la régulation.....	26
e. Les critères de la régulation	26
f. Le champ de la régulation.....	27
B. Les acceptions de la régulation exclues de la recherche	28
1. L'exclusion de l'utilisation de la notion de régulation pour qualifier la fonction du Conseil d'État	29
a. L'utilisation de la notion de régulation pour qualifier la fonction du Conseil d'État.....	29
b. L'exclusion de la notion de régulation de l'ordre juridictionnel administratif	30
2. L'exclusion des acceptions trop générales de la notion de régulation	31
a. La diffusion de la notion de régulation en droit positif.....	32
b. L'inutilité de telles acceptions au sein du système juridique	32
§2. La régulation, objectif de la recherche.....	33
A. Problématique de la recherche	33
1. L'ambition de la recherche : l'institution juridique de régulation	33

a.	La recherche d'une définition complète de la régulation	34
b.	La découverte de l'institution juridique de régulation	37
i.	L'institution juridique.....	37
ii.	La régulation comme institution juridique.....	38
2.	La méthode de la recherche : l'étude des rapports entre droit administratif et théorie économique.....	38
a.	L'originalité de la méthode de la recherche.....	39
b.	L'utilité de la méthode de la recherche	40
B.	Champ de la recherche.....	41
1.	Champ disciplinaire de la recherche	41
a.	Champ juridique de la recherche	41
b.	Champ économique de la recherche.....	43
i.	La diversité méconnue du « <i>Droit et Économie</i> ».....	43
ii.	Les théories économiques retenues par la recherche	45
iii.	Les théories économiques exclues de la recherche	46
2.	Champ matériel de la recherche	48
a.	Une définition induite du droit des communications électroniques et de l'électricité.....	48
b.	Une définition vérifiée déductivement dans les autres secteurs régulés	49
Section II.	Hypothèses de la recherche.....	50
§ 1.	L'hypothèse de la déconstruction des définitions de la régulation fondées sur les méthodes existantes.....	51
A.	L'hypothèse de l'incapacité des méthodes substantielles à prendre en compte la théorie économique	52
1.	Les méthodes proposées par la doctrine française	52
a.	La méthode substantielle du droit économique.....	52
b.	La méthode réaliste des partisans de l'analyse économique du droit	54
2.	Des méthodes nécessaires mais non suffisantes	54
a.	Des méthodes nécessaires.....	54
b.	Des méthodes non suffisantes	55
B.	L'hypothèse de la déconstruction des définitions de la régulation fondées sur l'analyse économique du droit.....	56
1.	L'analyse économique du droit, méthode d'analyse de la régulation	57
a.	Présentation de l'analyse économique du droit	57
b.	Présentation de l'économie des réseaux	58
2.	Les limites méthodologiques de l'analyse économique du droit.....	58
a.	Les limites méthodologiques des hypothèses de l'analyse économique du droit.....	59
b.	Les limites méthodologiques des résultats de l'analyse économique du droit	59
§ 2.	L'hypothèse de la reconstruction de la régulation par l'analyse néo-institutionnelle du droit.....	62
A.	L'hypothèse de l'analyse néo-institutionnelle du droit	62
1.	La théorie de l'institution, fondement de l'analyse néo-institutionnelle du droit	63

a.	Une théorie de droit administratif français permettant la construction de catégories juridiques rationnelles	63
b.	Une théorie ouverte sur les autres sciences sociales	63
2.	La nature autopoïétique de l'ordre juridique institutionnel	64
a.	La théorie autopoïétique du droit	64
i.	L'auto-référentialité du droit	65
ii.	La communication du droit avec son environnement	66
b.	Le renforcement de la théorie institutionnelle par la théorie autopoïétique du droit	67
B.	L'hypothèse de la communication de l'analyse néo-institutionnelle du droit et de l'économie néo-institutionnelle	69
1.	Présentation de l'économie néo-institutionnelle	69
a.	L'analyse des institutions	70
b.	L'analyse des organisations	70
2.	L'hypothèse de la communication entre le droit et l'économie néo-institutionnelle	71
a.	La possibilité d'une communication de l'économie néo-institutionnelle avec le droit	71
i.	L'ouverture sur le droit de l'économie néo-institutionnelle	71
ii.	L'opposition de l'économie néo-institutionnelle et de l'analyse économique du droit	73
b.	La possibilité d'une communication de l'analyse néo-institutionnelle du droit avec l'économie néo-institutionnelle	74
	Section III. Résultats de la recherche	76

1^{ÈRE} PARTIE LA TRANSCRIPTION LIMITÉE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT EN DROIT DE LA RÉGULATION 79

Titre 1^{er} La transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation 81

Chapitre 1 ^{er} Le processus de transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation	83
--	----

Section I. De l'économie du bien-être à l'économie des réseaux	83
§1. La progression de l'analyse économique du droit au détriment de l'économie du bien-être	84
A. L'économie du bien-être, ancienne théorie économique de référence	84
1. Les hypothèses de l'économie du bien-être	84
2. Les résultats de l'économie du bien-être	86
a. Le monopole justifié par la théorie du monopole naturel	86
b. Un résultat prolongé par la nouvelle économie de la réglementation	87
B. La remise en cause de l'économie du bien-être par l'analyse économique du droit	88
1. La réfutation de l'économie du bien-être par l'analyse économique du droit ...	88
a. La réfutation de la réglementation par l'École des choix publics	88

b.	La réfutation de la réglementation par l'interprétation du théorème de Coase.....	89
i.	Le théorème de Coase.....	89
ii.	L'interprétation du théorème de Coase par l'analyse économique du droit.....	90
2.	Les résultats de l'analyse économique du droit.....	91
a.	L'analyse économique du droit positive.....	91
b.	L'analyse économique du droit normative.....	92
§ 2.	L'avènement de l'économie des réseaux, branche de l'analyse économique du droit.....	93
A.	L'économie des réseaux positive.....	93
1.	La définition du réseau.....	93
a.	La définition générale du réseau.....	93
b.	La définition particulière du réseau dans les industries de réseau.....	94
i.	La divisibilité du réseau en trois couches superposées.....	94
ii.	L'existence d'une externalité positive de club.....	95
2.	La remise en cause du monopole naturel.....	96
a.	La remise en cause du monopole naturel dans les communications électroniques.....	96
i.	L'effet pro-concurrentiel du développement technologique.....	96
ii.	L'effet pro-concurrentiel de l'effet de club.....	98
b.	La remise en cause du monopole naturel dans l'électricité.....	99
B.	L'économie des réseaux normative.....	99
1.	La régulation économique.....	100
a.	Les trois phases du processus d'ouverture à la concurrence.....	100
i.	La phase juridique.....	100
ii.	La régulation <i>ex ante</i>	100
iii.	La régulation <i>ex post</i>	105
b.	L'articulation entre la régulation <i>ex ante</i> et la régulation <i>ex post</i>	106
i.	Les différences d'objectifs des régulations <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	107
ii.	Les différences d'instruments des régulations <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	107
2.	La régulation politique.....	108
a.	Le principe de la régulation politique.....	108
b.	Les modalités de la régulation politique.....	109
Section II.	La transcription progressive de l'économie des réseaux en droit de la régulation.....	110
§ 1.	La transcription de l'économie des réseaux en droit des communications électroniques.....	110
A.	La logique juridique initiale de l'ouverture à la concurrence des communications électroniques.....	110
1.	La logique juridique de l'ouverture à la concurrence des communications électroniques par la jurisprudence.....	111
a.	L'application du droit de la concurrence.....	111
i.	Le précédent américain.....	111
ii.	La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.....	112
b.	L'application des autres principes fondamentaux du droit communautaire.....	113

