

[...]

I - Le concept de régulation tend à effacer les frontières entre droit public et droit privé

La distinction traditionnelle entre droit public et droit privé s'estompe, en matière de régulation, tant du point de vue des règles de fond et des techniques juridiques que de la compétence contentieuse.

A. - La régulation emprunte aux techniques classiques du droit public, mais sans s'y limiter

La régulation implique une intense activité de réglementation, non pas tant parce qu'il s'agit de brider la concurrence, mais au contraire parce qu'il s'agit de lui faire place, en mettant fin, parfois, à des situations de monopole. Or, si celles-ci s'accommodent de règles simples, l'ouverture à la concurrence d'un secteur autrefois organisé sous forme de monopole nécessite quant à elle un entrelacs de règles beaucoup plus complexes. Il a été souvent souligné à cet égard que l'ouverture à la concurrence s'analyse moins en une « déréglementation », si fâcheusement nommée, qu'en une re- réglementation, c'est-à-dire une autre réglementation.

Celle-ci est d'abord l'œuvre des autorités de l'État, à qui incombe la préparation des lois et décrets, ainsi que la participation aux négociations internationales en la matière. Si le rôle des autorités de régulation est essentiellement dans « la mise en œuvre des règles du jeu », ainsi que le soulignait l'exposé des motifs du projet qui deviendra la loi du 26 juillet 1996 relative à la réglementation des télécommunications, il serait imprudent de penser que ces règles du jeu puissent être dès l'abord et définitivement toutes conçues de façon si parfaite que l'autorité de régulation n'aurait plus qu'à se soucier d'en assurer le respect.

Le Conseil constitutionnel avait, certes, souligné que l'habilitation donnée par la loi à ces autorités administratives d'exercer un pouvoir réglementaire « ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »(10). Dès la décision du Conseil d'État du 26 juin 1998, "Sté AXS Télécom" (11), il est apparu cependant qu'une interprétation relativement constructive de l'étendue de ce pouvoir réglementaire s'imposait pour pallier les silences et imprécisions de la loi.

Paradoxalement, cependant, ce n'est peut-être pas le pouvoir réglementaire des autorités de régulation qui constitue l'aspect le plus important de la réalité de leur pouvoir normatif. Les décisions de règlement de différend, accompagnées de communiqués de presse mettant en perspective les réponses apportées par l'autorité de régulation et les enjeux du litige ainsi que les prolongements que pourrait avoir telle prise de position, ou encore les avis donnés par les autorités de régulation, dont les principaux éléments sont également mis en relief par le communiqué de presse qui les accompagne, participent autant à la production « normative » des autorités de régulation que l'exercice de pouvoir réglementaire proprement dit.

Bien plus, ces « normes molles » sont souvent d'une portée beaucoup plus vaste que ce dernier, et donc autrement plus efficaces pour modeler véritablement les règles du jeu. Certes, ce n'est pas le privilège des seules autorités de régulation que de devoir pallier l'obscurité des règles - voire leur absence - et l'administration se trouve également quotidiennement dans cette situation. Cependant, parce que la régulation touche précisément au jeu de la concurrence et

parce que des entreprises en situation de concurrence doivent bénéficier d'informations équivalentes, l'autorité de régulation se doit de faire connaître haut et fort les solutions qu'elle a ainsi apportées, par des communiqués de presse, des bulletins réguliers d'informations ou encore ses rapports annuels d'activité, alors que l'administration classique aurait tendance à opérer de façon beaucoup plus discrète, voire subreptice. Avec la régulation, la culture du précédent entre en force- dans les modalités de l'action publique, avec ce que cela impose de transparence et de publicité quant à l'existence de ces précédents même.

Certes, l'exercice tendant à «maintenir un équilibre entre des exigences contraires », selon l'expression de Marie-Anne Frison-Roche, qui observe qu'il y a de « l'acrobatie » dans le droit de la régulation⁽¹²⁾, n'est pas entièrement original, puisqu'il est de l'essence même de la police administrative. Cependant, l'autorité de police ne veille pas, quant à elle, à faire " connaître précisément quelle autorisation elle a donnée, pourquoi elle l'a donnée et à quelles conditions, alors que cette publicité est de l'essence même de la régulation, pour éviter toute distorsion dans le jeu de la concurrence.