i.	L'application du principe de libre circulation des marchandises	113
ii.	L'application du principe d'égalité	114
2.	La logique juridique de l'ouverture à la concurrence des communications électroniques en droit dérivé.....	115
a.	L'application du droit de la concurrence	115
i.	L'application du droit de la concurrence dans la directive 88/301	115
ii.	L'application du droit de la concurrence dans les directives 90/387 et 90/388.....	117
b.	L'application des libertés de circulation.....	118
B.	Le processus de transcription de l'économie des réseaux en droit des communications électroniques.....	119
1.	L'influence de l'économie des réseaux sur le paquet télécom de 1998.....	119
a.	L'influence implicite de l'économie des réseaux sur la directive 96/19.....	120
i.	La transcription implicite de la notion de régulation économique.....	120
ii.	La transcription de la notion de service universel.....	122
b.	L'influence explicite de l'économie des réseaux sur la directive 97/33	122
i.	La transcription des principes de l'économie des réseaux.....	122
ii.	La transcription du concept de régulation <i>ex ante</i>	123
2.	La transcription de l'économie des réseaux en droit positif.....	124
a.	La transcription de l'économie des réseaux par le paquet Télécom de 2002 modifié.	125
i.	La transcription de l'économie des réseaux dans les directives du paquet Télécom.	125
ii.	La transcription de l'économie des réseaux dans le <i>soft law</i> de la Commission.....	128
b.	Le rattachement de la notion de régulation à l'économie des réseaux en droit interne.....	129
i.	Le rattachement de la notion de régulation à l'économie des réseaux par le Code des postes et des communications électroniques	129
ii.	Le rattachement de la notion de régulation à l'économie des réseaux par l'autorité de régulation	130
§ 2.	La place marginale de la théorie de l'économie des réseaux en droit de l'électricité .131	
A.	La logique juridique de l'ouverture à la concurrence du secteur électrique.....	131
1.	La logique juridique de l'ouverture à la concurrence du secteur électrique par la jurisprudence	131
a.	L'application des libertés de circulation.....	132
b.	L'application du droit de la concurrence	133
i.	L'application du droit de la concurrence au secteur électrique.....	133
ii.	La dérogation du service d'intérêt économique général.....	134
2.	La logique juridique de l'ouverture à la concurrence du secteur électrique par le droit dérivé.....	134
a.	La logique de construction du marché intérieur dans les premières directives électricité.....	134
b.	La logique de construction du marché intérieur dans les directives ultérieures.	135

B.	L'absence de transcription de l'économie des réseaux en droit de l'électricité	137
1.	La prise en compte croissante de l'efficacité économique en droit de l'électricité.....	137
a.	La prise en compte croissante de l'efficacité économique en droit de l'Union européenne.....	138
b.	Le renforcement de la logique économique en droit interne	139
2.	La transcription marginale de l'économie des réseaux en droit de l'électricité	141
a.	Des références marginales à l'économie des réseaux en droit de l'électricité	141
b.	L'absence de transcription de l'économie des réseaux	142
	Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	143
Chapitre 2 nd La portée de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation		145
Section I. La portée technique de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation.....		145
§1.	La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur le champ d'application de la régulation	145
A.	La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur les critères d'application de la régulation <i>ex ante</i>	146
1.	La transcription des critères <i>rationae materiae</i> de la régulation <i>ex ante</i> des marchés	146
a.	La qualification préalable du marché pertinent <i>ex ante</i>	146
i.	La définition du marché pertinent <i>ex ante</i>	146
ii.	La méthodologie spécifique de l'autorité de régulation	147
b.	Les critères de qualification du marché pertinent <i>ex ante</i>	148
i.	Le critère des barrières à l'entrée du marché.....	148
ii.	Le critère de l'absence d'évolution vers une situation concurrentielle.....	149
iii.	Le critère de l'insuffisance du droit de la concurrence.....	150
2.	La transcription des critères <i>rationae personae</i> de la régulation <i>ex ante</i> des marchés.....	153
a.	La spécificité <i>ex ante</i> de la notion de puissance significative sur le marché ...	153
i.	La transcription des critères de la puissance significative sur le marché ...	153
ii.	La méthodologie spécifique de l'autorité de régulation	154
b.	Le rapprochement des notions de puissance significative sur le marché et de position dominante	154
B.	La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur la dérégulation <i>ex ante</i> des marchés	155
1.	La dérégulation <i>ex ante</i> des marchés de détail.....	155
a.	Le caractère subsidiaire de la régulation des marchés de détails	155
b.	Le processus de dérégulation <i>ex ante</i> des marchés de détail.....	156
2.	La dérégulation <i>ex ante</i> des marchés de gros.....	157
a.	La dérégulation <i>ex ante</i> de certains marchés de gros	157
i.	Les marchés de gros régulés <i>ex ante</i>	157
ii.	Les marchés de gros dérégulés <i>ex ante</i>	158

b.	La consécration de l'hypothèse de la concurrence par les infrastructures.....	158
i.	La concurrence par les infrastructures dans la téléphonie fixe	159
ii.	La concurrence par les infrastructures dans l'accès à internet	159
iii.	La concurrence par les infrastructures dans la téléphonie mobile.....	160
§. 2	La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur le régime juridique de la régulation.....	160
A.	La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur les obligations réglementaires <i>ex ante</i>	161
1.	Des obligations qualifiées expressément par référence à l'économie des réseaux... ..	161
a.	La qualification d'obligations réglementaires <i>ex ante</i> en droit communautaire... ..	161
b.	La qualification d'obligations <i>ex ante</i> en droit interne.....	161
2.	La transcription des solutions normatives de l'économie des réseaux	162
a.	Les obligations réglementaires <i>ex ante</i> sur les marchés de gros	162
i.	Les obligations d'accès aux réseaux existants.....	162
ii.	La promotion de l'échelle des investissements.....	163
b.	Les obligations réglementaires <i>ex ante</i> sur les marchés de détail	164
i.	Les obligations imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative	165
ii.	Les obligations de sélection et de présélection des opérateurs	165
B.	La portée de la transcription juridique de l'économie des réseaux sur le cas particulier de la régulation des prix.....	166
1.	L'orientation des prix vers les coûts	166
a.	L'obligation d'orientation des prix vers les coûts	167
i.	Le principe d'orientation des prix vers les coûts.....	167
ii.	Les objectifs du principe d'orientation des prix vers les coûts	168
b.	La liberté de l'autorité de régulation dans la détermination de l'orientation des prix en fonction des coûts	168
i.	Une liberté encadrée mais garantie par le droit communautaire	169
ii.	Une liberté consacrée en droit interne.....	169
2.	La transcription des méthodes de l'économie des réseaux dans la régulation des prix.....	171
a.	La transcription des méthodes de détermination du coût.....	171
i.	L'abandon du modèle FDC	171
ii.	L'adoption des CMILT.....	172
b.	La transcription des méthodes de détermination des tarifs	174
i.	Un système initial inefficace.....	174
ii.	Le rejet des coûts de Ramsey-Boiteux	174
iii.	La mise en œuvre progressive de « <i>price-caps</i> »	175
Section II.	La portée doctrinale de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation.....	176
§1.	La réception de l'économie des réseaux par la doctrine universitaire.....	176
A.	La réception implicite de l'économie des réseaux par la doctrine universitaire...176	

1.	La réception implicite de l'économie des réseaux par les définitions anciennes de la régulation	176
2.	La réception implicite de l'économie des réseaux par les définitions actuelles de la régulation	177
a.	La réception de la définition de l'économie des réseaux	177
b.	Une réception implicite érigée au rang de fonction administrative	178
B.	La réception explicite de l'économie des réseaux par la doctrine universitaire....	179
1.	La réception doctrinale initiale des concepts de régulation <i>ex ante</i> et <i>ex post</i> ...	179
a.	La reprise indiscutée de la théorie de l'économie des réseaux.....	180
b.	L'échec méthodologique de la tentative d'analyse critique des notions d' <i>ex ante</i> et d' <i>ex post</i>	180
2.	La banalisation de la réception de la distinction entre régulation <i>ex ante</i> et régulation <i>ex post</i>	181
§ 2.	La réception de l'économie des réseaux par la doctrine institutionnelle	182
A.	La réception de l'économie des réseaux par l'Autorité de la concurrence.....	183
1.	La réception de l'hypothèse du passage de la régulation <i>ex ante</i> à la régulation <i>ex post</i>	183
a.	Une réception affirmée lors de l'exercice du pouvoir consultatif général	183
i.	La doctrine du caractère transitoire de la régulation <i>ex ante</i>	184
ii.	L'applicabilité de ce schéma à l'ensemble des secteurs régulés.....	185
b.	Une réception confirmée à l'occasion de la procédure d'analyse de la pertinence <i>ex ante</i> des marchés	185
i.	La réaffirmation de la doctrine à l'occasion de la qualification de la pertinence <i>ex ante</i> d'un marché	185
ii.	Les avis rendus à l'occasion de la dérégulation <i>ex ante</i> d'un marché	187
2.	La réception des hypothèses relatives à la distinction des régulations <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	187
a.	La réception des hypothèses relatives aux objectifs respectifs des régulations <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	187
b.	La réception des hypothèses relatives aux méthodes respectives des régulations <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	188
B.	La réception initiale de l'économie des réseaux par l'autorité de régulation des télécommunications	189
1.	La réception doctrinale de l'économie des réseaux	189
a.	La réception sans réserve de l'économie des réseaux pendant la période 1998-1999.	190
b.	La réception de l'économie des réseaux suite à l'adoption du paquet Télécom de 2002.....	191
2.	L'éloignement doctrinal de l'économie des réseaux	192
a.	L'adoption de doctrines juridiques tenues en échec par la transcription de l'économie des réseaux	192
i.	La doctrine initiale du rapport de l'année 1997.....	192
ii.	Le retour au droit des années 2000 à 2002	193
b.	Le dépassement définitif de l'économie des réseaux	194
	Conclusion du Chapitre 2 nd	197

Conclusion du Titre 1 ^{er}	199
Titre 2nd Les limites de la transcription de l'analyse économique du droit en droit de la régulation	201
Chapitre 1 ^{er} Les limites de la transcription des hypothèses de l'économie des réseaux en droit de la régulation	203
Section I. La consécration juridique du maintien du monopole naturel	203
§1. Le monopole naturel comme critère du marché pertinent <i>ex ante</i>	204
A. Le critère du monopole naturel <i>rationae materiae</i>	204
1. Le monopole naturel de l'accès et du départ d'appel	204
a. Le monopole naturel de la boucle locale en cuivre	204
i. La qualification de monopole naturel par l'autorité de régulation	205
ii. La qualification de monopole naturel par le Conseil de la concurrence	206
b. L'impossible dépassement technologique du monopole naturel	207
i. Le maintien du monopole naturel malgré le développement technologique	208
ii. La reconstitution du monopole naturel par le développement technologique	211
2. Le monopole naturel de la terminaison d'appel	213
a. Le monopole naturel de la terminaison d'appel vocal fixe	213
b. Le monopole naturel de la terminaison d'appel vocal mobile	214
i. La qualification de monopole naturel	214
ii. Une qualification maintenue malgré l'ambigüité de la jurisprudence de la Cour de cassation	215
B. Le critère du monopole naturel <i>rationae personae</i>	217
1. L'ambigüité de la notion de puissance significative sur le marché	217
a. L'ambigüité de l'hypothèse d'équivalence à la position dominante	217
b. L'ambigüité des critères de la puissance significative sur le marché	218
2. Le critère du monopole naturel dans la qualification de la puissance significative sur le marché	218
a. La puissance significative sur le marché de l'accès et du départ d'appel	219
b. La puissance significative sur le marché de la terminaison d'appel	219
§2. Le maintien du monopole naturel malgré la dérégulation <i>ex ante</i> des marchés	220
A. Le maintien du monopole naturel malgré la dérégulation <i>ex ante</i> des marchés de détail	220
1. Une dérégulation <i>ex ante</i> fondée sur la régulation des marchés de gros	221
a. La dérégulation en trompe l'œil des marchés de détail de la téléphonie fixe	221
b. L'absence de régulation en trompe l'œil des marchés de détail de la téléphonie mobile	222
2. Une dérégulation <i>ex ante</i> fondée sur le maintien de dispositions sectorielles	223
a. Le maintien d'obligations sectorielles spécifiques	223
i. La sélection et présélection du transporteur dans la téléphonie fixe	223

ii. La portabilité du numéro dans la téléphonie mobile.....	225
b. L'hypothèse du retour à la régulation <i>ex ante</i> en cas de circonstances exceptionnelles.....	226
B. Le maintien du monopole naturel malgré la dérégulation <i>ex ante</i> des marchés de gros.....	226
1. Les limites de la dérégulation <i>ex ante</i> des marchés de gros.....	227
a. L'hypothèse spécifique du marché de l'itinérance internationale.....	227
b. Les limites de la dérégulation <i>ex ante</i> des marchés intermédiaires.....	228
i. Les limites de la dérégulation <i>ex ante</i> des marchés de la téléphonie fixe.....	228
ii. Les limites de la dérégulation <i>ex ante</i> des marchés de l'accès à internet.....	229
2. La régulation indirecte du marché de l'accès et du départ d'appel mobile.....	230
a. La dérégulation <i>ex ante</i> du marché de l'accès et du départ d'appel mobile	231
i. L'absence de régulation <i>ex ante</i> du marché de l'accès et du départ d'appel mobile en droit interne	231
ii. La dérégulation <i>ex ante</i> du marché de l'accès et du départ d'appel mobile en droit communautaire.....	231
b. L'absence de régulation en trompe l'œil du marché de l'accès et du départ d'appel mobile	232
i. Une régulation indirecte du marché de l'accès et du départ d'appel mobile.....	232
ii. Le maintien partiel d'un monopole naturel des installations de téléphonie mobile.....	235
Section II. La consécration juridique du maintien de politiques publiques.....	238
§1. La consécration juridique de politiques publiques à vocation économique.....	238
A. La régulation des ressources rares	238
1. La reconnaissance juridique des ressources rares	238
a. Les ressources rares en économie des télécommunications	239
b. Les ressources rares en droit positif.....	239
i. L'identification des ressources rares en droit positif.....	240
ii. La qualification juridique des ressources rares	242
2. Les ressources rares dans la régulation sectorielle	243
a. Les ressources rares, objets de la régulation sectorielle.....	243
b. Les ressources rares, instruments de la régulation sectorielle.....	245
i. La régulation du spectre hertzien comme outil de la régulation des marchés mobiles	245
ii. La régulation de la numérotation comme outil de la régulation des marchés mobiles	248
B. La régulation de l'investissement.....	248
1. Les limites de l'économie des réseaux en matière d'investissement.....	249
a. Le problème du sous-investissement dans les communications électroniques.....	249
b. Le dépassement de la théorie de l'échelle des investissements	250
2. De nouveaux outils de promotion de l'investissement	252
a. L'émergence de mécanismes de coopération.....	252

b.	L'intervention directe des personnes publiques	253
§2.	La consécration juridique de politiques publiques à vocation extra-économique	254
A.	Les limites de la transcription de l'hypothèse de la régulation politique en droit de la régulation.....	254
1.	Les limites de la transcription de l'économie des réseaux par la notion juridique de service universel.....	255
a.	L'autonomie de la catégorie juridique de service universel	255
i.	L'origine juridique de la notion de service universel.....	255
ii.	L'absence de transcription juridique de l'économie des réseaux concernant les modalités de prise en charge du service universel.....	257
b.	L'impossible séparation des régulations économique et politique.....	259
2.	Les limites de la transcription juridique de l'économie des réseaux en matière d'aménagement du territoire	260
a.	La prise en charge de l'aménagement du territoire par l'investissement public	260
i.	L'autonomie de l'objectif d'aménagement du territoire.....	261
ii.	Le service public local comme instrument de l'aménagement du territoire	261
b.	La nécessité d'une régulation sectorielle des réseaux locaux de télécommunications	262
B.	La remise en cause de l'hypothèse de l'effet de club par le principe d'interopérabilité des réseaux	263
1.	Un principe consacrant la pérennité de la régulation ex ante	263
a.	Le principe d'interopérabilité des réseaux	263
b.	Un argument du maintien de la régulation ex ante	264
2.	Un principe remettant en cause l'hypothèse de l'effet de club	264
a.	Les réserves économiques concernant l'effet de club.....	265
b.	Le rejet de l'effet de club en droit de la régulation.....	265
i.	L'interprétation négative de l'effet de club	265
ii.	La disparition de toute référence à l'effet de club.....	266
	Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	267
Chapitre 2 nd	Les limites de la transcription des résultats de l'économie des réseaux en droit de la régulation.....	269
Section I.	Les limites de la transcription du concept de régulation <i>ex post</i> en droit de la concurrence.....	270
§1.	Le contrôle <i>ex ante</i> des restrictions horizontales de concurrence	270
A.	Le contrôle <i>ex ante</i> des opérations de concentration.....	271
1.	La qualification formelle de contrôle <i>ex ante</i>	271
a.	Les caractéristiques <i>ex ante</i> du contrôle des concentrations.....	271
i.	Les caractéristiques <i>ex ante</i> du contrôle des concentrations en droit de l'Union européenne.....	271