Les procédés de la police sont également divers : règlements mais aussi décisions individuelles, autorisations mais aussi injonctions, enquêtes et opérations matérielles d'exécution. Pourtant, la régulation ne pourrait être véritablement comparée à la police qu'à la condition, en tout état de cause, d'inclure dans ce dernier concept la police judiciaire et non pas seulement la police administrative. L'Autorité de régulation des télécommunications, la Commission de régulation de l'électricité, mais aussi la Commission des opérations de bourse, le Conseil des marchés financiers et la Commission bancaire, que la loi relative aux nouvelles régulations économiques qualifie expressément d'« autorités de régulation », détiennent toutes en effet un pouvoir de sanction, se traduisant notamment par des amendes que ces autorités peuvent elles-mêmes prononcer, lorsque le manquement qu'elles ont constaté n'est pas constitutif d'une infraction pénale. Leur rôle ne se limite donc pas à prévenir les infractions, mais aussi à réprimer celles qui ont pu être commises.

Par ailleurs, tant l'Autorité de régulation des télécommunications que la Commission de régulation de l'électricité et le Conseil supérieur de l'audiovisuel, depuis la loi du 1er août 2000, se sont vu reconnaître un pouvoir de règlement des différends, qui va bien au-delà d'un pouvoir de conciliation, également prévu mais de façon distincte par la loi. Après une procédure contradictoire, ponctuée d'échanges de mémoires entre les entreprises (mémoire en saisine, mémoires en réponse, réplique, duplique, etc.), jusqu'à une séance finale qui se tient en principe en audience publique, l'autorité de régulation prend une décision motivée, qui s'impose aux parties. Or, dans le cadre de la police, il peut être fait appel au bien-nommé « gardien de la paix » pour tenter d'apaiser les querelles de voisinage ou veiller, du moins, à ce qu'elles ne dégénèrent pas en troubles à l'ordre public, mais son rôle n'est pas de décider qui a raison et qui a tort par une décision tranchant le différend. La décision de règlement du différend prise par l'autorité de régulation tranche, quant à elle, le litige. Elle est susceptible de recours devant une juridiction où les deux parties sont susceptibles de continuer à s'affronter sur la question du maintien ou de l'annulation, ou encore de la réformation, d'une décision qui est bien plus proche de celle d'un «juge de paix » que de celle d'une autorité de police.

Enfin, ce n'est pas le rôle des autorités de police, mais c'est bien celui des autorités de régulation, que d'organiser des consultations publiques sur telle ou telle question d'importance majeure, avant que l'autorité de régulation, le gouvernement, ou même le Parlement, aient à trancher.

Certes, le recours à la notion de police peut être parfois éclairant, pour distinguer, par exemple, parmi les décisions de retrait d'agrément prises par la COB, celles qui relèvent d'un pouvoir de sanction et ne peuvent donc intervenir que dans le respect des principes énoncés par l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, et celles qui relèvent du seul exercice du pouvoir de police, auxquelles les mêmes garanties procédurales ne s'appliquent pas nécessairement (13). Cette jurisprudence ne fait cependant que mieux souligner, précisément, les limites de la notion de police en ce domaine.

B. - Le contentieux de la régulation révèle la difficulté du partage traditionnel de compétences entre les deux ordres de juridictions

En tant qu'autorités administratives, les instances en charge des missions de régulation devraient voir le contentieux de l'annulation ou de la réformation des décisions qu'elles prennent relever de la compétence de la juridiction administrative, conformément aux principes énoncés par le Conseil constitutionnel dans sa décision 224-DC du 23 janvier 1987. Il est vrai que celui-ci a précisé que, « dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétences, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ».