ii.	Les caractéristiques <i>ex ante</i> du contrôle des concentrations en droit interne.....	272
b.	La qualification du contrôle des concentrations de contrôle <i>ex ante</i>	273
i.	La qualification de contrôle <i>ex ante</i> en droit positif	273
ii.	La qualification de contrôle <i>ex ante</i> en doctrine.....	274
2.	L'utilisation fonctionnelle <i>ex ante</i> du contrôle des concentrations	275
a.	La fonction <i>ex ante</i> du contrôle des concentrations en droit de l'Union européenne.....	275
b.	La fonction <i>ex ante</i> du contrôle des concentrations en droit interne.....	276
i.	La quasi-équivalence fonctionnelle de la régulation sectorielle et du contrôle des concentrations.....	276
ii.	La consécration de la quasi-équivalence fonctionnelle de la régulation sectorielle et du contrôle des concentrations.....	278
B.	Le contrôle <i>ex ante</i> des ententes	279
1.	La qualification formelle de contrôle <i>ex ante</i>	279
a.	Un contrôle en principe <i>ex post</i>	279
b.	Les caractéristiques <i>ex ante</i> du contrôle des ententes	280
2.	L'utilisation fonctionnelle <i>ex ante</i> du contrôle des ententes.....	281
§ 2.	Le contrôle <i>ex ante</i> des restrictions verticales de concurrence	283
A.	Les techniques de contrôle <i>ex ante</i> des restrictions verticales de concurrence	284
1.	La théorie des facilités essentielles	284
a.	La nature <i>ex ante</i> de la théorie des facilités essentielles	284
i.	Les caractéristiques <i>ex ante</i> de la théorie des facilités essentielles	284
ii.	La qualification doctrinale de la théorie des facilités essentielles.....	286
b.	La quasi-équivalence de la régulation sectorielle et de la théorie des facilités essentielles en droit des communications électroniques	287
i.	La convergence des régulations sectorielle et concurrentielle <i>ex ante</i>	287
ii.	Les limites de l'équivalence des régulations sectorielle et concurrentielle <i>ex ante</i>	290
2.	L'interdiction des pratiques de ciseau tarifaire	291
a.	La sanction des pratiques de ciseau tarifaire	291
b.	Un dispositif de contrôle <i>ex ante</i> dépassant la théorie des facilités essentielles.....	292
B.	L'application du contrôle <i>ex ante</i> des abus de position dominante en droit des communications électroniques	294
1.	Le rôle <i>ex ante</i> précurseur du Conseil de la concurrence.....	294
a.	L'utilisation <i>ex ante</i> du droit de la concurrence dans l'accès à internet.....	294
b.	L'expansion de l'utilisation <i>ex ante</i> du droit de la concurrence à d'autres réseaux	295
2.	L'application conjointe des régulations concurrentielle et sectorielle <i>ex ante</i>	296
a.	L'utilisation <i>ex ante</i> du droit de la concurrence dans la téléphonie mobile	296
b.	L'utilisation <i>ex ante</i> du droit de la concurrence dans la fibre optique.....	297

Section II. Les limites de la transcription du concept de régulation <i>ex ante</i> en droit de la régulation sectorielle.....	298
§1. La coexistence des régulations sectorielles <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	298
A. L'existence d'une régulation sectorielle <i>ex post</i>	298
1. Le pouvoir <i>ex post</i> de règlement des différends.....	298
a. Le pouvoir de règlement de différends.....	299
i. L'obligation générale d'accès et d'interconnexion.....	299
ii. Le pouvoir de règlement de différends de l'autorité de régulation.....	300
b. La qualification <i>ex post</i> du pouvoir de règlement de différends.....	301
i. Une qualification consacrée par l'autorité de régulation.....	301
ii. Une qualification reprise par le Conseil de la concurrence.....	302
iii. Une qualification extrêmement rare en doctrine.....	302
2. Le pouvoir <i>ex post</i> de sanction.....	303
a. La reconnaissance d'un pouvoir de sanction.....	303
b. La qualification <i>ex post</i> du pouvoir de sanction.....	303
B. La quasi-équivalence fonctionnelle des régulations <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	304
1. La substitution fonctionnelle du pouvoir de règlement de différends aux autres dispositifs de régulation.....	304
a. La substitution fonctionnelle du pouvoir de règlement de différends et de la régulation sectorielle <i>ex ante</i>	305
i. La séparation formelle des régulations sectorielles <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	305
ii. La quasi-équivalence fonctionnelle des régulations sectorielles <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	307
b. La substitution fonctionnelle du règlement de différends et du droit de la concurrence.....	309
2. La sanction indifférenciée des régulations <i>ex ante</i> et <i>ex post</i> par le pouvoir <i>ex post</i> de sanction.....	310
a. Une sanction <i>ex post</i> de la régulation <i>ex ante</i>	310
b. Une sanction <i>ex post</i> de la régulation <i>ex post</i>	312
§2. Le dépassement de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation.....	313
A. Le dépassement de la régulation asymétrique par la régulation symétrique.....	314
1. L'émergence du concept de régulation symétrique.....	314
a. La pérennité de la régulation asymétrique des marchés de gros.....	314
b. La régulation symétrique.....	315
2. Les fonctions de la régulation symétrique.....	316
a. Le versant économique de la régulation symétrique.....	316
b. Le versant extra-économique de la régulation symétrique.....	317
i. La mise en œuvre de politiques publiques, composante fondamentale de la régulation.....	317
ii. La promotion de la protection du consommateur dans la régulation symétrique.....	318
B. La portée doctrinale du dépassement de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation.....	320

1. La portée doctrinale négative du dépassement de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation.....	321
a. L'infirmité des définitions opérant une réception de l'économie des réseaux.....	321
b. L'infirmité des définitions opposant radicalement le droit de la régulation et le droit de la concurrence.....	322
i. Le débat autour de l'opposition entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence.....	323
ii. Un débat résolu par la démonstration des limites de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation.....	324
2. La portée doctrinale positive du dépassement de la transcription de l'économie des réseaux en droit de la régulation.....	325
a. Le renforcement des doctrines de la régulation comme fonction de conciliation.....	326
b. Une analyse cependant insuffisante.....	327
i. Une analyse insuffisante d'un point de vue théorique.....	327
ii. Une analyse insuffisante d'un point de vue technique.....	328
 Conclusion du Chapitre 2 nd	333
Conclusion du Titre 2 nd	335
Conclusion de la 1 ^{ère} Partie.....	337
 2^{NDE} PARTIE ANALYSE NÉO-INSTITUTIONNELLE DU DROIT DE LA RÉGULATION.....	339
 Titre 1^{er} Analyse néo-institutionnelle du droit matériel de la régulation.....	343
 Chapitre 1 ^{er} La convergence du droit matériel de la régulation et de l'économie néo-institutionnelle.....	345
 Section I. La concordance du droit matériel de la régulation et des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle.....	347
§1. La transcription des principes du droit matériel de la régulation en économie néo-institutionnelle.....	347
A. La consécration de la mise en œuvre de politiques publiques en droit matériel de la régulation.....	347
1. L'objectif d'achèvement du marché intérieur.....	348
a. La construction du marché intérieur, objectif fondamental de l'ouverture à la concurrence du secteur électrique.....	348
i. Le marché intérieur, fondement de l'ouverture à la concurrence de l'électricité.....	348
ii. L'objectif de création du marché intérieur en droit positif.....	349
b. Le renouveau de l'objectif de création du marché intérieur dans les communications électroniques.....	350
2. Les obligations de service public.....	351

a.	L'importance des obligations de service public dans le secteur électrique	352
i.	L'importance croissante des objectifs de service public en droit de l'Union européenne	352
ii.	L'importance du service public en droit interne	353
b.	Le renouveau des obligations de service public dans le secteur des communications électroniques	357
B.	La transcription des principes du droit matériel de la régulation en économie néo-institutionnelle	358
1.	Les institutions, couplages structurels de la théorie économique et du droit ..	358
a.	Le statut des institutions en économie néo-institutionnelle.....	358
i.	L'hypothèse de l'existence des institutions	358
ii.	Les institutions, une donnée de l'analyse économique.....	360
b.	La qualification de couplage structurel du concept d'institution	360
2.	La transcription des impératifs de politiques publiques en économie néo-institutionnelle.....	361
a.	La transcription de l'objectif de construction du marché intérieur en économie néo-institutionnelle.....	361
b.	La transcription de l'objectif de service public en économie néo-institutionnelle	363
§2.	La concordance d'analyse des industries de réseau en droit et en économie néo-institutionnelle.....	364
A.	Les hypothèses de l'économie néo-institutionnelle.....	365
1.	Les caractéristiques des industries de réseaux en termes de spécificité d'actif	365
a.	L'hypothèse des spécificités d'actifs dans les industries de réseaux	365
i.	Le dépassement du concept de monopole naturel par le concept de spécificité d'actif	365
ii.	Les spécificités d'actifs des industries de réseau	367
b.	Un cadre d'analyse commun permettant une différenciation entre industries de réseau	368
i.	Les spécificités d'actifs dans le secteur électrique.....	369
ii.	Les spécificités d'actifs dans le secteur des communications électroniques.....	369
2.	La réceptivité variable des industries de réseau à la concurrence.....	370
a.	L'adaptation des structures de gouvernance aux spécificités d'actifs	370
b.	La faible réceptivité des industries de réseau à la concurrence	371
B.	La concordance du droit matériel de la régulation et des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle	372
1.	La concordance du droit matériel de l'électricité et des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle.....	373
a.	La concordance d'analyse du dépassement du monopole naturel.....	374
i.	La reconnaissance juridique du monopole naturel	374
ii.	Le dépassement du monopole naturel en droit de l'électricité	375
b.	La concordance d'analyse des spécificités transactionnelles de l'électricité ..	378
i.	La reconnaissance juridique des spécificités de coordination	379
ii.	La transcription émergente de l'analyse transactionnelle.....	379

2. La concordance du droit matériel des communications électroniques et des hypothèses de l'économie néo-institutionnelle	381
a. La concordance d'analyse du monopole naturel	381
i. La reconnaissance juridique du monopole naturel	381
ii. La concordance d'analyse par le critère du contre-pouvoir d'acheteur	382
b. La concordance d'analyse des nécessités de coordination	384
i. La concordance d'analyse par le principe d'interopérabilité des réseaux	384
ii. La concordance d'analyse dans le cas du spectre hertzien.....	385
 Section II. La coévolution du droit matériel de la régulation et des résultats de l'économie néo-institutionnelle.....	386
§1. La coévolution de la dé-intégration des opérateurs historiques en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle.....	387
A. L'institution du droit de propriété, couplage structurel du droit et de la théorie économique.....	388
1. L'analyse économique des droits de propriété dans les industries de réseau...388	
a. Le concept économique de droits de propriété, couplage structurel de l'économie et du droit.....	388
i. Le concept économique de droit de propriété, clôture normative de la théorie économique.....	388
ii. L'ouverture cognitive du concept économique de droits de propriété vers le droit.	390
b. La réforme des industries de réseau comme problème de droits de propriété.....	391
2. La transcription relative du concept économique de droits de propriété en droit de la régulation.....	392
a. La transcription du concept économique de droits de propriété par le concept juridique de contrôle.....	393
b. La convergence des concepts économique et juridique de propriété.....	394
i. La transcription de l'économie néo-institutionnelle par le concept de « structures de propriété ».....	395
ii. Le débat sur l'évolution du concept de propriété en droit interne.....	396
B. La coévolution des solutions juridique et économique de dé-intégration des opérateurs historiques.....	398
1. La coévolution de la dé-intégration verticale de l'opérateur historique en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle.....	399
a. La coévolution de la dé-intégration verticale de l'opérateur historique dans l'électricité.....	400
i. La dé-intégration verticale de l'opérateur historique dans le secteur électrique en économie néo-institutionnelle	400
ii. La dé-intégration verticale des opérateurs historiques en droit de l'électricité.	402
b. La coévolution de la dé-intégration verticale de l'opérateur historique dans le secteur des communications électroniques	406

i.	La dé-intégration verticale de l'opérateur historique dans les communications électroniques en économie néo-institutionnelle	407
ii.	La dé-intégration verticale de l'opérateur historique en droit des communications électroniques	408
2.	La coévolution de la dé-intégration horizontale de l'opérateur historique en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle	411
a.	La coévolution de la dé-intégration horizontale de l'opérateur historique dans le secteur électrique.....	412
i.	La dé-intégration horizontale de l'opérateur historique dans le secteur électrique en économie néo-institutionnelle	412
ii.	La dé-intégration horizontale relative de l'opérateur historique en droit de l'électricité	413
b.	La coévolution de la dé-intégration horizontale de l'opérateur historique dans les communications électroniques	419
i.	La dé-intégration horizontale dans les communications électroniques en économie néo-institutionnelle	419
ii.	La dé-intégration horizontale en droit des communications électroniques.....	420
§2.	La coévolution de l'extension des marchés concurrentiels en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle	423
A.	Les organisations, couplages structurels du droit et de l'économie.....	423
1.	L'efficacité des organisations en économie néo-institutionnelle	423
a.	Le concept d'organisation.....	423
b.	La « <i>remédiabilité</i> » des organisations.....	424
2.	La qualification de couplage structurel des organisations.....	426
a.	Les caractéristiques de couplage structurel de l'organisation.....	426
i.	L'organisation, clôture normative de la théorie économique.....	426
ii.	L'ouverture cognitive du concept d'organisation vers le droit	427
b.	La convergence du critère de la remédiabilité des organisations et du thème de l'efficacité juridique	428
B.	La coévolution des solutions juridique et économique d'extension des marchés concurrentiels.....	429
1.	La coévolution de la création de marchés de gros électriques en droit de l'électricité et en économie néo-institutionnelle	429
a.	Le développement des marchés de gros régulés de fourniture d'électricité	430
i.	Le marché régulé comme structure de gouvernance de la fourniture d'électricité.....	430
ii.	La création des marchés de gros régulés en droit de l'électricité.....	431
b.	Le développement des marchés de gros régulés de capacités	435
i.	Le marché régulé au service de la coordination en économie néo-institutionnelle.....	435
ii.	La transcription juridique relative des solutions de traitement de l'équilibre.....	436
2.	La coévolution des modalités de prise en charge du service public en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle	441

a. La coévolution des solutions juridique et économique de mise en œuvre du service public	441
i. Les modalités de prise en charge du service public en économie néo-institutionnelle.....	441
ii. Un modèle concordant avec les solutions du droit positif.....	442
b. La réduction des limites à la coévolution des solutions juridique et économique de mise en œuvre du service public	447
i. La réduction de l'inefficacité du service public de développement des énergies renouvelables	448
ii. La recherche d'un compromis entre l'efficacité économique et la mise en œuvre du service public de la fourniture d'électricité.....	450
Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	455
Chapitre 2 nd Proposition de définition matérielle de la régulation.....	457
Section I. Induction d'une définition matérielle de la régulation	458
§1. Induction d'un concept juridique de régulation.....	459
A. Proposition d'un concept juridique de régulation	459
1. La confirmation positive des doctrines de la conciliation	459
a. La confirmation du rejet des définitions de la régulation transcrivant l'économie des réseaux.....	459
b. La confirmation de la pertinence des doctrines de la conciliation.....	460
2. L'amélioration des doctrines de la conciliation	463
a. Analyse critique des doctrines de la conciliation	463
b. Le concept juridique de régulation	465
B. La spécificité du concept juridique de régulation	468
1. La spécificité de la régulation vis-à-vis de la police administrative	469
a. Le concept juridique de police	469
b. L'irréductibilité du concept de régulation au concept de police	470
2. La spécificité de la régulation vis-à-vis du service public.....	471
a. Le concept juridique de service public.....	471
b. L'irréductibilité du concept de régulation au concept de service public.....	472
i. Le dépassement du concept de service public par le concept de régulation.....	473
ii. Le dépassement de la qualification de service public	473
§2. Proposition d'un critère matériel de la régulation.....	474
A. Définition néo-institutionnelle de l'ordre public.....	475
1. Méthodologie institutionnelle de construction d'un critère matériel	475
a. La structure de l'ordre juridique institutionnel	475
b. Le droit disciplinaire institutionnel.....	476
2. L'ordre public, fondement statutaire du droit disciplinaire.....	477
a. La conceptualisation institutionnelle de l'ordre public	477
i. Définition institutionnelle de l'ordre public	478
ii. Un cadre d'analyse explicatif des caractéristiques de l'ordre public	479
b. L'irréductibilité de la notion d'ordre public à la notion de police.....	479