Sans doute peut-on écrire que le Conseil constitutionnel a simplement « appliqué cette jurisprudence à propos de l'attribution du contrôle de certaines décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications à la Cour d'appel de Paris »(14) dès lors qu'il a fait appel à nouveau aux « nécessités d'une bonne administration de la justice »(15). Pourtant, il faut observer que, loin d'unifier dans cette matière la compétence juridictionnelle au sein d'un ordre de juridiction, la loi a créé bien plutôt un extraordinaire imbroglio, en attribuant à la Cour d'appel de Paris le contentieux de la réformation ou de l'annulation des décisions de règlements de différend prises par l'Autorité de régulation des télécommunications, alors que la compétence du Conseil d'État continue de s'exercer pour les éventuelles décisions de sanction que pourrait prendre la même Autorité de régulation, notamment dans l'hypothèse où sa décision de règlement d'un différend n'a pas été correctement mise en œuvre par telle ou telle partie. Non seulement il n'y a pas unification des compétences juridictionnelles, mais la même affaire risque de devoir être soumise successivement - voire simultanément, sous des éclairages à peine différents - à la juridiction judiciaire et à la juridiction administrative.

Il a été justement observé à cet égard que « le contentieux des décisions des autorités de marché reste éclaté, non seulement de l'une à l'autre, mais encore pour une même autorité, selon le type de décision (sanction ou non), voire selon le type de sanction ».

Il est pourtant d'autant plus significatif que le législateur, qui ne pouvait pas ignorer qu'il n'unifiait en rien (16) les règles de compétences juridictionnelles en opérant de tels choix, leur soit pourtant resté fidèle, y compris dans leurs apparentes errances, et ce non seulement pour le contentieux des décisions des autorités financières, mais aussi pour l'Autorité de régulation des télécommunications, et d'autres institutions de régulation également chargées d'une mission de règlement de différend. Sans doute faut-il relever, à cet égard, que l'intérêt d'une « bonne administration de la justice » va au-delà de la seule préoccupation d'unification des règles de

compétence juridictionnelle. Il est vrai que cette dernière, si elle devait être poussée jusqu'au bout de sa logique, impliquerait bien d'autres réformes, de plus grande envergure encore.

Ce choix n'est pas sans conséquences, car même si le contentieux en annulation ou en réformation des décisions des autorités de régulation porté devant la Cour d'appel de Paris peut s'analyser comme un contentieux de pleine juridiction matériellement « administratif », les règles de procédure suivies devant la Cour d'appel de Paris témoignent de quelques singularités par rapport aux règles usuelles du contentieux administratif. C'est ainsi, pour le contentieux des décisions de règlement de différend, que les parties à la procédure devant la Cour d'appel de Paris sont les deux entreprises parties à la procédure de règlement de différend devant l'autorité de régulation, à l'exclusion de cette dernière, qui est pourtant l'auteur de la décision dont est demandée l'annulation ou la réformation. Certes, celle-ci peut présenter des observations, tant écrites qu'orales, mais elle s'exprime en dernier lieu, juste avant l'avocat général, et dans une situation similaire, à bien des égards, à celle du Parquet.

C'est précisément parce que la Cour d'appel de Paris tranche un litige qui oppose essentiellement, non pas une autorité administrative et une entreprise, mais bien deux entreprises, l'une à l'autre, qu'il apparaît logique que le législateur ait procédé à cette attribution de compétence au juge judiciaire. S'il fallait aller plus loin dans le sens de l'unification des compétences juridictionnelles, il est loin d'être évident, dans ces circonstances, que le choix devrait être fait en faveur d'une unification des compétences autour du juge administratif plutôt que du juge judiciaire.

[...]

n

M. Lombard, *La régulation et la distinction du droit public et du droit privé en droit français, La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, Dir. J-B Auby et M. Freedland, Editions Panthéon 2004, extrait

(10) Déc. 96-378 DC du 23 juill. 1996, AJDA, 1996, p. 694, note O. Schrameck.

(11) AJDA, 1998, p. 636.

(12) M.-A. Frison-Roche, *op. cit.*, p. 613.

(13) CE 22 juin 2001, Société Athis, AJDA, 2001, p. 638, chron. M. Guyomar et P. Collin, p. 634.

(14) L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 11^e éd., Dalloz, 2001, n° 41, p. 708.

(15) Déc. 96-378-DC précitée.

(16) P. Devolvé, *Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge*, Petites affiches, 2001, n° 185, p. 23.