B.	L'adoption de l'ordre public économique comme critère matériel de la régulation.....	480
1.	La définition néo-institutionnelle de l'ordre public économique	480
a.	Le dépassement des conceptions classiques de l'ordre public économique..	480
i.	Les conceptions classiques de l'ordre public économique	481
ii.	Des conceptions critiquables	482
b.	L'acceptation néo-institutionnelle de l'ordre public économique.....	482
2.	L'ordre public économique, critère matériel de la régulation.....	483
a.	La justification théorique du choix de l'ordre public économique	483
i.	L'ordre public économique, fondement du droit matériel de la régulation.....	483
ii.	L'ordre public économique, couplage structurel du droit et de l'économie.....	484
b.	La consécration de l'ordre public économique comme critère matériel de la régulation.....	485
i.	La consécration doctrinale du critère de l'ordre public économique.....	485
ii.	La confirmation du critère de l'ordre public économique en droit positif.....	485
Section II.	Vérification déductive de la définition matérielle de la régulation	487
§1.	Vérification de la définition matérielle de la régulation dans les secteurs régulés.....	488
A.	Vérification de la définition matérielle de la régulation dans les secteurs classiquement qualifiés de secteur régulés	488
1.	Vérification de la définition matérielle de la régulation dans la régulation financière.....	488
a.	La qualification du droit des marchés financiers de régulation	488
b.	La confirmation de la pertinence de la définition matérielle de la régulation retenue.....	490
i.	L'économie néo-institutionnelle de la régulation des marchés financiers..	490
ii.	La confirmation de la définition néo-institutionnelle de la régulation.....	491
2.	Vérification de la définition matérielle de la régulation dans la régulation de l'audiovisuel	493
a.	La qualification du droit de l'audiovisuel de régulation.....	493
b.	La confirmation de la pertinence de la définition matérielle proposée.....	494
i.	La confirmation de la pertinence de la définition matérielle proposée en droit positif.....	494
ii.	La confirmation doctrinale de la pertinence de la définition matérielle proposée.....	497
B.	Vérification de la définition matérielle de la régulation dans les secteurs nouvellement régulés	497
1.	Vérification positive de la définition matérielle de la régulation dans les secteurs nouvellement régulés.....	498
a.	Vérification de la définition matérielle de la régulation dans la régulation des activités ferroviaires	498
i.	La qualification de régulation des activités ferroviaires	498

ii. La confirmation de la définition matérielle proposée par l'analyse néo-institutionnelle du droit.....	499
b. Vérification de la définition matérielle de la régulation par la régulation des jeux en ligne	500
i. La qualification de régulation des jeux en ligne.....	500
ii. La confirmation de la définition matérielle proposée par l'analyse néo-institutionnelle du droit.....	501
2. Vérification négative de la définition matérielle de la régulation dans les cas limites non qualifiés de régulation.....	503
a. Vérification négative par l'absence de régulation du marché de la diffusion des œuvres sur internet.....	503
i. L'ancienne autorité de régulation des mesures techniques.....	503
ii. La substitution de la police de l'internet à la régulation des mesures techniques	504
b. Vérification négative par l'absence de régulation prudentielle	505
i. La création de l'Autorité de contrôle prudentiel.....	505
ii. L'exercice actuel d'une mission de police	506
§2. Application de la définition matérielle de la régulation au droit de la concurrence...507	
A. La qualification du droit de la concurrence de régulation.....	508
1. Le débat universitaire relatif à la qualification de régulation concurrentielle...508	
a. Les doctrines favorables à la qualification de régulation	508
b. Les doctrines défavorables à la qualification de régulation.....	509
2. Un débat tranché en faveur de la qualification de régulation.....	510
a. La qualification de régulation dans la doctrine institutionnelle	510
i. Les hésitations initiales du Conseil de la concurrence	510
ii. Une doctrine désormais établie de l'Autorité de la concurrence	511
b. La qualification de régulation en droit positif.....	512
B. L'applicabilité de la définition matérielle de la régulation à la dynamique du droit de la concurrence.....	513
1. Le concept de régulation de la concurrence	513
a. La réfutation de la doctrine opposant les régulations ex ante et ex post.....	513
b. La réfutation de la doctrine qualifiant le droit de la concurrence de police ..514	
i. La substitution de la promotion de l'efficacité économique au contrôle des abus de libertés économiques	514
ii. Le droit de la concurrence comme outil émergent de mise en œuvre de politiques publiques.....	516
2. Le critère matériel de la régulation concurrentielle.....	520
a. L'ordre public économique, critère matériel de la régulation concurrentielle.....	520
i. La consécration de l'ordre public économique comme critère matériel de la régulation concurrentielle en droit positif.....	520
ii. La confirmation du critère de l'ordre public économique dans la doctrine institutionnelle.....	521
b. L'ordre concurrentiel, ordre public économique de la régulation concurrentielle	523

Conclusion du Chapitre 2 nd	525
Conclusion du Titre 1 ^{er}	527
Titre 2nd Analyse néo-institutionnelle du droit formel de la régulation.....	529
Chapitre 1 ^{er} Analyse néo-institutionnelle du critère organique de la régulation	531
Section I. La coévolution de l'économie néo-institutionnelle et de l'aspect organique de la régulation.....	532
§1. La remise en cause progressive de l'exercice de la fonction de régulation par les institutions administratives classiques.....	532
A. L'intervention des institutions classiques dans la régulation	532
1. La régulation, une fonction partagée en droit	532
a. La régulation, une fonction partagée en droit positif.....	532
i. Le partage de la fonction de régulation des communications électroniques.....	533
ii. Le partage de la fonction de régulation de l'électricité.....	533
b. La régulation, une fonction partagée selon la doctrine	536
2. La transcription du partage de la fonction de régulation en économie néo-institutionnelle.....	537
a. Les couplages structurels de l'économie néo-institutionnelle et du droit du point de vue organique.....	537
b. La transcription de l'intervention des institutions classiques dans les réformes des industries de réseau	538
B. La remise en cause de l'intervention des institutions classiques dans la régulation... ..	540
1. L'inefficacité des institutions classiques en économie néo-institutionnelle	540
a. La normativité organique de l'économie néo-institutionnelle	540
i. Le concept de <i>Regulatory Design</i>	540
ii. Les critères néo-institutionnels d'efficacité d'une réforme.....	541
b. L'inefficacité des institutions classiques dans la réforme des industries de réseau	543
i. L'inefficacité des institutions classiques agissant <i>ex ante</i>	543
ii. L'inefficacité des institutions classiques agissant <i>ex post</i>	544
2. La coévolution de l'économie néo-institutionnelle et du droit de la régulation par la remise en cause des administrations classiques	545
a. Le partage initial de la fonction de régulation en droit communautaire	545
i. Le principe d'impartialité, obligation initiale exigée par le droit communautaire	545
ii. La pluralité initiale d'autorités de régulation en droit communautaire	547
b. La nouvelle exclusivité de l'exercice des fonctions de régulation au bénéfice d'autorités indépendantes.....	548
i. L'exercice exclusif de la régulation par l'autorité réglementaire nationale dans les communications électroniques	549
ii. L'exercice exclusif de la régulation par l'autorité de régulation unique dans le secteur électrique	551

§2. La coévolution de l'autorité de régulation en droit de la régulation et en économie néo-institutionnelle	554
A. L'efficacité de l'autorité de régulation en économie néo-institutionnelle	554
1. L'efficacité économique des micro-institutions agissant <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	554
a. Les micro-institutions, structures de gouvernance intermédiaires	554
b. La nécessité de micro-institutions intervenant <i>ex ante</i> et <i>ex post</i>	555
2. L'efficacité des micro-institutions publiques	556
a. Les différents types de micro-institutions	556
i. Les micro-institutions trilatérales et l'hypothèse de l'autorité de régulation	557
ii. Les micro-institutions multilatérales et l'hypothèse de l'autorégulation	557
b. Comparaison de l'efficacité des micro-institutions	558
i. L'hypothèse de l'efficacité de l'autorégulation	558
ii. L'hypothèse de l'efficacité de la régulation publique	559
B. La consécration de la figure de l'autorité de régulation en droit de la régulation	561
1. La concordance initiale du droit et de la théorie économique dans l'émergence des autorités de régulation	561
a. L'influence du modèle anglo-saxon d'autorité de régulation	561
i. Le modèle américain d'autorité de régulation	561
ii. L'influence limitée du modèle anglais	564
b. L'émergence de l'autorité de régulation en droit	564
i. La prétendue faillite des institutions classiques	565
ii. L'émergence de la notion d'autorité de régulation en droit positif	565
2. Le renforcement des autorités de régulation par la coévolution actuelle du droit et de la théorie économique	568
a. Le renforcement de l'indépendance des autorités de régulation	568
i. Le renforcement de l'indépendance des autorités de régulation par la Cour de justice de l'Union européenne	569
ii. Le renforcement de l'indépendance des autorités de régulation par le droit dérivé	571
b. Le renforcement des pouvoirs des autorités de régulation	572
i. Le renforcement des pouvoirs de l'autorité de régulation en droit de l'Union européenne	573
ii. Le renforcement des pouvoirs de l'autorité de régulation en droit interne	575
Section II. Proposition d'une définition organique de la régulation	578
§1. Le concept juridique d'autorité de régulation	578
A. Induction d'un concept juridique d'autorité de régulation	579
1. L'analyse néo-institutionnelle du critère organique	579
a. L'institution comme organisation juridique	579
b. Le processus de personnification de l'institution	580
2. Proposition de définition organique conceptuelle de la régulation	581
a. L'autorité de régulation, une institution personnifiée	582
b. Le concept juridique d'autorité de régulation	584

B.	Vérification déductive du concept d'autorité de régulation.....	585
1.	Vérification du concept d'autorité de régulation par l'existence d'autorités administratives indépendantes.....	585
a.	La personnification de la régulation sectorielle par l'autorité administrative indépendante.....	585
i.	La personnification de la régulation audiovisuelle.....	585
ii.	La personnification de la régulation des jeux en ligne.....	586
b.	La personnification de la régulation concurrentielle par l'autorité administrative indépendante.....	587
i.	La nature controversée de l'Autorité de la concurrence.....	587
ii.	Un débat tranché par la qualification d'autorité de régulation.....	588
2.	Vérification du concept d'autorité de régulation par l'existence d'autorités publiques indépendantes.....	589
a.	L'émergence des autorités publiques indépendantes dans les secteurs régulés.....	589
i.	La création de l'autorité publique indépendante dans la régulation financière.....	590
ii.	La diffusion du modèle de l'autorité publique indépendante dans les secteurs régulés.....	591
b.	Une évolution conforme au processus de personnification des autorités de régulation.....	593
i.	L'absence de nécessité de l'autorité publique indépendante dans la mise en œuvre de la régulation.....	593
ii.	Une évolution cependant logique au regard du processus de personnification de la régulation.....	594
§2.	La portée du concept d'autorité de régulation.....	595
A.	La portée théorique du concept d'autorité de régulation.....	596
1.	L'admission d'un critère organique spécifique de la régulation.....	596
a.	Le dépassement de la doctrine initiale de la régulation.....	596
i.	La régulation comme mission des autorités administratives indépendantes dans la doctrine initiale de la régulation.....	596
ii.	Le dépassement de la doctrine initiale de la régulation par l'analyse néo-institutionnelle du droit.....	597
b.	La confirmation des doctrines adoptant un critère organique spécifique de la régulation.....	598
i.	Le critère organique spécifique de la régulation.....	598
ii.	L'inutilité de la thèse du caractère <i>sui generis</i> des autorités de régulation....	600
2.	L'infirmité de la thèse de la régulation comme nouvelle forme de normativité.....	601
a.	La thèse de la régulation comme nouvelle forme de normativité.....	601
i.	La régulation, nouvelle forme de normativité en théorie du droit.....	601
ii.	La régulation, nouvelle forme de normativité en droit économique.....	602
iii.	La régulation, nouvelle forme de normativité en droit administratif.....	602
b.	La réfutation de la thèse de la régulation comme nouvelle forme de normativité.....	603

i.	L'inopportunité du choix du terme de régulation pour désigner les dispositifs d'incitation ou de participation.....	604
ii.	L'inexactitude du choix du terme de régulation au regard de l'analyse néo-institutionnelle du droit.....	606
B.	La portée positive limitée du concept d'autorité de régulation	607
1.	Un concept permettant de distinguer régulation et autorégulation.....	607
a.	La qualification sporadique de mécanismes d'autorégulation de régulation dans la jurisprudence du Conseil d'État.....	607
b.	L'abandon de la qualification de régulation au profit de celle d'autorégulation... ..	608
2.	Les limites notionnelles du droit positif au regard du concept d'autorité de régulation... ..	609
a.	L'absence de cohérence de la création des autorités administratives et publiques indépendantes.....	609
i.	Les risques posés par l'incohérence de la création des autorités indépendantes.....	609
ii.	La rationalisation du droit positif permise par le concept d'autorité de régulation... ..	611
b.	Les limites du droit de la régulation face au concept d'autorité de régulation... ..	612
i.	L'absence d'unité notionnelle de l'autorité de régulation	612
ii.	Proposition de définition de la régulation.....	613
	Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	615
	Chapitre 2 nd Analyse néo-institutionnelle du régime juridique de la régulation.....	617
	Section I. L'organisation des autorités de régulation	618
§1.	L'indépendance des autorités de régulation.....	618
A.	Les instruments de l'indépendance des autorités de régulation	618
1.	L'indépendance organique des autorités de régulation	619
a.	Les dispositifs de garantie de l'indépendance des membres des autorités de régulation sectorielle	619
i.	Les dispositifs de garantie de l'indépendance des membres décisionnaires des autorités de régulation.....	619
ii.	L'extension des garanties d'indépendance des services des autorités de régulation... ..	623
b.	Les dispositifs de garantie de l'indépendance des membres de l'Autorité de la concurrence.....	624
i.	Les dispositifs communs à l'Autorité de la concurrence et aux autorités de régulation sectorielle.....	624
ii.	Des spécificités tenant au caractère général de la régulation mise en œuvre	625
2.	L'indépendance fonctionnelle des autorités de régulation	626
a.	L'absence de soumission des autorités de régulation au pouvoir hiérarchique... ..	626

i.	Une absence de soumission au pouvoir hiérarchique liée à la qualification d'autorité administrative ou publique indépendante	626
ii.	Une absence de soumission renforcée par le droit de l'Union européenne.....	627
b.	L'autonomie de gestion administrative et financière	628
i.	L'autonomie de gestion administrative.....	628
ii.	L'autonomie de gestion financière	629
B.	La responsabilité des autorités de régulation	630
1.	Les limites juridiques de l'indépendance des autorités de régulation.....	630
a.	L'affaiblissement des limites de l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du gouvernement.....	630
i.	Les limites à l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis du gouvernement.....	631
ii.	Des limites à relativiser au regard de l'évolution du droit positif	633
b.	La responsabilité des autorités de régulation vis-à-vis du Parlement	637
i.	La responsabilité des autorités de régulation vis-à-vis du Parlement en droit interne.....	637
ii.	Une responsabilité consacrée en droit de l'Union européenne.....	638
2.	L'efficacité économique de la responsabilité des autorités de régulation en économie néo-institutionnelle.....	639
a.	La transcription des limites juridiques à l'indépendance des autorités de régulation.....	639
b.	L'efficacité de la responsabilité de l'autorité de régulation	640
§2.	Le cumul de pouvoirs normatifs et contentieux	640
A.	La convergence des instruments normatifs des autorités de régulation	641
1.	Le pouvoir normatif unilatéral des autorités de régulation	641
a.	Le pouvoir normatif unilatéral décisoire des autorités de régulation	641
i.	L'attribution d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation	641
ii.	Les pouvoirs réglementaires des autorités de régulation sectorielles	643
b.	Le pouvoir normatif unilatéral non décisoire des autorités de régulation	647
i.	L'utilisation des normes non décisiores par les autorités de régulation.....	647
ii.	La relative spécificité du régime juridique des incitations dans le cadre de la régulation	650
2.	Le pouvoir normatif quasi-bilatéral des autorités de régulation	652
a.	Le modèle économique du contrat comme instrument de régulation	652
b.	L'émergence d'instruments conventionnels subsidiaires de régulation	654
i.	La qualification d'instrument conventionnel.....	654
ii.	La place de l'instrument conventionnel dans le régime de l'autorité de régulation.....	655
B.	La convergence des instruments contentieux des autorités de régulation.....	659
1.	Le pouvoir de sanction administrative : la régulation objective	659
a.	L'exercice d'un pouvoir de sanction par les autorités de régulation.....	659
i.	La spécificité des autorités de régulation du point de vue de la séparation des pouvoirs	659
ii.	Les différents pouvoirs de sanction des autorités de régulation.....	660

b.	La convergence des pouvoirs accessoires au pouvoir de sanction	662
i.	L'attribution d'un pouvoir d'auto-saisine.....	662
ii.	L'attribution des pouvoirs d'obtention d'informations et d'enquête.....	663
iii.	L'utilisation d'instruments conventionnels dans le cadre du pouvoir de sanction.....	664
2.	Le pouvoir de règlement de différends : la régulation subjective.....	665
a.	La régulation subjective des autorités de régulation sectorielle par le pouvoir de règlement de différends	665
i.	La convergence par l'attribution d'un pouvoir de règlement de différends.....	665
ii.	L'analyse néo-institutionnelle du pouvoir de règlement de différends.....	670
b.	La convergence inachevée du droit de la concurrence et de la régulation du point de vue du droit subjectif.....	671
i.	L'émergence d'une quasi-régulation des pratiques restrictives de concurrence	672
ii.	La subjectivisation inachevée du droit des pratiques anticoncurrentielles	673
Section II.	Le fonctionnement des autorités de régulation.....	674
§1.	La procédure administrative non contentieuse des autorités de régulation.....	675
A.	Le modèle procédural américain, modèle économique de référence	675
1.	Le modèle américain de procédure administrative non contentieuse.....	675
a.	Les principes de l' <i>Administrative Procedure Act</i>	675
b.	Éléments du régime juridique de l' <i>Administrative Procedure Act</i>	676
2.	L'efficacité économique de l' <i>Administrative Procedure Act</i> en économie néo-institutionnelle.....	677
B.	La spécificité de la procédure administrative non contentieuse des autorités de régulation... ..	678
1.	L'inefficacité de la procédure administrative de droit commun	678
a.	L'inefficacité de l'éclatement de la procédure administrative	678
b.	L'inefficacité des principes de la procédure administrative	680
2.	Le régime spécial de procédure administrative de la régulation	681
a.	La procédure administrative non contentieuse de la régulation en droit positif.....	682
i.	L'application des principes de transparence et de consultation aux autorités de régulation.....	682
ii.	Éléments de régime juridique non contentieux des autorités de régulation... ..	683
b.	Les autorités de régulation, laboratoire de la démocratie délibérative	685
i.	La procédure administrative de la régulation, manifestation de la démocratie délibérative.....	685
ii.	La procédure administrative des autorités de régulation, inspiration de l'évolution du droit administratif général.....	687
§2.	La procédure contentieuse des autorités de régulation.....	689
A.	La spécificité du régime juridique contentieux des autorités de régulation	689
1.	La spécificité de la procédure administrative contentieuse de la régulation	689

a.	La spécificité des autorités de régulation par rapport aux administrations classiques : l'application des principes du procès équitable	689
i.	Un régime constitutionnel de droit commun : l'application du régime des sanctions administratives	690
ii.	Un régime conventionnel spécifique : l'application des principes du procès équitable	691
b.	La spécificité des autorités de régulation par rapport aux tribunaux : l'application variable des principes du procès équitable	693
i.	La spécificité de l'application des principes du procès équitable aux autorités de régulation	693
ii.	Le rattachement explicite des spécificités de la procédure administrative contentieuse à la notion juridique de régulation	694
2.	La convergence des règles de fond de la procédure contentieuse de la régulation	695
a.	Les règles de fond communes à la procédure contentieuse des autorités de régulation	695
i.	La convergence des règles de fond d'application absolue : l'application du principe d'impartialité	695
ii.	La convergence des règles de fond d'application variable : l'étendue des droits de la défense	698
iii.	La convergence des règles de fond non applicables : l'absence de publicité et de principe de personnalité des peines	698
b.	La relativisation des différences de régime entre autorités	699
i.	L'obligation de mise en demeure	699
ii.	La séparation organique interne de l'autorité de régulation	700
B.	La spécificité du régime juridique juridictionnel des autorités de régulation	702
1.	Un régime juridique spécifique du point de vue de la compétence juridictionnelle	702
a.	La régulation, fondement de l'attribution de compétences au juge judiciaire	702
i.	La bonne administration de la justice, fondement principal de l'attribution de compétences au juge judiciaire	702
ii.	La régulation, fondement implicite secondaire de l'attribution de compétences au juge judiciaire	703
b.	La régulation, logique de la répartition des compétences juridictionnelles	704
i.	La structure de répartition des compétences juridictionnelles en droit de la régulation	704
ii.	L'explication néo-institutionnelle de la répartition des compétences juridictionnelles	705
2.	L'émergence de règles juridictionnelles spécifiques à la régulation	706
a.	L'émergence de règles spécifiques en matière de recevabilité du recours juridictionnel	707
i.	La spécificité de l'intérêt à agir en matière de régulation	707
ii.	La spécificité des règles de délai du recours juridictionnel en matière de régulation	708

iii. La personnalité contentieuse des autorités de régulation.....	708
b. L'émergence de règles juridictionnelles de fond spécifiques	709
i. L'émergence de règles spécifiques en matière de délai	710
ii. Le débat sur la spécificité de la responsabilité administrative en matière de régulation	710
Conclusion du Chapitre 2 nd	713
Conclusion du Titre 2 nd	715
Conclusion de la 2 nd e Partie.....	717
CONCLUSION GÉNÉRALE	719
Section I. Résultats de la recherche	719
§1. La déconstruction de la régulation par la démonstration de la transcription limitée de l'analyse économique du droit en droit de la régulation.....	719
§2. La reconstruction de la régulation par l'analyse néo-institutionnelle du droit de la régulation.....	722
Section II. Perspectives de recherches.....	724
§1. Les perspectives de recherche relatives à la régulation	724
§2. Les perspectives de recherche relatives aux rapports entre droit et économie	727
Glossaire.....	731
§1. Communications électroniques	731
§2. Électricité	735
Bibliographie.....	739
§1. Bibliographie juridique.....	739
§2. Bibliographie économique.....	781
Table des références de droit positif.....	797
§1. Droit de l'Union européenne.....	797
A. Textes.....	797
B. Jurisprudence et décisions.....	800
§2. Droit interne.....	805
A. Textes.....	805
B. Jurisprudence	807
C. Décisions et avis des autorités de régulation.....	813
§3. Droit international.....	833
Index terminologique	835
Index des principaux auteurs cités	841
Table des matières	845